

Derecho Penal

AÑO II NÚMERO 5

Delito, culpabilidad y locura

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 5

Derecho Penal

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-8066

Revista Derecho Penal

Año II - N° 5 - Julio 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Penal y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alejandro Alagia - Javier De Luca
Alejandro Slokar

Directores

Martín Gerardo Degoumois - Ernesto Kreplak
Franco Picardi - Renato Vannelli Viel

Secretarios de Redacción

Mariela Barresi - Francisco Figueroa
Antonela C. Ghezzi - María Ángeles Ramos

Colaboradores

Diego García Yomha - Juan Pablo Iriarte
Santiago Martínez - Nahuel Martín Perlinger

Colaboradores
Sección Organización Judicial

Consejo Académico

Eduardo Aguirre
Ricardo Álvarez
Gustavo Bergesio
Alberto Binder
Cristian Cabral
Carlos Caramuti
Mariano Ciafardini
María Graciela Cortázar
Carlos Cruz
Gabriel Di Giulio
Daniel Erbetta
Martín García Díaz
Adriana Gigena de Haar
Edmundo Hendler
Lucila Larrandart
Stella Maris Martínez
Luis Niño
Carlos Ochoa
Omar Palermo
Lucila Pampillo
Daniel Pastor
Jorge Perano
Gabriel Pérez Barberá
Alfredo Pérez Galimberti
Marcelo Riquert
Norberto Spolansky
Fernando Valsangiacomo Blanco
Gustavo Vitale
Raúl Zaffaroni

Editorial

El olvido hace que el encierro de enfermos mentales institucionalizados bajo el exclusivo dominio del poder punitivo se convierta en pozo de detención. Psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y enfermeros, llevan hoy alivio al sufrimiento psíquico donde antes había cadenas y castigo. El trabajo que se lleva adelante en el Hospital Penitenciario de la cárcel de Ezeiza merece reconocimiento y difusión por su importancia en la contribución al mejoramiento de la calidad de vida de grupos de extrema vulnerabilidad. En razón de ello, la primera parte de la revista está consagrada al conocimiento público de esta experiencia asistencial y, lo que es más importante, a la reflexión teórica que produjo esa práctica única en el país.

Este es un número dedicado a la inimputabilidad. La idea surgió de un encuentro e intercambio de experiencias entre la salud mental y el discurso y la práctica jurídica orientadas por un trato que quiere erradicar la imagen del enfermo mental como un ente peligroso.

La inimputabilidad bajo el discurso jurídico no agota el tema de la culpa penal. La categoría más general de responsabilidad se presenta en el derecho penal como el mismo fundamento político de la economía del castigo en sociedad. Sólo se castiga por un injusto penal si el sujeto es culpable. Pero, ¿qué es la culpabilidad?

Desde la antigüedad clásica, niñez, enfermedad, coacción e ignorancia fueron razones que cancelan castigo. La ética sirvió de cobertura para justificar la renuncia del Estado a la pena porque, de otro modo, la imposición de sufrimiento deliberado se vivencia como agravio innecesario, acto de pura crueldad, injusticia.

La teoría política de la obediencia punitiva consideró a la responsabilidad como un hecho evidente de la naturaleza humana. Salvo excepciones —que permanecen invariables desde tiempos remotos—, todos somos responsa-

bles ante la norma penal de determinación motivacional, sea que imponga una abstención de conducta o mande hacer algo debido. Sin sujetos responsables a la obediencia, la sociedad de clases resulta inimaginable. Lo contrario es caos o guerra de todos contra todos. A raíz de ello, la atribución de responsabilidad en la doctrina jurídica se consideró un elemento presupuesto del injusto, un a priori por fuera de toda experiencia sensible que sirve de base para que una antijuridicidad civil o penal tenga su consecuencia: reparar o hacer sufrir.

Mientras aquel pensamiento se mantuvo, la idea de culpabilidad penal pudo llenarse con las formas de la voluntad criminal (dolo e imprudencia) con el agregado de la consciencia de la antijuridicidad. Culpabilidad era, como en su origen etimológico, causar algo con voluntad y mala intención o imprudencia, de lo cual emergía una deuda que debía ser saldada con reparación o sufrimiento. En este orden de cosas, los locos no eran considerados capaces de voluntad ni de intención, lo que para muchos era inaceptable.

La búsqueda dogmática de un sistema perfecto y sin contradicción para la doctrina del delito resolvió éste y otros problemas graves para la coherencia del discurso sobre el injusto culpable. Gradualmente, se llega a una transformación del concepto de culpabilidad bajo la impronta normativa de la exigibilidad. Lo que antes estaba presupuesto, ocupa ahora el centro de la escena. El fundamento político de la obediencia punitiva sale de la opacidad a la que estaba confinada por una culpabilidad reducida a formas de voluntad. Sin embargo, la idea de responsabilidad ético-normativa queda, en adelante, expuesta frontalmente a las críticas de las ciencias naturales, sociales y humanas.

La crítica positivista de la criminología y de la ciencia general —también de una parte de la filosofía— que tienen por principio que no hay evento en la naturaleza sin razón suficiente, son las responsables de haber mantenido a raya y a la defensiva un concepto de culpabilidad normativa fundado en el principio de libre albedrío. Nunca fue de fácil legitimación sostener que el fundamento político para el castigo de un injusto supone siempre, salvo contadas excepciones, un poder en el hombre de obrar de otro modo.

Parte del penalismo del siglo XX, de todo el arco ideológico imaginable, optó por una culpabilidad cuyo núcleo está conformado por la idea de su-

jeto peligroso por su determinación al crimen y, en lugar de penas, establecieron medidas de seguridad. ¿Por qué penar en base a una responsabilidad inexistente? Bastaba un pronóstico político-jurídico de peligrosidad para justificar un encierro terapéutico o la eliminación física frente a los incorregibles. Conceptos como culpabilidad por la conducción de vida, culpabilidad de carácter, culpabilidad por enemistad o desprecio al derecho fueron ideas que normativizaban la responsabilidad bajo criterios médico-policiales. Por esta vía el poder punitivo se convirtió en una máquina de matar enfermos, reincidentes, grupos vulnerables por razones culturales, políticas o religiosas.

Frente a aquella barbarie punitiva, se siguió el camino de volver sobre el mal menor y se insistió en fundar una culpabilidad en la idea de que el hombre siempre puede otra cosa distinta a la que hace, que puede elegir entre injusto y obediencia. Cuando el psicoanálisis descubre el inconsciente como determinación psíquica, quebrando la idea kantiana de un acto de voluntad incausado ("puedes porque debes"), una parte del derecho penal optó por el camino de justificar la responsabilidad como una ficción necesaria para la obediencia punitiva. La libertad de acción no existe pero hay que creer en ella para que la sociedad punitiva pueda existir. Esta fantasía humanista resultó menos destructiva de población vulnerable que la fantasía racionalista del criminólogo positivista, porque al menos la idea de autodeterminación humana siempre permite y abre espacios para demostrar graves condicionamientos de todo tipo, permitiendo reducir castigos. Los avances en las ciencias cognitivas de las últimas décadas también ponen a los penalistas en estado de pánico. Los estudios del cerebro que demostrarían la inexistencia de una libertad incondicionada en la conducta humana forzó una racionalización de la experiencia verdadera de libertad sólo porque así lo cree la persona que actúa.

En las últimas décadas, también avanzan en el derecho penal nubes oscuras que amenazan nuevamente hacer de la culpabilidad el reservorio de energía sacrificial bajo la idea de que la culpabilidad es necesidad estatal de pena. En este orden locura, necesidad o ignorancia no son castigadas porque no habría interés político en la obediencia punitiva de estos grupos vulnerables. No son capaces ni portadores de enemistad al poder.

En todas sus variantes, a lo largo de dos siglos de construcción jurídico-penal, la idea de culpabilidad está al servicio de una función legitimante

de poder sacrificial bajo la impronta del mito que dice que sin obediencia punitiva la sociedad desaparece por efecto de la violencia mimética que obra en las pasiones humanas, como en la vieja idea hobbesiana que fundó la filosofía política moderna.

Sin embargo, la culpabilidad no es un camino sin salida, ni las únicas soluciones imaginables tienen por qué rendirse a los imperativos de una auto-ridad sacrificial. Hace ya más de dos décadas que en el país se trabaja con una idea de culpabilidad diferente a toda otra conocida y que tiene como directriz datos de realidad que aportan las ciencias sociales. Si la causa de la pena no es el injusto ni la responsabilidad entendida como autodeter-minación, sino la condición de vulnerabilidad de grupos identificados con estereotipos de persecución que dan lugar a lo que se conoce como se-lectividad punitiva, la culpabilidad no puede no dar cuenta de este fenó-meno que atraviesa toda la historia conocida del poder punitivo. Reducir solución sacrificial sobre grupos vulnerables es la enorme tarea que tiene para aportar, en el presente y en el futuro, un concepto de culpabilidad al que atraviesa la selectividad por la vulnerabilidad.

Los trabajos que integran este número recuperan un diálogo malogrado durante mucho tiempo entre la ciencia y el derecho, porque creemos que esta vez lo que domina este encuentro es la desconfianza por el mal trato punitivo.

Los directores

Índice General

Doctrina p. I

Introducción: El PRISMA
por JESSICA MUNIELLO y PABLO VITALICH p. 3

“Tampoco son tan pobrecitos”. Alternativas ético-políticas frente
a la hegemonía del modelo asistencialista-peligrosista
por FERNANDO MATTEO BERTOLOZZI y PABLO VITALICH..... p. 7

Terapéutica y crímenes de lesa humanidad
por DARIO LEICACH p. 25

Algunos desarrollos sobre el psiquismo en un ámbito carcelario
por JESSICA BISTUER p. 31

Implicancias de la ausencia de sanciones en las unidades psiquiátricas del SPF
por ANA C. IZAGUIRRE y M. VICTORIA ALCOBA p. 41

Estrategias y políticas frente al “aguantar” en la cárcel
por CAROLINA ANAYA y JESSICA MUNIELLO p. 49

¿Es posible una cárcel respetuosa de los derechos humanos?
Unidad 20: una experiencia de cambio en el seno del Sistema Penitenciario
a la luz del concepto de representación social
por CRISTIAN DEL CARLO p. 61

La naturaleza desmedida de la medida de seguridad.
Acerca de la inimputabilidad, la peligrosidad y la vulnerabilidad social
por NICOLÁS FARJI TRUBBA p. 77

“Antes de firmarte la libertad a vos, me corto la mano”.
Dos testimonios de la inimputabilidad
por PABLO VITALICH..... p. 87

Culpabilidad y exclusión social
por JOSÉ ANTONIO BUTELER p. 123

ÍNDICE GENERAL

La paranoia ante la Ley. Un caso de homicidio reiterado por JAVIER OSVALDO CABELLO.....	p. 133
Medidas de seguridad, derechos de las personas internadas y Ley de Salud Mental por MIGUEL CARLOS CARIDE.....	p. 155
Enrique Marí. Aportes de la teoría crítica del derecho en la encrucijada de los discursos acerca de la locura y el delito por DÉBORAH EGGLE DAMONTE	p. 179
La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad por MARÍA FLORENCIA HEGGLIN.....	p. 191
Un fantasma recorre el Código Penal. Significantes lacanianos en el estrato de la culpabilidad por PABLO ERNESTO LACHENER	p. 217
Medidas de seguridad y derecho penal. El caso de Rodolfo desde una perspectiva antropológica por ANDREA N. LOMBRANA.....	p. 233
Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1º del Código Penal Argentino por EZEQUIEL N. MERCURIO y VIVIANA A. SCHWEIZER	p. 259
Hacia un proceso de transformación de la salud mental de las personas en situación de encierro penal y de su atención postinstitucional por LUIS OHMAN.....	p. 285
Niños, niñas y adolescentes no punibles y su diferencia con la hipótesis de inimputabilidad por PABLO ERNESTO ROSSI.....	p. 325
Valoración probatoria y capacidad de culpabilidad. Necesidad de la deconstrucción judicial de los dictámenes periciales y de la penetración del análisis epistemológico y de las garantías en esos medios de prueba (a propósito de la supervivencia del alienismo positivista) por JUAN CARLOS SECO PON.....	p. 333

ÍNDICE GENERAL

Sadismo sexual, fantasía y crimen en el agresor sádico
por MIGUEL ÁNGEL SORIA VERDE y SERGIO MORA MONTSERRAT..... p. 369

El consentimiento informado y derecho a la salud
en la atención de personas privadas de libertad
por VALERIA VEIGH WEIS..... p. 401

Proyectos de investigación p. 463

Protocolo de preguntas para relevar investigaciones en las cátedras.
Criminalización de la infancia y delincuencia juvenil
por DANIEL A. ERBETTA y GUILLERMO LLAUDET p. 465

Organización judicial p. 473

Introducción p. 475

Capacitación en oralidad. Desafíos y límites para la mejora en la gestión del sistema
por LETICIA LORENZO..... p. 477

La gestión judicial en el marco de la reforma procesal penal.
Su necesaria consolidación
por MARCELO NIETO DI BIASE..... p. 487

Fuentes citadas p. 495

Índice temático p. 507

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

EL PRISMA

Los trabajos que se presentan a continuación han sido elaborados en el marco de la actividad que se realiza en el Dispositivo de Tratamiento del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino.

El PRISMA fue lanzado en el mes de julio del 2011 por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, y se enmarca en la Ley Nacional de Salud Mental. Esa iniciativa se ajusta a los parámetros internacionales que desaconsejan la atención de la salud mental a través de métodos que fomenten el estigma y el aislamiento. El programa depende de la Secretaría del Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y fue creado en el marco de una política de Estado que, comprometida de manera seria e inteligente con los Derechos Humanos, se propone avanzar en la producción de condiciones que garanticen la promoción, protección, preservación y mejoramiento de la salud mental de las personas privadas de su libertad.

El programa asume que la cuestión general de la Salud Mental debe ser tratada contemplando su complejidad fenoménica y las múltiples dimensiones que se encuentran implicadas en su producción: históricas, socio-económicas, biológicas, psicológicas, culturales e institucionales. Por eso entendemos que el fenómeno del padecimiento mental al interior del ámbito penitenciario, reclama y conjuga de modo ejemplar la problemática de los Derechos Humanos, la participación activa del Estado en la gestión, regulación de los derechos y limitación de la violencia con las problemáticas clínicas. Y es esta concepción que asume la dimensión jurídica del sufrimiento mental la que puede modificar y transformar la tendencia histórica que ha criminalizado la pobreza al tiempo que ha patologizado la trasgresión de la ley.

Esto en parte define el gran desafío de nuestro proyecto: habitamos un escenario que funciona, en cada una de sus estructuras, subteridido por la creencia de que el campo de las ciencias médicas está destinado a triunfar

allí donde los demás mecanismos de normalización y disciplinamiento han fracasado. Es esta expectativa, esta demanda insistente la que debemos deconstruir una y otra vez en nuestra labor cotidiana. En este sentido una de las tareas más importantes y urgentes para nosotros consiste en revisar el conjunto de alianzas que históricamente se han establecido entre el discurso punitivo, el jurídico y el asistencialista y que tienden a producir, de modo sistemático, aquello que supuestamente creen combatir. Cuando las ciencias "psi" abandonan el imperativo de remodelar al individuo en nombre de ideales normativos y ven, no desviaciones que hay que acallar sino síntomas multi-determinados, el desafío es inventar y crear posibilidades que recorran las causas y trastoken lo que ya aparecía cerrado. Como política clínica se trata de seguir y recorrer las líneas de los síntomas antes que emparchar las fisuras.

Desde esta perspectiva se entiende que la prisión designa menos un emplazamiento espacial que una cierta lógica que pone en juego, cuestiona y vuelve sobre la totalidad de la política social. También se entiende que la cuestión de la salud mental excede por mucho el dominio del individuo. En la práctica esto implica brindar atención a los cuadros de sufrimiento mental e intervenir simultáneamente sobre las condiciones estructurales de la institución y la cultura penitenciaria que tienden a producirlos de modo sistemático e inevitable.

Entendemos por prisión la totalidad de los mecanismos, procedimientos, normativas, hábitos, disposiciones morales y afectivas y expectativas que la definen así como el conjunto de organismos administrativos que le están asociados. Si en el 2005 varios organismos habían detectado una serie de deficiencias estructurales que vulneraban atrozmente los derechos de las personas alojadas en la Unidad 20 y denunciaban la total ausencia de un ámbito sujeto a derecho, en la actualidad llevamos adelante una política de restitución de derecho, que pretende avanzar promoviendo que las distintas agencias del Estado encargadas de resguardar esos derechos efectivamente lo hagan. En este sentido avanzar sobre la cuestión de la salud mental es simultánea y necesariamente construir y velar por la cuestión de los Derechos Humanos, y extender el dominio de la ciudadanía. El PRISMA continúa con una línea de trabajo que inauguró El Programa de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave en el 2007 con la primera intervención de civiles en el ámbito penitenciario. El carácter civil de nuestra identidad es de una enorme importancia. En efecto, dota al

equipo de profesionales de una autonomía y una exterioridad decisiva a la hora de producir transformaciones de la lógica disciplinar, punitiva y verticalista que define a la prisión.

Por supuesto estas transformaciones no se realizan en soledad, son parte de un movimiento mayor que logra encontrar y conectar fuerzas instituyentes que provienen de las regiones más heterogéneas. Si tomamos en serio la Ley de Salud Mental, comprenderemos que se trata menos de atender individuos que de ensayar nuevas formas de construir y de habitar en comunidad.

I | Sobre el espíritu de los trabajos

Nuestros hábitos intelectuales están todavía demasiado acostumbrados a distinguir entre la actividad teórica y la práctica. Como si fueran ámbitos diferenciados de la experiencia. Es ésta una más de las formas en las que seguimos siendo platónicos. Se nota en los congresos, las publicaciones científicas y las presentaciones de proyectos: se oscila entre la problematización de tal o cual concepto, sus derivaciones, en tal o cual tradición intelectual y las presentaciones vacías de programas y proyectos que cuentan lo que hacen y que adornados de slogans académicos no logran transmitir el sentido, la razón y el valor de su actividad. Es común que detrás de tal o cual problema práctico reencontremos demasiado rápidamente las respuestas prefabricadas en la teoría. Faltan, por el contrario, trabajos que muestren cómo los focos del pensamiento trabajan internamente la acción: ni en lo alto, como principios, ni en lo bajo como condiciones: en el medio mismo de lo que se está haciendo. En la perspectiva que se adopte se juega toda la diferencia que existe entre poner la teoría tendenciosamente al servicio de cualquier cosa, y el ejercicio de mostrar la naturaleza profundamente paradójica y problemática de lo real. Estos trabajos, cada uno en su estilo, y en su momento intentan describir y desarrollar la cautela que debe acompañar todo movimiento de posicionarse. La cautela con la que deberíamos poder recibir las propias ideas y creencias, los propios sentimientos, la cautela que debería regir sobre el modo en que recibimos tales y cuales demandas. Para decirlo más sencillamente: no alcanza con saber que uno es uno —o nosotros somos nosotros— para saber con certeza para quién y para qué trabajamos.

A veces es evidente qué actitud habría que adoptar, y sin embargo, no importa cuán obvio sea, sentimos miedo de decir ciertas cosas. El caso de la inimputabilidad es ejemplar: tememos todavía denunciar lo que pasa, aún cuando lo que pasa muestra su miseria sin que haga falta que alguien la señale. A veces pensar lo que pasa exige de un pensamiento topológico y relacional que muestre que lo instituyente y lo instituido no se corresponden rápida e inmediatamente con tales y cuales actores. En otros casos se trata de mostrar la diferencia en el pequeño gesto, en las impresiones de nuestra sensibilidad, en el modo de interpretar tal o cual cuadro de la vida cotidiana, en los que detectamos rápidamente el surgimiento de una novedad. Por más pequeña que sea.

Los locos y los criminales están actualmente condenados a una vida de asfixia, pero no hacemos esto sólo por ellos. Lo que hacemos con ellos dice mucho de quiénes somos nosotros, los que pensamos y hacemos tales o cuales cosas con ellos. Por eso, hacer algo distinto con ellos implica necesariamente dejar de ser eso que somos.

Lic. Jessica Muniello
Coordinadora Programa PRISMA

Lic. Pablo Vitalich
Coordinador Área Docencia e Investigación

“Tampoco son tan pobrecitos”

Alternativas ético-políticas frente a la hegemonía del modelo asistencialista-peligrosista

por FERNANDO MATTEO BERTOLOZZI⁽¹⁾ y PABLO VITALICH⁽²⁾

“Por dura que fuera la palabra ‘sirviente’ a los oídos de Morel cuyo padre lo había sido, y justamente por serlo, la explicación de todas las desventuras sociales por la ‘envidia’, explicación simplista y absurda, pero inagotable y que, en cierta clase, ‘prende’ siempre de una manera tan infalible como los viejos trucos en el público teatral o la amenaza del peligro clerical en las asambleas, encontró en él una creencia casi tan fuerte como en Françoise o los criados de madame à Guermandes, para los cuales la envidia era la única causa de los males de la humanidad”. Marcel Proust⁽³⁾

(1) Lic. en Psicología (UBA). Ex Residente y Jefe de residentes del Hospital Moyano. Psicólogo clínico – Psicoanalista. Psicólogo de Guardia del Hospital Moyano. Docente y coordinador de espacios de Discusión Clínica de la Residencia del Hospital Moyano. Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA Mujeres.

(2) Lic. en Psicología (UBA). Ex Becario CONICET. Ex Becario UBACyT. Docente de la Facultad de Psicología de la UBA. Coordinación del Área Docencia e Investigación del PRISMA.

(3) PROUST, MARCEL, *Sodoma y Gomorra*, Madrid, Alianza, 1998.

I | Introducción

El presente trabajo intenta desarrollar los principios conceptuales de una política clínica y jurídica que, según creemos, propone una alternativa a la lógica de la peligrosidad. Se propone un análisis de nuestras propias prácticas que revela la complejidad de la discusión que anima internamente nuestro proyecto. Si esto nos parece importante, si después de todo lo que se ha dicho al respecto creemos que esta reflexión posee actualidad, es porque entendemos que el **peligrosismo** no se desarticula simplemente adoptando la determinación de abandonar ese modo de pensar y reprochando con indignación a quienes aún lo mantienen. La profundidad y complejidad histórico-social del diagrama **peligrosista** excede por mucho la representación de peligro que habita en la mente de los distintos actores sociales: se trata de un entramado consolidado históricamente que se despliega a través de un conjunto de prácticas, disposiciones afectivas y conceptos, hábitos discursivos e institucionales, normativas, emplazamientos espaciales y ordenamientos del tiempo que caracterizan ciertas políticas en materia de administración de la justicia así como también ciertas políticas en materia de salud mental. Y sobre todo cierta relación, cierta asociación hegemónica, que se ha establecido entre estos dos discursos, el de la justicia y el de la salud mental y el campo de prácticas que ambos instituyen. Es por esto que la transformación de este gran conglomerado que es la peligrosidad no depende de un discurso o ámbito particular, sino de una reconfiguración de la lógica que vincula el conjunto de los discursos y prácticas en los cuales se determina su realidad.

No es muy difícil identificar, y consecuentemente denunciar, las grandes zonas, los bastiones del peligrosismo. Mucho más complejo, delicado y trabajoso es identificar esa lógica operando en nuestras propias afecciones, en nuestros propios comentarios, en nuestros hábitos mentales, en nuestras pequeñas decisiones operativas. Y es ahí, en estas zonas poco visibles, donde el peligrosismo persiste y mantiene su eficacia: allí donde creemos que nuestro sentido común y nuestras buenas intenciones nos inmunizan de antemano de ser productores y reproductores de la lógica de la defensa de lo social y la política del otro como enemigo.⁽⁴⁾

(4) Lo cual explica que tanto organismos que se limitan a enunciar una serie de imperativos acerca de lo que estaría bien que suceda sean totalmente inoperantes a la hora de efectuar una práctica que modifique los resortes materiales y discursivos que perpetúan la lógica del peligrosismo.

En todo caso esto es claro: la lógica de la peligrosidad es el escenario sobre el cual nos movemos, desfondarla es una meta y aun cuando eso ya esté sucediendo en pequeños gestos o importantes decisiones que se organizan por otros principios, el peligrosismo no es algo que quede saldado de una vez y para siempre. Ese ejercicio constante que exige detenerse sobre las propias tendencias, muchas veces espontáneas, es el desafío sobre el cual avanzamos quienes estamos en la **intersección de la justicia y la salud mental desde una perspectiva clínico-crítica**.

El peligrosismo es algo más que una cierta representación estigmatizante que ejercerían quienes confunden a las "víctimas" de la sociedad con la "causa" de los males sociales. Si sólo fuera eso bastaría con dejar de verlos así, como causas del mal, como peligrosos, para que las cosas se ordenen. Sin duda ese movimiento es necesario ya que es imprescindible **no confundir un síntoma con una causa**. Al mismo tiempo, es necesario pensar cada uno de los niveles en los que se determina un síntoma. Y es tanto más imperioso construir lógicas de la intervención en esos múltiples niveles, lógicas de la intervención que avancen en la dirección deseada. Ahora bien, a los fines de pensar intervenciones locales, que atiendan al juego de fuerzas que sostienen ciertas condiciones de existencia, las buenas intenciones no bastan como tampoco alcanza con dejar de pensar que se está tratando con individuos o grupos "peligrosos". Los juegos de fuerzas configuran situaciones delicadas, prontas a verse sacudidas por los movimientos más sutiles y es entonces necesario saber de qué modo, en nombre de qué, para qué y a qué costo uno estará dispuesto a intervenir.

Esto es, grosso modo, lo que quisiéramos transmitir en este trabajo: el escenario de problemas al interior del cual debemos pensar nuestra práctica cotidiana y el modo en que un ámbito de problemas extensos y complejos queda expresado en gestos mínimos.

2 | Crítica

Nuestro trabajo se propone partir de la frase "tampoco son tan pobrecitos", enunciada en una de las reuniones de equipo, a fin de analizar y valorar tanto el universo conceptual al interior del cual ésta existe y se actualiza con su enunciación como la lógica de su funcionamiento en su

carácter de práctica discursiva. Es decir, por un lado, reflexionar sobre lo que la frase está diciendo, su significación, el ámbito de inteligibilidad al interior del cual ella es posible; por el otro, captar la lógica de lo que ella hace e instituye al momento de enunciarse. En definitiva, se trata de analizar el enunciado desde una doble perspectiva: semántica y pragmática.

La frase fue dicha en un pase de guardia. Momento en el que la guardia comunica a los equipos tratantes en particular —pero se trata de una comunicación dirigida a todo el equipo de profesionales— cuáles han sido los sucesos del día y la noche anterior. Esto es, quién ha demandado atención por guardia, qué ha pedido, cómo se ha resuelto la situación, etc. A partir de ello, se intenta realizar alguna lectura en relación a la significación de esa demanda de atención. En este contexto, la frase aparece como una suerte de conclusión, una sentencia que pretende dar una clave para comprender la situación de esa demanda. La intuición, al momento de escucharla, fue que en ella se expresaba el hilo de continuidad, la complicidad entre una política asistencialista y la lógica de la peligrosidad y que, por lo tanto, su relevancia excede en mucho el ámbito en que fue pronunciada revelando una posición ético-política y una forma de acercamiento a ciertas problemáticas que se encuentra presente y operante en los ámbitos más disímiles. Nuestra exposición pretende desarrollar analíticamente esa intuición, pero también plantear una suerte de zona de indefinición y de indeterminación que nos permitirá abrir otra línea de sentido que no se organiza por los principios de asistencia y peligro. Esta segunda instancia de la exposición será para nosotros la ocasión para exponer el ámbito conceptual desde donde entendemos se perfila otra política de intervención posible en salud mental. Otra política que, a su vez, redefiniría el tipo de relación que se establece entre los discursos de la salud mental y el ámbito jurídico y penal.

2.1 | Semántica

Comencemos, entonces, desarrollando la dimensión semántica del enunciado “tampoco son tan pobrecitos”. En una primera instancia, podría querer decir: son menos pobrecitos de lo que podrían parecer a primera vista. Sin embargo, y si bien la frase se refiere explícitamente a la cantidad de “pobrecitud” (tampoco son **tan** pobrecitos), podría al mismo tiempo

insinuar que son otra cosa además de pobrecitos. Esa otra posibilidad queda aludida, pero no dicha y la clave de su intelección creemos reside en cómo se entienda al "pobrecito". Por lo tanto, comenzaremos nuestro análisis intentando discernir qué estaría siendo efectivamente dicho en el "son tan pobrecitos". Frase que sería la instancia necesaria y lógica con la cual "tampoco son tan pobrecitos" parecería querer polemizar.

La definición de "pobre" tal como aparece en el diccionario de la Real Academia Española asume las siguientes acepciones: "1. (...) Necesitado, que no tiene lo necesario para vivir. (...) ; 2. (...) Escaso, insuficiente. Esta lengua es pobre de voces; 3. (...) Humilde, de poco valor o entidad; 4. (...) Infeliz, desdichado y triste; 5. (...) Pacífico, quieto y de buen genio e intención; 6. (...) Corto de ánimo y espíritu; 7. (...) Mendigo". El recurso del diccionario tiene únicamente la función de orientar la discusión, puesto que las actuaciones discursivas delimitan un rango de dispersión semántica difícilmente determinable. Pero, en todo caso, sirve para revelar que la palabra "pobre" implica y conjuga una **valoración material y moral**.

La declinación a "pobrecito" tiene el efecto, en su cualidad diminutiva, de acentuar la dimensión moral y peyorativa que ya en parte se insinúa en "pobre": ese vector que va desde la buena intención, la humildad, la indefensión y, pasando por la carencia, la inocencia, llega hasta la desdicha y, cuando no, a la estupidez; este movimiento instala a los "pobrecitos" en la función de víctimas.⁽⁵⁾ Teniendo en cuenta que en nuestro caso se trata de pacientes que, simultáneamente, se encuentran detenidos, se puede cernir de distintas maneras el campo de carencias: partiendo de un menos de libertad, podría tratarse de menos dinero o posibilidades materiales, menos contención afectiva o familiar, educación, etc. Podría también referirse a un menos de facultades, por ejemplo, inteligencia, memoria, coherencia, cognición social, etc. O, finalmente, tratarse de una conjunción de todos esos elementos. En definitiva, su carencia ha implicado que han tenido menos oportunidades y que poseen menos potencialidades, fa-

(5) En el presente artículo, el concepto de víctima no será analizado críticamente. En este sentido, entendemos que hay actualmente esfuerzos conceptuales importantes por restituir un concepto de víctima que no implique una atribución sobre la condición permanente de alguien. Al interior de este trabajo, la idea de víctima permanecerá tal como la hemos introducido, directamente ligada al de "pobrecito".

cultades. Imaginario que se encuentra bien vigente en ciertos ámbitos de los derechos humanos y que, a no dudarlo, es en parte cierto. Pero en el desplazamiento de “pobre” a “pobrecito” queda indicado un movimiento más profundo: se produce un deslizamiento desde la consideración sobre las posibilidades que alguien ha tenido hacia quién es esa persona moralmente. Se pasa de una consideración que, hasta cierto punto, podría considerarse objetiva —que alguien ha tenido menos oportunidades— a una construcción según la cual alguien **es en sí** pobrecito, con toda la carga moral que recién enumerábamos, por efecto de las carencias que ha sufrido.⁽⁶⁾ En este mismo movimiento, se produce una atribución sustancial, una suerte de determinación sobre su condición: **son** pobrecitos.

Esta construcción contiene en sí una cierta constelación afectiva. En efecto, hay un afecto propio de quien mira a otro como un pobrecito. Estar viendo a alguien como un carenciado, un indefenso, una víctima, va acompañado por un cierto sentimiento de compasión o, peor aún, de lástima. Entendemos que la dimensión afectiva es un elemento interior del “pobrecito” y no un sentimiento que vendría a adosársele exterior y circunstancialmente. Podría entenderse como una forma de sensibilidad a este esquema que conjuga una conceptualización —en este caso sobre los otros con los que trata— y un cierto afecto que es solidario de esa conceptualización. Más aún, en la práctica, la consideración intelectual acerca de qué significa ser un pobrecito podría faltar absolutamente y ser el sentimiento de lástima lo único efectivamente sentido. Incluso, se podría aventurar que dicho afecto es tanto más efectivo al momento de conducir una situación cuanto menos explicitada esté la conceptualización correspondiente.

Introduzcamos un tercer elemento. Estar viendo un conjunto de “pobrecitos” implica, además de cierta disposición afectiva, todo un universo organizado alrededor de la lógica del tener; implica lógicamente que hay otros que tienen más, y la frase reclama alguna ratio, medida, según la cual se evalúan los más y los menos. Esto significa (no importa si de hecho no se

(6) Con alguna diferencia, la cristalización de alguien en torno a alguna forma de carencia o perjuicio que habría sufrido así como las posibles consecuencias en el carácter ya había sido ubicada por Freud en el artículo “Las excepciones”. Allí se identifica esta posición en el siguiente enunciado: “La vida me debe un resarcimiento que yo me tomaré. Tengo derecho a ser una excepción, a pasar por encima de los reparos que detienen a otros. Y aún me es lícito ejercer la injusticia pues conmigo se la ha cometido”. Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico. También puede revisarse el capítulo IV de *Nietzsche y la filosofía* de Gilles Deleuze, donde se efectúa una profunda caracterización del tipo del resentimiento.

ha efectuado) haber proyectado una grilla sobre el conjunto de la población que distingue y distribuye a los individuos según su nivel de "posesión". Ante esa grilla que organiza la serie de los individuos en la escala de los que tienen más y menos, habría algunos que necesariamente estarían en desventaja. Si esto es importante es porque introduce la dimensión de que quien no tiene, no tiene en relación a otros que tienen más. Lo cual sugiere la cualidad de las relaciones que se establecen entre quienes **se definen** por tener más y quienes **se definen** por tener menos. Al interior de este universo, no importa cuánto se tenga o no efectivamente, lo conjurado será siempre la carencia que cada quien vivenciará como una amenaza que insiste y acecha, interior y/o exteriormente. Y consiguientemente, cualquiera que se perciba en menos podría sentir que ya no tiene demasiado que perder. En estas condiciones, se presupone a la vez que **se construye** un sujeto que, en su desesperación, podría estar dispuesto "a cualquier cosa".⁽⁷⁾ Estar dispuesto a cualquier cosa, carecer de límite y, por ende, de cierta calculabilidad en la acción es casi la definición misma de la peligrosidad.⁽⁸⁾ Por lo tanto, la misma lógica de la carencia se expresa tanto en el sentimiento de lástima como en la cautela que habría que tener frente a los pobrecitos. El librepensador dirá, con las mejores intenciones, "quizás no sean malos, quizás sólo estén desesperados" y, a partir de su propia relación con la carencia que se le presenta en el otro, permanecerá cauteloso.

Si volvemos ahora sobre el enunciado "tampoco son tan pobrecitos", parece al menos verosímil que éste refuerce, intensifique una dirección que subterráneamente ya existe en la consideración de que los pacientes son "pobrecitos". Se puede sentir la ironía que habita la expresión. "Tampoco son tan pobrecitos" podría en su indeterminación, en su vaguedad, querer insinuar "no son pobrecitos, todo lo contrario". Y ahí, donde pobrecito significaba víctima, se leerá victimario; ahí, donde se significaba indefenso, se leerá peligroso; ahí, donde se leía inocencia, se encontrarán

(7) Inmerso en esta lógica, un millonario viviría anticipando su propia pérdida y al percibirse como no asegurado y no teniendo suficiente podría estar dispuesto a cualquier cosa para conjurar la carencia por la que ya está afectado y que vive imaginando como un accidente posible.

(8) Entre los guardavidas, existe la precaución de que alguien pronto a ahogarse, o que al menos así lo siente, puede en su desesperación atentar o poner en peligro la vida de quien está por salvarlo. Esta situación que expresa ejemplarmente la conjunción víctima-peligroso revela un imaginario frecuente también en otros ámbitos.

las intenciones, y ahí, donde la carencia y la pasividad nos orientaban a ayudarlos, ahora nos orientarán a protegernos, resguardarnos, y de ser necesario, hasta abandonar nuestra función o permutarla casi imperceptiblemente por alguna otra. Este desplazamiento también se refuerza cuando en algún momento alguien recuerda que se trata de pacientes que se encuentran detenidos en una institución penitenciaria: rápidamente se acabará entendiendo, obviando el análisis de la función y la selectividad del sistema penal, que por algo algunos terminaron allí.

Solidariamente a la mutación representacional, la lástima mutará en desconfianza y así subrepticamente nos desplazamos de la disposición a ayudar, a la retirada, a protegernos y asegurarnos de que nadie saque provecho de nosotros. En definitiva, nadie quiere ser una víctima. Y si son ellos los victimarios, las víctimas seremos nosotros o algún otro con el que no tardaremos en identificarnos. Y así como en el rostro del soberano se puede presentir al lobo y en el lobo al soberano, en el corazón del “pobrecito” estará también inscrita la amenaza siempre latente en los desposeídos.

A la luz de esta interpretación que hemos realizado —creemos que hay otras posibles y volveremos sobre esto—, sostenemos que el universo implicado en “pobrecito” presupone internamente su contrario como dos momentos que se suceden y coexisten pacíficamente, contrariamente a lo que una impresión superficial podría hacer parecer. De paso, cabría hacer notar que la modalidad bajo la cual se produce la relación con el otro, toda la línea de continuidad que hay entre los inocentes y los culpables, las víctimas y los victimarios, estará siempre mediada por representaciones y valoraciones morales que pretenden decir la verdad y fijar la identidad de cada quien.

2.2 | Pragmática

Situémonos ahora desde el punto de vista, no ya de lo que el enunciado dice y significa, sino de lo que éste hace y lo que revela de la posición desde la cual se lo enuncia. La frase pretende **advertir** que los pacientes “no son tan pobrecitos”. Sea que los pacientes se presenten así, se representen así, sea que los profesionales que los tratan se engañen sobre el tema (por su “moral burguesa”, por tener “ideales ingenuos”), la frase pretende denunciar que no habría que dejarse engañar por esta aparien-

cia. Si denuncia una apariencia es para insinuar que habría una realidad más real que está en juego y que podría perderse de vista, que podría quedar oculta por el hecho de creer algo que en realidad no es. Entonces, y en la medida en que el enunciado quiere ser una advertencia, un llamado a no engañarnos, a lo que se dirige es a una creencia, a una representación falsa que se puede tener de la realidad. En este sentido, se podría decir que su motivación es esencialmente epistemológica: juzgaría como falsa una determinada manera de acercarnos a la realidad. Al interior de este universo que vamos definiendo no habría nada más condenable, más reprochable, que pecar de ingenuidad. Ingenuidad en dos sentidos: por un lado, se estaría siendo ingenuo al ver a los pacientes como pobrecitos cuando en realidad son otra cosa, y, por el otro, en el trato con ellos estaríamos expuestos a que saquen provecho de nosotros, de nuestra confiada posición. El enunciado quiere que salgamos de las tinieblas, de la caverna y refuerza, en este movimiento, la línea de sentido que veníamos analizando. En definitiva, se trata de que no nos engañemos y que veamos que detrás del pobrecito, el padeciente, está el culpable, el victimario, el agente. Partiendo de esto, todo esfuerzo o movimiento de los "inocentes" para "cambiar" estará, para quienes se dan cuenta de la "realidad" de las cosas, condenado como fútil de antemano.

Si se repiensa el vínculo que es susceptible de establecerse con los pacientes bajo estas coordenadas que vamos recorriendo, salta a la vista que entre quien engaña y quien puede ser engañado sólo puede establecerse una relación agonística que no puede producir otra cosa más que un ganador y un perdedor.

Por otra parte, pensamos que, en el campo de la salud mental, el ejercicio por antonomasia del poder está en darse la habilitación para decir la verdad sobre alguien, para establecer y determinar la serie de las cualidades morales y afectivas que definen la identidad y la esencia de la que alguien está hecho. Y a la luz de este conglomerado afectivo conceptual no tardaremos en descubrir al psicópata detrás de la oveja. Y consiguientemente, no tardaremos en llenar hojas y hojas de informes con lenguaje técnico (y esto ya es bastante benevolente) donde diremos que alguien es "manipulador" y vaya uno a saber cuántas cosas más. En este sentido, observamos que de la función de ayudar y brindar atención hemos, casi inadvertidamente, empezado a condenarlos y llenarlos de epítetos sobre lo que ellos serían verdaderamente. Difícilmente la lógica del juicio, el ejercicio de enjuiciar, que subyace tanto

al creer que son pobrecitos como que son peligrosos, no conduzca a otra cosa más que a un dictamen y una condena. Por eso, este ejercicio de hacer el compendio moral de alguien sería totalmente inocuo si no fuera acompañada de la potestad social de decidir sobre el destino de estos individuos.

Esto trae a la hora de la práctica una serie de interesantes consecuencias que no deben pasarse por alto, consecuencias que se encuentran mutuamente implicadas y son manifestaciones del movimiento que venimos describiendo. Mencionaremos tres de ellas:

1. A nivel de la política del tratamiento, se establece una suerte de pacto tácito, según el cual se accede a tratar a los pacientes, brindarles asistencia, mientras ellos **demuestren** que quieren cambiar. Y la prueba de querer cambiar consiste en que puedan comportarse como se espera que se comporten. De paso, se crea así la idea de que si no se comportan como se espera, y por ende acaban por ser expulsados del tratamiento, es por su culpa y exclusivamente por su culpa, lo cual implica, en principio, desconocer o borrar el conjunto de fuerzas que operan incidiendo en la manifestación de todo fenómeno humano (biológicas, subjetivas/inconscientes, sociales, políticas, culturales, históricas, relacionales) para ceñirse exclusivamente al campo de la voluntad y a la prueba de docilidad a la cual se la somete. Por otra parte, esto también implica de hecho sostener una posición, cuestionada ya desde hace tiempo aún en el campo de la ciencia: situarse en la escena como observadores objetivos renegando así de la incidencia que hayan podido tener nuestras propias intervenciones en la producción de los fenómenos que supuestamente sólo identificamos.
2. A su vez, se espera que la voluntad modifique la forma en la que alguien ha venido existiendo y configurando su mundo de relaciones, pero es algo que la voluntad difícilmente puede dar, esta expectativa de transformación está necesariamente condenada al fracaso.⁽⁹⁾ Es una expectativa destinada a decepcionar no sólo porque se espera de la voluntad algo para lo cual ella es impotente, sino porque además se espera un cambio en una dirección particular determinada de antemano: que alguien viva sin meterse en problemas; se espera en definitiva que viva una vida lo más parecida a la que uno querría para sí, proyectando así sobre ellos un ideal de felicidad que, como es sabido, difícilmente funcione muy bien, incluso para nosotros mismos. Entonces, al interior de este entramado que

.....

(9) El lugar que la institución le otorga a la voluntad es leído así críticamente por Goffman: "Es preciso lograr que los internos se autoconduzcan de un modo manejable y, para propender a ese fin, tanto el comportamiento deseable como el indeseable deben definirse como surgidos de la voluntad y el carácter personal de cada interno, y sometidos a su decisión". GOFFMAN, IRVING, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, trad. de M^a. Antonia Oyuela de Grant, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.

.....

define a los individuos según una lógica de la tenencia, que acaba haciendo del tener la medida, la regla de la cual se deducirá la moralidad de las personas, lo que se construye es una imagen del hombre esencialmente conformista cuando no resignada. Aun así, y más allá de lo que toda esta configuración tenga de criticable, el asunto es que por su entramado interno está destinada al fracaso.

3. Esta veloz y casi inmediata mutación de la inocencia a la culpa es solidaria de un proceso de desencantamiento de quienes trabajan con poblaciones vulnerables: originalmente motivados por el ánimo de ayudar, llamados revertir las situaciones de injusticia, en un mundo de víctimas y victimarios y de grandes valores distribuidos algo esquemáticamente entre buenos y malos, acaban enfrentándose lentamente a una serie de desafíos que culminan en la decepción y —en la medida que van adquiriendo una experiencia que les dicta que los buenos, los inocentes, las víctimas no lo son tanto— terminan por llegar a pensar que si están en esa situación es por algo o, al menos, que su trabajo está condenado al sinsentido. No es poco habitual en el campo de los proyectos que se destinan a producir transformaciones sociales que, erosionados por la aridez y la complejidad de los factores en juego, todo el asunto se reduzca al fin y al cabo a que "la gente no quiere cambiar". Insistimos en que se trata de un planteo que no sólo reduce la complejidad del fenómeno tratado a una única dimensión, sino que aparta a las personas de la única pregunta factible de hacerse en estos escenarios: "¿Qué hacer?".⁽¹⁰⁾ Pero esta pregunta debe hacerse bajo determinada condición para ser efectivamente portadora de una posibilidad que no se condene al fracaso, a la desilusión, a la repetición vacía de un engranaje burocratizado y mecanizado que sostiene de hecho el *statu quo*.

3 | Clínica

Podría haber un final alternativo. "Tampoco son tan pobrecitos" podría no significar que hay que desconfiar de los pacientes, sino que habría que **sospechar del sentimiento que nos los presenta como pobrecitos** para evitar volverlos o volvernos **víctimas, pero de nuestra compasión**.⁽¹¹⁾ Y si hay razones para sospechar de dicho sentimiento es porque la perspectiva de

(10) Es lo que Ignacio Lewkowicz plantea, en *Pensar sin Estado...*, diferenciando dos posiciones: "La primera versión es una pregunta moral exterior: ¿qué hacer con las cárceles?; la segunda intenta singularizar la pregunta: ¿qué hacer en las cárceles? La diferencia no es menor. LEWKOWICZ, IGNACIO, *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, Bs. As., Paidós, 2006.

(11) Esto abre una perspectiva que, si bien está sugerida a lo largo del texto, no podemos desarrollar en toda su complejidad: ¿cómo una parte fundamental de la construcción de alternativas se sostiene en la posibilidad de operar modificaciones sobre la materia misma de nuestras propias afecciones y creencias? ¿Hasta qué punto la experiencia debiera modificar la forma misma de nuestras intuiciones, la certeza y la evidencia con la que se nos presenta la "realidad"?

la “pobrecitud”, como hemos venido analizando, es un esquema ideo-afectivo que contiene e implica como contracara la misma lógica peligrosista. Y bajo dicha lógica lo que alguien puede ser, hacer, y la significación de su conducta sólo puede desplazarse por el vector que va de la docilidad a la transgresión quedando las condiciones singulares de su caso, de su situación, anuladas de antemano. Lo que, por otra parte, sucede casi de modo necesario cuando:

- a. La aplicación de las clasificaciones psicológicas y psiquiátricas no se utilizan a los fines de orientar (y únicamente orientar) las líneas singulares que determinan el sufrimiento que alguien padece, sino con el único fin de hacer una evaluación que determine quién es.
- b. Los objetivos de un tratamiento se estipulan de antemano, obedecen a un fin prefijado, por ejemplo, hacer que alguien no vuelva a delinquir. Esto nos conduce directamente a un punto nuclear de la discusión: el fin de un dispositivo de salud mental es tratar el sufrimiento de alguien, no el tratamiento de las personas. Y como en cualquier campo médico determinar la naturaleza de un padecimiento es un punto de llegada al que se arriba luego de una serie de estudios y exámenes. Determinar en qué consiste el sufrimiento mental de alguien, de qué se padece y cuáles son las líneas y las posibilidades de intervención, es también un punto de llegada. Pero el trabajo de permitir que haya un despliegue del sufrimiento exige como condición una cierta apertura de quien se dispone a darle un lugar a ese padecer, lo cual significa estar dispuesto a que de ese intercambio surja una posibilidad que no estaba dada de antemano, y que era imposible prever o pensar antes de que se hayan desplegado los elementos que constituyen ese dolor. Primera mutación y operación sobre el diagrama peligrosista: sustitución de la lógica del juicio (víctima-peligroso) por una lógica del sufrimiento singular.

Partiendo de este punto, es posible ir deduciendo el conjunto de inversiones que habrán de efectuarse para que surja un diagrama, un escenario de conceptos y afectos distinto al que hemos venido caracterizando. La perspectiva del sufrimiento implica que se trabaja sobre un campo problemático cuyas condiciones de resolución serán immanentes al problema mismo y, por lo tanto, los elementos y estrategias que apunten a su resolución deberán nacer de la necesidad impuesta por el problema y por ningún elemento exterior a él. La primera consecuencia es que la tarea jamás puede consistir en decir la verdad de alguien, en descubrir lo oculto que podría haber en él, en hacer el listado de sus cualidades morales. El lugar del profesional tratante no puede ser la del detentor del saber sobre la identidad. Si se logra despejar esta cuestión, el acen-

to estará entonces no en lo que se conozca o no de alguien, en lo que se sepa de él, sino en la serie de las posibilidades que se abran en la conexión con la línea problemática que se expresa en su sufrimiento. Esto es: no se trata de determinar lo que alguien es, se trata justamente de **dar lugar a que se realice una posibilidad, una potencialidad, una virtualidad**. La función de la salud mental no es la de decir quién es alguien y ser así "sabios" de la identidad, sino la de permitir, habilitar, **hacer posible** una modificación de la forma de sentir y vivir. Volveremos sobre esto.

Pero así como la función del equipo de salud mental no se confunde con la del sabio de la identidad, tampoco debe confundirse con la del Juez, el Confesor, el Pedagogo-Torturador o el Padre-Madre. Esto es, la función del equipo de salud mental:

- no es juzgar, dictaminar, condenar y proveer.
- no es brindar un espacio de confesión y esperar signos del arrepentimiento y aceptación de que tales o cuales cosas que le han pasado a alguien las tiene merecidas o son el resultado de sus pecados y que, consecuentemente, entienda y acepte pagar lo que está pagando.
- no es ejercer el castigo, moral o físico y/o esperar que alguien aprenda su lección.
- no es brindar una serie de cuidados afectivos y materiales que infantilicen a las personas en cuestión y hagan consistir su **carencia**.

Si efectivamente cumpliera cualquiera de esas funciones —estas que decimos no debiera ocupar— estaría su función en franca sintonía con el sistema penal, tal como éste ha existido históricamente: un sistema selectivo, que perpetúa y fortalece el sistema de los ilegalismos y la delincuencia más que combatirla, y que lejos de favorecer la rehabilitación construye una organización que refuerza el resentimiento y tiende así a fijar la subjetividad alrededor de sus carencias.

Un dispositivo en salud mental que confunde el tratamiento del sufrimiento con el tratamiento de las personas acaba funcionando como una técnica al servicio de ese gran objetivo de la prisión: la normalización y la eliminación de la delincuencia. Y, en ese movimiento por el cual confunde el objetivo, acaba siendo una herramienta más al servicio de

un ejercicio de normalización que fracasa sistemáticamente por creer que el problema de la delincuencia se agota en la existencia del delincuente y pierde de vista el vasto entramado social y económico que da sentido a la gestión de los ilegalismos. Por el contrario, si se asume la línea del sufrimiento, y esto es especialmente cierto para el caso de la cárcel pero sin duda es generalizable, y se asume que la salud mental, tal como se define en la nueva Ley de Salud Mental, está determinada por "...componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona...",⁽¹²⁾ entonces, la intervención apuntará a transformar, entre muchas otras variables, las propias condiciones institucionales, administrativas y culturales (además de subjetivas) y, por lo tanto, implicará un vector instituyente y de transformación que está en las antípodas de la normalización. Es más, una práctica consistente en ese sentido debiera apuntar a ensayar nuevas formas de vida social y comunitaria caracterizadas por formas de vinculación distintas a las presentes en la lógica del peligrismo.

4 | Práctica

Quizás haya quien piense que se trata de una discusión teórica, una mera disquisición entre intelectuales. Sin embargo, entendemos que la perspectiva asistencialista-peligrosista es la vía facilitada que tenemos al alcance de la mano en lo que refiere a la resolución de los habitualmente llamados problemas prácticos. En este mismo sentido, es algo a desmarcar clínicamente en cada situación. Es por eso que quisiéramos ilustrar lo trabajado a partir de una situación singular:

Conocemos a D. a sus 35 años en su internación en el ámbito institucional de entrecruzamiento de lo jurídico y la salud mental. En esta oportunidad, fue detenido por lesiones y posteriormente declarado inimputable permaneciendo en el ámbito penal durante casi tres años. Tiene detenciones previas y también alguna internación en Salud Mental de la que guarda un recuerdo sumamente traumático. Luego de un primer tiempo

.....

(12) Ley 26.657 de Salud Mental, art. 3°.

"de prueba", él mismo decide comunicar las coordenadas en las que se encuentra subjetivamente: trabaja para un organismo de Estados Unidos de Norteamérica, en una misión especial que le fue encomendada a sus 22 años y que implica una serie de denuncias de violaciones de los derechos humanos en las que se encontrarían involucrados desde distintos funcionarios de fuerzas de seguridad hasta ex presidentes, jueces, legisladores, etc. Esta situación tiene como horizonte el momento en que la ONU finalmente intervenga el país y vuelva a poner orden en un ámbito que, así lo plantea, ha perdido su legalidad en un sinfín de excesos.

Toda su existencia se orienta por esta temática aunque durante su período de detención y aún en el tratamiento psicológico y psiquiátrico implementado en otras oportunidades supo ocultar estas cuestiones y mostrarse adaptado a los ámbitos institucionales. Al momento de recuperar su libertad, queda en situación de calle, ha perdido el contacto con su padre y hermano desde hace años (y no tiene intención de retomarlos), no cuenta con recursos económicos para mantenerse. Cuenta que, en oportunidades anteriores, enfascado absolutamente en sus temas ha llegado a estar en situaciones de abandono y riesgo de su propia vida. Es necesario que la información que posee llegue a importantes destinatarios: senadores, diputados, jueces, Corte Suprema de Justicia, ministros, organismos, etc. Luego serán también gobernaciones de las provincias y embajadas, llegando a entregar su documentación en más de veinte delegaciones oficiales. Su misión incide directamente en la concepción y valoración de su persona: "soy como Jesucristo, él andaba sin un peso, pero era importante igual". Dice sobre su propio relato: "yo sé que es muy difícil de creer, pero es así". Ahí donde la tentación podría ser coagularlo en un diagnóstico, que se encuentra al alcance de la mano, juzgar la veracidad de sus dichos o la realidad de la situación o intentar "normalizar" ("¿cuándo vuelve a pensar como nosotros?", preguntó alguien en una clase inmediatamente después de haberse cuestionado la idea de normalización), nuestra decisión fue abrirnos a escuchar lo que él mismo ubica como su sufrimiento: **no puede descansar de su actividad, hace 14**

años que no tiene vacaciones y, por momentos, tiene que pensar en estos temas durante todo el día.

La elaboración y el poder hablar con alguien que lo acompañe sin juzgarlo alivia esa compulsión a pensar; la puesta por escrito y las constancias de entrega de sus materiales en distintas oficinas públicas (con sus correspondientes sellos oficiales) inscriben una existencia que de otro modo amenaza con desvanecerse si no es pensada permanentemente. La traducción de esto mismo es, en otro nivel, el dejar de sentir que su vida está en riesgo: sus propios movimientos han logrado protegerlo. Sostenemos el lugar de testigos de su trabajo en otra institución pública a la que concurre semanalmente con toda regularidad, avisa y se disculpa cuando falta, se preocupa por concurrir en buenas condiciones de presentación “para que no pasen vergüenza por mí”.

Desde ahí, algo más aliviado, avanza él mismo con el tratamiento de otras cuestiones de su vida. Se toma unas “vacaciones” después de 14 años concurriendo al lugar donde pasaba los veranos con su familia y abre así nuevos circuitos de circulación que se encontraban clausurados (aunque cuenta que mientras descansaba no logró sacarse del todo el trabajo de la cabeza, “puede pasarle a cualquiera”). Consulta hospitales públicos sobre temas clínicos y, cuidando su alimentación, aumenta de peso. Decide, superando experiencias previas, consultar a un psiquiatra y aceptar un plan farmacológico: necesita estar tranquilo y poder pensar bien para llevar adelante su trabajo. Junto con una trabajadora social obtiene un subsidio habitacional: en invierno deja la calle y alquila una habitación o concurre a paradores (esto último le resulta menos cómodo porque el ámbito no le permite avanzar con sus escritos manteniendo su privacidad). Reaparece un primo y reconstituye un núcleo familiar que lo acepta; por su parte, D. decide no “involucrarlo” manteniéndolo bastante al margen de su problemática. Surge, en esos encuentros, el horizonte de lo que para él es la posibilidad de curación: terminar con su trabajo y ser recompensado por ello, tener una mujer, una familia, cambiar de vida. Él mismo consiente que relatemos parte su experiencia, lee y aprueba este fragmento del artículo.

5 | Cierre

Nuestro objetivo ha sido analizar cómo una frase, en apariencia anodina, expresa un conjunto de fuerzas que ha reducido anticipadamente las respuestas e intervenciones posibles, las que resultan funcionales a la perpetuación del estado de cosas. Es en este sentido que apostamos a que la perspectiva clínica de suspender la actualización automática de lo instituido abra un espacio de libertad para el surgimiento de lo posible:

"La enfermedad es una situación. La posición ética no renunciará jamás a buscar en esa situación una posibilidad hasta entonces inadvertida. Aunque esa posibilidad sea ínfima, lo ético es movilizar, para activar esa posibilidad minúscula, todos los medios intelectuales y técnicos disponibles. Sólo hay ética si el psiquiatra día tras día, confrontado a las apariencias de lo imposible, no deja de ser un creador de posibilidades".⁽¹³⁾

Donde dice psiquiatra puede leerse profesional de la salud mental; un paso más y esta orientación podría incluir, sin por eso desdibujar las diferencias de función, otros actores (jueces, defensores, representantes políticos, fuerzas de seguridad, organismo de Derechos Humanos, organismos no gubernamentales, etc.) que por su lugar y posibilidad de intervención se encuentren llamados a dar una respuesta en y a situaciones de inercia institucional.

Sólo cultivando una relación con lo virtual, en cada situación concreta podremos rescatarnos del desánimo, recuperar el sentido de nuestras prácticas y crear otros modos de vida. Esto, en parte, exige darse una cierta libertad para ensayar y experimentar. Pero esta libertad no es sinónimo de espontaneidad o improvisación. Ambas están suficientemente determinadas, por razones que no siempre conocemos, como para no despertar sospechas. Todo lo contrario, entendemos por libertad un ejercicio que afirma y se sostiene en un orden de razones distinto a aquel que tenemos disponibles, al alcance de la mano.

(13) BADIOU, ALAIN, "Ética y psiquiatría", en *Conferencias en Brasil: ética, política, globalización*, Bs. As., Del Cifrado, 2006, p. 43.

Terapéutica y crímenes de lesa humanidad

por DARÍO LEICACH⁽¹⁾

“No son sólo los perversos los que cometen atrocidades con otras personas”. Jean Allouch⁽²⁾

I | Nota preliminar

Tómese al presente trabajo, como una primera elaboración de nuestra experiencia frente al desafío de brindar tratamiento a personas ligadas con el terrorismo de Estado. Es posible que, con el deseable avance de los juicios y condenas de estos individuos, cada vez sea una experiencia más común encontrarlos en nuestros consultorios dentro del penal. Es, por lo tanto, necesario poner sobre la mesa esta problemática para que no nos tome desprevenidos. Partimos de la base de que en un estado de Derecho es inadmisibles volver a la política del enemigo, y que toda persona, no importa sus actos, cuenta con ciertos derechos de naturaleza inalienable.

Como terapeutas civiles en salud mental del PRISMA tratamos diariamente con pacientes imputados o condenados por delitos de todo tipo, desde pequeños hurtos hasta violaciones y homicidios. Los detalles de los episodios que han llevado a algunos de nuestros pacientes a perder su libertad y terminar en nuestros consultorios y talleres, son en ocasiones de una atrocidad y violencia extremas. Los psiquiatras, psicólogos

(1) Lic. en Psicología (UBA). Docente Facultad de Psicología de la UBA. Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA

(2) ALLOUCH, JEAN, *La etificación del psicoanálisis. Calamidad*, Buenos Aires, Edelp, 1997.

y trabajadores sociales que venimos del ámbito civil no estamos familiarizados con estas cuestiones. Basta con ver nuestra currícula formativa para darse cuenta que este tema tiene, en el mejor de los casos, un lugar mínimo y marginal. Es para nosotros un desafío diario poder integrar a nuestra práctica —sin reducirla ni degradarla— este tipo de violencia. Entendemos que uno de los mayores obstáculos radica en los efectos de corrimiento de la función de terapeutas, en tanto lo violento, sobre todo en sus presentaciones más descarnadas impacta en la sensibilidad del profesional.

Es fundamental trabajar sobre esta problemática —elemento propio de la especificidad de nuestro ámbito— ya que en la medida en que esto es naturalizado e invisibilizado conlleva efectos infortunados en nuestra labor. Analizar todas las vertientes de esto excede la ambición de este trabajo, así que nos centraremos en la problemática particular de atender a personas imputadas por crímenes de lesa humanidad.

2 | La novedad

Cuando el primero de estos pacientes fue derivado a nuestras instalaciones, hubo una sensación de novedad, de excepcionalidad y una consecuente inquietud se instaló en nuestro grupo de profesionales. Se manifestaron distintas formas de rechazo, desde la renuencia de varios a tomar en tratamiento a la persona en cuestión, hasta cierto recelo: “¿Vamos a alojar a esta gente en nuestro dispositivo?, ¿merecen tratamiento?”.

Las situaciones novedosas tienen como mínimo un doble interés: por un lado nos obligan a pensar cómo sería más adecuado abordar un nuevo problema, y al mismo tiempo, develan aspectos de nuestro trabajo que en la cotidianeidad pasan desapercibidos. En este caso en particular, los mecanismos que parecían aceitados comenzaron a “hacer ruido”.

3 | Algo no marchaba

¿Cuáles eran los argumentos que sostenían este rechazo generalizado? Los obstáculos que se aducían eran variados, pero de una manera u otra caían dentro de dos polos.

1. La **esencia** del paciente: Indudablemente se trataba de un perverso y esto implicaba serias dificultades en la posibilidad de establecer un tratamiento.⁽³⁾
2. La **sensibilidad** de los terapeutas: Éstos consideraban que no contaban con la templanza para mantener la escucha neutral y desprejuiciada necesaria para poder trabajar.

Ambos supuestos escollos merecen un análisis detallado, así que nos tomaremos el tiempo necesario para trabajarlos. En relación al primero, la supuesta perversión del paciente, tenemos que comprender antes que nada a qué nos referimos, ya que el calificativo "perverso" no tiene un significado unívoco ni para el lego ni para el profesional de la salud.

4 | De la perversión

En el seno de la psiquiatría clásica el concepto de perversión fue acuñado hacia finales del siglo XIX. Dentro de esta categoría psiquiátrica se intentó agrupar el conjunto de prácticas sexuales que eran consideradas como aberrantes frente a los criterios sociales establecidos. Se pretendió darle a este término un estatuto científico en tanto fuera descriptivo y moralmente neutro, pero nunca perdió estas connotaciones.⁽⁴⁾ Si tuviéramos que ubicar al torturador en esta categoría, lo encontraríamos dentro de la subcategoría de los sádicos, es decir, personas que extraen un placer de carácter sexual causando dolor físico, psicológico o humillación a otros.

En el campo del psicoanálisis actual, el término perversión supone una categoría clínica opuesta y excluyente a la de neurosis como a la de psicosis. Es mucho lo que se ha escrito en psicoanálisis sobre la perversión como estructura clínica, lo que resulta significativo para este trabajo es que supone la liquidación de la transferencia, fenómeno necesario para que se desarrolle el proceso psicoterapéutico.⁽⁵⁾

(3) Hago uso del término *esencia* y no *diagnóstico* por lo precipitado de la caracterización de este sujeto como perverso. Esto da cuenta de un corrimiento del campo de la clínica al campo de la atribución esencialista.

(4) Quizá por esto en 1987 la *American Psychiatric Association* decidió renombrar, dentro del DSM, al grupo con un nombre más polite como el de "parafilias".

(5) Con respecto a este punto, dentro del ámbito psicoanalítico hay diferentes posturas teóricas. Basta decir que si es posible una clínica psicoanalítica de las perversiones y en qué condiciones es una cuestión en la que, hasta la fecha no se ha logrado un consenso.

La rapidez con la que se establece que una persona es perversa es sorprendente. Si tomamos la acepción psiquiátrica clásica, no se contaba con los elementos suficientes que nos indicaran que el paciente extrajo algún tipo de placer (sea de índole sexual o no) en su presunta práctica. Dos puntos fundamentales nos eran escatimados en lo precipitado del diagnóstico, la palabra del paciente y el espacio de las entrevistas preliminares a todo tratamiento posible. La falta de estos dos pilares de la clínica nos da ya un indicio de que quien se apresuraba a calificar de perverso a este sujeto lo hacía desde una posición que no tiene que ver con la terapéutica.⁽⁶⁾

Algo similar podemos decir si suponemos que el calificativo de perverso hacía referencia al término en su acepción psicoanalítica. El diagnóstico en este caso se establece en transferencia, que es un proceso particular que se da en el transcurso del trabajo analítico. Todo esto no es muy novedoso para un psiquiatra o psicólogo. En este punto nos diferenciamos de otras especialidades del campo de la salud. No podemos establecer un diagnóstico sincrónico, atemporal y sin el elemento que es el núcleo de nuestra práctica, la experiencia singular, irrepetible e irreproducible del encuentro entre paciente y terapeuta. El psicoanalista se abstiene de calificar como perverso a alguien por lo que dice, hace o relata haber hecho. El proceso de la transferencia supone la reedición, la puesta en escena en sesión de los complejos psíquicos y las particularidades de la economía libidinal de ese sujeto. Cualquier *a priori* sobre las características de quién se sienta en frente nuestro, delimitadas a partir de hechos⁽⁷⁾ objetivos, nos aparta radicalmente de nuestra función como terapeutas y evidencia en esa premura por endosarle un calificativo al sujeto un acto de violencia diagnóstica. Se hace uso del acervo teórico con fines condenatorios y no terapéuticos.

Mientras que el trabajo de la justicia consiste en gran medida en ubicar al sujeto dentro de una figura legal (inimputable, responsable, culpable, etc.), el psicoanálisis —o cualquier terapéutica criteriosa— no encuentra en la ca-

.....

(6) Entendemos que el jurista, el ciudadano, el sociólogo, etc., también tendrán cosas importantes que decir respecto a los torturadores. El problema es cuando el terapeuta deja de ser terapeuta y desde este lugar, usurpado a la clínica y a su saber, hace ejercicio de una violencia diagnóstica.

.....

(7) ¿No le corresponde al juez validar y valorar hechos? ¿Por qué tendríamos y bajo qué pasiones nos habilitaríamos a redoblar el juicio de alguien ya enjuiciado?

tegoría o en el diagnóstico del paciente su fin, sino un medio para cuestionar y teorizar su práctica. En el momento en que la teoría se impone sobre la experiencia, en cuanto la subjetividad del paciente queda velada por la valoración diagnóstica clausuramos el campo de la escucha y por ende no hay paciente ni terapéutica posible.

5 | Del lado del terapeuta

Es razonable pensar que una persona, incluso en su ámbito profesional, tiene limitaciones en su campo de acción. No todos estamos dispuestos o tenemos la aptitud para afrontar cualquier situación que se nos pueda presentar. Sin embargo, creemos que vale la pena pensar por qué la mayoría de los terapeutas pusieron en duda su aptitud para atender a este paciente.

Como mencionamos anteriormente, muchos de los pacientes alojados en el PRISMA han lesionado gravemente o terminado con la vida de otros seres humanos. Pese a esto, no se producen grandes sobresaltos, y los pacientes reciben la atención que es nuestra función brindarles. El obstáculo a la hora de atender a un presunto torturador, entonces, no radica en el hecho de dañar o asesinar. Entonces, dónde radica la diferencia.

Por ello por primera vez démosle la palabra a estos pacientes y quizá ellos nos puedan orientar. Los profesionales no son los únicos en diferenciar a los torturadores de los demás criminales, sino que ellos mismos marcan una diferencia tajante. Ellos no se consideran criminales en tanto entienden la criminalidad como un hecho moral, social y/o desencadenado por una patología: el pobre, el estafador, el asesino “desequilibrado”, el adicto, son los criminales para ellos. Los militares torturadores y secuestradores se definen, en oposición a éstos, como “presos políticos”. Y aunque todos los presos son producto de una política, quizás haya una verdad en su autoaracterización: sus crímenes se enmarcan en su labor como siervos de un estado de políticas terroristas, en tanto éste atentó sistemáticamente contra sus propios ciudadanos. Resulta irónico que el mismo elemento que genera la renuencia de los profesionales sea el que ellos esgrimen para limpiarse de toda culpa y, al mismo tiempo, dar cuenta de cierto tipo de superioridad moral sobre otro tipo de detenidos. Se hace patente en las entrevistas con muchos de ellos que mantienen con orgullo su posición como actores de una política del enemigo. Se guardan sus temores, sus dudas y su cansancio.

Podemos pensar entonces que la resistencia de los profesionales aparece no ante la violencia, sino frente al hecho de que estos pacientes ubican a esta violencia en las coordenadas de un hecho heroico, un acto político en pos de alguna abstracción como “el orden nacional”, “el cuidado de las instituciones” o “el estado”. Lo que el profesional no advierte, es que termina reproduciendo, como frente a un espejo esta lógica del adversario o el colaborador, el héroe y el adversario. De ningún modo se debe pensar que estamos planteando un imperativo del orden del “atiéndase a todos y bajo cualquier condición” ni tampoco creemos que es posible armar un dispositivo terapéutico con toda la humanidad. Lo que advertimos es que en esta rapidez en suponer como imposible un tratamiento estamos al mismo tiempo reproduciendo una violencia de orden político —política que niega el padecer subjetivo— y en el mismo movimiento validando la posición sacrificial y heroica de estas personas.

6 | Hacia un tratamiento posible

Es en la medida en que el psicoanálisis nos enseña que la realidad humana es esencialmente dialéctica, que podemos pensar que víctima y victimario son dos caras de una misma moneda. Así como corremos el riesgo, compadeciéndonos de la víctima, de revalidarla en esa posición totalizadora de sufrimiento vedándole la posibilidad de ser algo más⁽⁸⁾; también corremos el riesgo de que en la medida en que asumamos que un torturador es sólo un torturador, reeditemos la política del enemigo en un gesto de venganza social. Una terapéutica puede acontecer en el pasaje de la unidimensionalidad del monopolio de una categoría (siempre moralizante) a la pluridimensionalidad de lo humano como inherentemente indeterminable y contradictorio. En tanto como terapeutas podamos deconstruir —pero siempre sin negar— este abigarrado dualismo de la víctima y el victimario, y pensar que un torturador puede no ser en todo aspecto de su subjetividad un torturador, podremos pensar un tratamiento posible del individuo y erosionar una repetición mortificante que es, en cierto modo, también parte de nuestra historia de padecimiento como pueblo.

(8) Cabe preguntarse hasta dónde, al ratificar a la víctima, no es uno el que se vuelve, simbólicamente, victimario. Desde ya, que negar a la víctima, nos llevaría al mismo lugar.

Algunos desarrollos sobre el psiquismo en un ámbito carcelario

por JESSICA BISTUER⁽¹⁾

“Lo malo llega a parecer bueno a aquél cuya mente conduce una divinidad hacia el infortunio”. Sófocles⁽²⁾

I | Introducción

El presente escrito intentará circunscribir dos conceptos extraídos de la teoría psicoanalítica para poder repensarlos a la luz —o, mejor dicho, en las penumbras— del sistema carcelario. **Masoquismo** e **hipermoralidad** serán las palabras claves del siguiente desarrollo.

“Pensar lo ya pensado”... Tal vez sea esta frase de espíritu heideggeriano el puntapié que dé inicio al siguiente texto. Un texto que necesariamente será pensado desde la experiencia. Una experiencia inquietante.

Pensar lo ya pensado **desde otro lugar**, pero ésta vez, desde un lugar de encierro. Y no cualquier encierro: la cárcel. Que sea desde otro lugar armaría diferencia. Que el inicio del texto plantee el armado de alguna diferencia incide en la práctica concreta que el psicoanálisis propone en un determinado escenario. Al menos ésa es la apuesta.

Un hospital psiquiátrico al interior de una cárcel de máxima seguridad es el escenario de este escrito. El encuentro sostenido a lo largo de dos

(1) Licenciada en psicología. Actual psicóloga del programa PRISMA.

(2) SÓFOCLES, *Antígona*, Bs. As., Losada, 2003.

años con sujetos en su doble condición de pacientes y presos suscita diferentes interrogantes. Uno en particular va tomando volumen y se instala para ya no querer irse...

2 | La mudez de la culpa

Sujetos que muestran el infierno al que son arrastrados, sujetos desbordados de angustia, inundados de dolor, avasallados por las repeticiones, invadidos por lo pulsional que toma sus cuerpos, por los impulsos adictivos y las auto-agresiones múltiples. Sujetos con sentimientos que se agolpan y se superponen, con retazos de historias difusas que no hallan ningún lugar.

Una pregunta se repite, insiste en cada encuentro con estos sujetos, por tanto debo hacerle lugar: ¿cómo situar conceptual y clínicamente lo que llamaré **la tendencia masoquista** presente en algunos sujetos privados de su libertad, tendencia que los arroja al infierno una y otra vez?

Digamos rápidamente que no hay perspectiva alguna que pueda responder acabadamente a esta pregunta; dicho de otro modo, no hay manera de agotar la cuestión desde un solo punto de mira. Más bien me conformaré con establecer algunos lineamientos posibles desde el discurso del psicoanálisis. Discurso que no posee la pretensión de definir, de asir resultados. Pura apertura. Disposición a lo abierto.

Despleguemos brevemente el concepto de **culpa** y su relación con el encierro carcelario, concebido como **castigo**. La culpa para el mundo occidental, como todos sabemos, es un concepto que hunde sus raíces en el pensamiento judeo-cristiano. Culpa, según el diccionario, es "con respecto al autor de un delito o falta, circunstancia de haberlo cometido, que le estigmatiza moralmente y le hace responsable de él ante la justicia, ante los demás o ante su conciencia".⁽³⁾

Sentir **culpa**, de manera explícita y **consciente**, sería lo esperado para todo aquel que comete un acto fuera de la ley, para aquel que viola alguna (o muchas) de las normas de convivencia que rigen el funcionamiento de una

(3) MOLINER, MARÍA, *Diccionario de uso del español*, 1ª ed., vol. I, Madrid, Gredos Editores, 2007, p. 881.

sociedad. En ese sentido, se espera que la persona declare el mal cometido y, en razón de ello, **sienta remordimiento**, el que a su vez podría exteriorizarse verbalmente. Si hubiera alguna persona que en un primer tiempo no lograra sentir culpa, se espera que en el transcurso de su condena lo haga por efecto de la resocialización facilitada por el sistema carcelario, para luego estar en condiciones de insertarse nuevamente en la sociedad, ésta vez sí, respetando sus normas.

Queda clarificado que el concepto y la práctica de la culpa hacen consistir una posición. Por un lado, subrayamos el valor **consciente** que, desde esta perspectiva basada en el **arrepentimiento**, asume el entendimiento que podemos obtener del sentimiento de culpa, y por otro, el que debería adquirir dicho sentimiento en caso de faltar.

Este modelo ideal de resocialización, centrado en una suerte de **práctica confesional**, claramente se encuentra en crisis y padece de filtraciones por donde se lo mire. El escenario se conforma, entre otros, por los siguientes factores: el clamor de una sociedad que pide de manera incesante el endurecimiento de las penas que el sintagma “mano dura” cristaliza proverbialmente ante “la creciente ola de inseguridad”, un sistema carcelario que históricamente ha pretendido hacerse eco de esa clase de pedidos y un Poder Judicial arbitrando la vida que tiene lugar entre los individuos con los límites propios que a todo sistema jurídico debemos asignarle.

Insisto: este texto no tiene la intención de abarcar dicha problemática de lleno, problemática ésta que involucra un modelo jurídico-penitenciario de índole punitivo que, a todas luces, se encuentra en crisis, sino de **plantear el modo en que para algunos sujetos el castigo y los malos tratos son funcionales a un posicionamiento masoquista, lo que en este texto llamaremos la mudez de la culpa**. Ya veremos de qué se trata esto que podemos nombrar la **culpa silente**, es decir, una **culpa no consciente**.

Para poder abordar esta problemática en juego apelaré a lo investigado por el padre del psicoanálisis, Sigmund Freud. Cabe destacar que los **fenómenos de autocastigo** ocuparon un lugar considerable en su teoría. El mismo se ocupa de ellos dadas ciertas evidencias clínicas: reacción terapéutica negativa, resistencias a la cura; es decir, sujetos que en el trascurso de sus tratamientos, contrariamente a su expresión

de deseo de mejorar, empeoran decididamente y se aferran a la enfermedad, al padecimiento.⁽⁴⁾

Su referencia conceptual más inmediata para ilustrar los fenómenos clínicos de autocastigo es el **sentimiento inconsciente de culpa** que luego sustituye por la **necesidad de castigo**, dada la paradoja con que se confronta al sostener dicha noción, debido al hecho que los sentimientos son por definición conscientes.

Tanto al autocastigo, como al sentimiento inconsciente de culpa y a la necesidad de castigo los emparenta con el **masoquismo moral**,⁽⁵⁾ lo que aquí denominamos culpa silente. Todos estos conceptos aluden a algo irreductible. Designa la presencia indiscutible (e imposible de eliminar por completo) de lo mortífero en toda estructuración subjetiva.⁽⁶⁾ **Un sentimiento de culpa no consciente, mudo, que halla su satisfacción en el padecimiento y demanda inexorable castigo.** Sentimiento respecto del cual en principio el sujeto **no sabe nada**, dado que **no siente culpa** y sólo se anoticia de él por sus efectos, los que a su vez requerirán, en la mayoría de los casos, ser señalados por alguien.

Sujetos que viven al límite, y llevan al límite la vida biológica; vidas en las que nada es más arduo que soportar el vacío inherente a toda existencia sin apelar al consumo de sustancias de diversa índole; y en los cuales se infiere que aquél (el Otro) que, en los inicios del sujeto, debía asumir a su cargo la responsabilidad de sus cuidados, abdicó de dicho compromiso (desestimó la ley), haciendo del sujeto un objeto de sus satisfacciones, objeto de sus caprichos, objeto de sus descuidos y hasta de sus abandonos. La palabra **capricho —del Otro—** ubica las cosas en su lugar: pues si hay capricho, no hay ley. Incluimos aquí a la figura del Estado y de la sociedad en su conjunto. Más tarde, habiendo entrando en la segunda década de su vida, podemos concebirlo como un sujeto que ha “pasado de todo y por

.....

(4) A partir de estos descubrimientos Sigmund Freud deja de sostener la creencia que el acontecer psíquico es gobernado exclusivamente por la búsqueda de placer.

(5) Freud en su texto “El problema económico del masoquismo” propone la expresión **masoquismo moral** para aquellos sujetos que no buscan el placer en el dolor corporal que se infligen sino en la humillación y en la mortificación psíquica. Le extrae de este modo el sentido netamente sexual que poseía dicho término.

(6) Sigmund Freud, al final de su obra, y de su vida, debió postular la existencia de lo que llamó pulsión de muerte o *Thánatos*.

todo”, “pasado de vuelta” incluso. Muchos de ellos son los que sobreviven hoy en nuestras cárceles. En definitiva, sujetos que ignoran —en sentido grueso— los modos diversos que se pueden engendrar con el fin de calmar el dolor, y que desconocen el modo en que es posible recurrir a un otro que los mire (que los tome) ni más ni menos que como a un semejante.

No es inusual que ante tamaña **indiferencia** a la que ha sido sometido, el sujeto acabe apelando al otro en el registro de la violencia. El fin, siempre y en todos los casos, es convocar a alguien. Es allí donde diversidad de escenas se montan propositivamente y dejan al sujeto en cuestión en posición de **ser castigado**, agredido, insultado y hasta incluso maniatado o “contenido físicamente” en nombre de la medicina. Sucede que dichos sujetos desconocen por completo otros modos de recurrir a la **asistencia ajena**, como lo llamaba Freud otros modos de no ser indiferente ante la mirada del otro.

Detengámonos en la **indiferencia como proceso de desubjetivación** en el cual el sujeto queda anulado en su condición de semejante, convertido en extraño. Lo que caracteriza a quien ingresa en este proceso es la inclusión en la no pertenencia y la reducción a la inmediatez del cuerpo biológico. La **indiferencia**, entonces, **como un modo de violencia** en donde se establece la convicción de no significar nada para el otro, de no interesar al otro, conduce a que el sujeto quede sometido a una imagen de sí mismo en la cual se instala la certeza de que la vida propia y ajena no tienen ningún sentido.

Clarifiquemos la vinculación entre el masoquismo y la culpa silente. Hablamos de un **masoquismo moral que mantiene en posición inconsciente al sentimiento de culpa y que se expresa como necesidad de castigo**. Se trata de una necesidad que se **satisface** por la vía de determinadas acciones: ser maltratado (en cualquiera de sus formas) podría ser una de esas vías. Vale aclarar que al hablar de satisfacción no nos referimos en modo alguno a lo que el sentido común señala como sentimiento de placer (asociado a toda idea de cumplimiento de una necesidad): en efecto, no habrá sujeto alguno que admita sentir placer por habitar este tipo de situaciones; una aclaración que sirve a los fines de construir la tan escuchada frase “se les pega porque les gusta”. En verdad, se trata de sujetos impulsados a ello sin ninguna posibilidad de encontrar un freno, un límite.⁽⁷⁾

(7) Cabría en este punto desarrollar el concepto de goce, presente en la obra del psicoanalista francés Jacques Lacan, pero el mismo excede los límites de este trabajo.

¿Cómo entender dicho sentimiento inconsciente de culpa? Digamos lo siguiente: ese sentimiento requiere ser **ligado** con un hecho tangible, real, concreto y actual como modo posible —para el sujeto— de defenderse del mismo. Es allí donde Freud expone como paradigmática la posición de aquellos sujetos que **delinquen por sentimiento de culpa**. Y no al revés. Crímenes o delitos que emanan del autocastigo. Nótese que lo que aliviaría al sujeto atormentado no es tanto la posibilidad de ligadura, sino el hecho mismo de ser castigado. Recordemos que el castigo es uno de los nombres con que en psicoanálisis podemos llamar al poder paterno. Entre ellos, las instituciones totales —como por ejemplo, la cárcel— ocupan un lugar central. El castigo sería un modo por el que el sujeto finalmente lograría anudarse a la ley paterna.

La pregunta, que como analista debo formularme, se refiere al modo de establecer algún abordaje diferente a este sentimiento mudo. Se trata de establecer un abordaje distinto al que actualmente solicita la sociedad y brinda el sistema carcelario bajo las prácticas de humillación, puesto que dicho abordaje —es mi hipótesis— redobla la necesidad de castigo, la engrandece y, en todo caso, la desatiende como problema.

¿Cómo repensar y establecer un dispositivo carcelario que pueda estar al servicio de la inclusión social del sujeto —anudamiento a la ley del padre— sin que ello implique un reforzamiento, mediante algún mecanismo punitivo, de las conductas de los sujetos teñidas por la mentada tendencia masoquista, lo que aquí denominamos la mudez de la culpa?

La propuesta que, desde el discurso del psicoanálisis, sostengo es el armado de un dispositivo que hace lugar al padecimiento vivido de los sobrevivientes, en donde se amplía el espacio del **automatismo de repetición mortífera**⁽⁸⁾ haciéndolo entrar al campo del lenguaje y a la función de la palabra, con el fin de, lentamente, dejar atrás el registro de la acción, el reinado de las impulsiones. Acaso se parta de un prejuicio, o de una suposición: la de que **todo sujeto humano, por tratarse de un sujeto hablante, es capaz de producir diferencias, de construir nuevos sentidos.**

(8) Es decir, el crear situaciones, a puro desconocimiento, donde terminan siendo humillados, violentados, etc., como previamente he explicado.

Dicho de otro modo: **crear condiciones para que lo mudo hable**. Producir tramas, ilaciones, historias en lo disperso. Alojarse en definitiva subjetividad, para que el sujeto no permanezca alienado a sí mismo. Dar lugar al no lugar sería un primer acto de inclusión social.

A continuación, una breve viñeta clínica en donde se plasma en acto la propuesta realizada. Una propuesta que se sostiene hace varios años en la llamada ex Unidad 20, actual PRISMA (Programa Interministerial de Salud Mental Argentino). Una propuesta que sigue una lógica contraria al mecanismo punitivo que aún sigue vigente en las cárceles de régimen común.

Un día de guardia —podría ser cualquier día—, un paciente —podría ser cualquier paciente—, no puede especificar lo que le sucede. Un malestar difuso lo invade, una mezcla de irritación y angustia. Dice que invitó a pelear a un celador, que tapó la cámara que se encuentra en su habitación y que se golpeó la cabeza contra la pared además de hacerse cortes superficiales en todo el cuerpo. Profesionales de guardia, luego de ciertos rodeos, intervienen diciéndole que parece no saber qué hacer con su cuerpo. El paciente se ríe. Acto seguido, dice que no puede parar de pensar cosas tristes. Comienza a hablar de ello.

Habrán otras propuestas posibles desde los diferentes campos de acción. Será menester dejar la indiferencia de lado y establecer esto como una problemática de todos, en donde la **irreverencia ante la violencia sea**, sencillamente, el lema.

3 | La moral en los tiempos tumberos

Este apartado, al igual que el anterior, plantea algunas reflexiones sobre el funcionamiento de la estructura psíquica humana tal como se presenta en el ámbito carcelario a partir de un efecto inesperado. Dicho efecto es lo que impulsa esta escritura.

A contracorriente del prejuicio que habita en nuestra sociedad, debemos afirmar que existe una efectiva moralidad manifiesta al interior de las cárceles. Se podría considerar que ello es del orden de lo impensable: los sujetos que se encuentran privados de su libertad han cometido algún delito, han transgredido las normas básicas de una sociedad, y por tanto,

carecen de moral. Siguiendo esta lógica de pensamiento, una suposición extendida mueve a esperar que en estos sujetos se revele una falla estructural en la constitución de su moral, fundamento del aparato psíquico, base de la mentalidad.

Sin embargo, nada de esto último sucede. Muy por el contrario, se alcanzan a evidenciar, tras escuchar los múltiples relatos de dichos sujetos, elementos que permiten pensar que, antes que carecer de una moral, poseen —para nuestra sorpresa— **una moral hiperintensa, una hipermoralidad**. Expliquemos de qué se trata esto.

En la clínica psicoanalítica encontramos lo que denominamos hipermoralidad en aquellos sujetos invadidos por el trabajo silencioso del sentimiento inconsciente de culpa, tal como lo desarrollé en el apartado anterior. También lo podemos encontrar en sujetos melancólicos donde el sadismo se abate con toda la furia sobre —podemos decir, contra— la propia persona.

La **hipermoralidad tumbera**, a la cual me quiero referir, compartiría con la melancolía la **ferocidad del sadismo**. Pero, a diferencia de ésta, la intensidad del componente destructivo tendría otro destino, produciéndose una vuelta sobre los otros (los semejantes) de manera tirana. Habría una agresión sistemática del objeto toda vez que se encuentre en situación para ello.

La hipermoralidad, entonces, respondería a una dureza, a una severidad que se despliega contra los otros. Esto se plasma en la **posesión de códigos rígidos** constituidos al interior del encierro y en el **empleo de penas altamente martirizadoras** para aquellos que los transgreden. Les calzaría adecuadamente la frase “más papistas que el Papa”.

Algunos ejemplos de ello:

- a. En una asamblea de convivencia se escucha enunciar uno de dichos códigos: personas que roban por la espalda son consideradas ratas. Por lo tanto, “los rateritos” no pueden gozar del beneficio de ser tratadas como personas y merecen la pena más alta, el destierro, una deuda infinita e incluso la muerte.
- b. En una entrevista por guardia, alguien cuenta que entró a robar a un departamento dado que el mismo se encontraba con la ventana abierta estando ubicado en un primer piso a la calle. El sujeto en cuestión refiere con tono de preocupación: “y con la inseguridad que hay, ¿cómo van a dejar la ventana abierta?! Puede entrar cualquiera”.

- c. El peor de los delitos, dirá otro preso, no es violar, abusar de un menor (aunque dicho delito posee el segundo puesto en el ranking tumbero), lo peor es matar a la madre, matar a la vieja. La pena de ello aún no me ha sido develada. Para la otra, en cambio, se aplica la Ley del Talión...

Una hipótesis posible es que la **hipermoralidad consistiría, al igual que el masoquismo moral, en un intento de búsqueda de ley**, con un modo particular, claro, especificado por la intensa severidad. Diferentes nombres para distintas aristas de un mismo fenómeno.

Legalidad cruel, pero legalidad al fin. Legalidad que bordea excesos infinitos y que incluye abominaciones que el sentido común excluye por pudor. Hay un modo de hacer establecido, escrito, a fin de tratar las transgresiones a dichos códigos internos. Se trataría de las normas internas e intrínsecas de la cárcel. Normas solidarias al mecanismo punitivo impartido por el sistema jurídico-penitenciario, que sigue la lógica del castigo inexorable. ¿Cómo producir algún cambio en el orden de este sistema del que sólo podemos esperar procesos de des-subjetivación? Es la pregunta que queda abierta.

Algo más que decir. Quizá la hipermoralidad tumbera pone de manifiesto lo que anida en el corazón duro, en la esencia de la moral de cada uno de nosotros, pero en este caso, de manera amplificada. **La moral posee la estructura de la irresponsabilidad.** Siempre hay otro a quien culpar, a quien señalar. Localizar al culpable pacifica dado que uno no tiene nada que ver con el mal localizado afuera. Lo que el psicoanálisis descubre es que eso afuera habla de uno. Y por tanto, nos concierne. "De ahí ese movimiento de la opinión que se complace tanto más en considerarlos alienados cuanto que reconoce en ellos las intenciones de todos".⁽⁹⁾

4 | Conclusión

Finalizando, señalo que en ambos apartados, **la mudez de la culpa y La hipermoralidad tumbera**, me ocupé de formas extremas de cierto tipo de manifestaciones psíquicas inherentes a lo humano; ambas, desde ya, se encuentran presentes en toda estructura mental, en grados y modalidades diversos. No responden a un sector de la sociedad determinado, sino a todo sujeto por su condición de ser hablante.

(9) LACAN, JACQUES, "Premisas para todo desarrollo posible de la criminología", en *Otros Escritos*, 1ª ed., Bs. As., Paidós Editores, 2012, p. 137.

En el caso de sujetos que habitan la institución carcelaria, las diferencias en cuanto a las formas, grados y modalidades de presentación de aquellas manifestaciones (culpa silente, hipermoralidad) incumben y comprometen, en gran parte, a las políticas dirigidas a tratarlas. En nuestro caso, apostamos por la opción de políticas inclusivas por oposición a toda política sustentada en la anulación de las diferencias, solidaria de la indiferencia más anonadante, donde el otro termina por ser un extraño a neutralizar.

Implicancias de la ausencia de sanciones en las unidades psiquiátricas del SPF

por ANA C. IZAGUIRRE⁽¹⁾ y M. VICTORIA ALCOBA⁽²⁾

“¡Qué suplicio estar gobernado por unas leyes que uno no conoce! (...) Pues el carácter de las leyes exige de este modo el secreto respecto a su contenido”.
Franz Kafka⁽³⁾

I | Introducción

En este escrito se trabajará sobre el problema que constituye la ausencia de un sistema de sanciones disciplinarias en las unidades psiquiátricas del SPF. La relevancia de este problema se desprende de la valoración de sus principales consecuencias. En primer lugar, la situación de desigualdad en el acceso a la progresividad de la pena para los internos

.....

(1) Médica (UBA) especialista en Psiquiatría. Ex Residente y Jefa de Residentes Hospital Tornú. Ex Instructora de Residentes Hospital Pirovano. Médica de planta CESAC 9 (Área Programática Hospital Argerich). Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA.

(2) Lic. en Psicología (UBA). Ex Residente y Jefa de Residentes Hospital Álvarez. Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA.

(3) KAFKA, FRANZ, *La muralla china*, Madrid, Alianza, 2000.

alojados en las unidades psiquiátricas respecto del resto de la población carcelaria. Y por otra parte, la funcionalidad que esto tiene con la violencia propia del ámbito penitenciario.

El PRISMA se propone lograr una transformación en la cárcel, intentando incidir en la cultura institucional. Este es un propósito evidentemente ambicioso. Pero todos los cambios culturales se dan a través de grandes y pequeñas transformaciones. Las grandes reformas que no se acompañan de modificaciones en las prácticas no logran modificar la vida de las personas. Para producir un cambio, lo grande debe articularse con lo pequeño, los grandes movimientos deben necesariamente ser acompañados por modificaciones en lo cotidiano, por la construcción de nuevas prácticas. Las acciones que tienden a desnaturalizar la violencia, a perturbar los códigos instituidos, a construir nuevos modos de relación marcan una dirección estratégica hacia aquello que constituye el fin último. Estas son las pequeñas transformaciones a las que se apunta en nuestro trabajo cotidiano.

2 | Suspensión de la progresividad de la pena

El régimen penitenciario se basa en el principio de progresividad, que promueve el pasaje de los internos desde instituciones penales cerradas hacia regímenes cada vez más abiertos. La promoción a través de las distintas fases del régimen se fundamenta en dos calificaciones: conducta y concepto. Se entiende por conducta el respeto de las normas reglamentarias. Se entiende por concepto la ponderación de la evolución personal. Esto, se supone, daría cuenta de la posibilidad de una adecuada inserción social.

El decreto 396/1999, que reglamenta las modalidades básicas de la ejecución de la pena, establece en su art. 73 la suspensión de las calificaciones de conducta y concepto a los internos alojados en establecimientos penitenciarios de carácter psiquiátrico. En consecuencia, no rige para ellos la progresividad de la pena. Mientras que las personas alojadas en otras unidades pueden ser promovidas a los períodos de libertad asistida, condicional, y otros, las personas alojadas en la unidad psiquiátrica no tienen la

posibilidad de acceder a estos períodos, por lo cual deben cumplir el total de su condena en un complejo de máxima seguridad.⁽⁴⁾

Para los profesionales del PRISMA esto constituye una gran dificultad, ya que, en cada caso particular, resulta necesario optar entre el acceso a la progresividad del régimen o la realización de un tratamiento integral en salud mental. A esta situación de desigualdad se agrega la ausencia de visitas íntimas en las unidades psiquiátricas, establecida en el art. 68 del decreto 1136/1997. Otro derecho del que gozan todos los internos, excepto los alojados en estas unidades.

La búsqueda de alguna explicación formal que dé cuenta de los motivos de estas diferencias resultó infructuosa. Se desconoce cuáles serían los argumentos para sostener que las personas alojadas en las unidades psiquiátricas no puedan acceder a la progresividad ni puedan recibir visitas íntimas. Hechos que solamente pueden ser vividos como una injusticia y que funcionan promoviendo la estigmatización.

Este artículo se propone aportar una perspectiva que pueda ser de utilidad para la modificación de esta situación. Resulta imperioso que la misma sea revisada y analizada a fin de lograr los cambios que resulten necesarios.

3 | Las sanciones y los abusos

La Ley de Ejecución Penal prevé la existencia y las características de las sanciones que se aplican a los internos ante la presencia de determinadas transgresiones disciplinarias. Como ya hemos mencionado, en los establecimientos psiquiátricos del SPF no rige este sistema formal de sanciones.

Si la calificación de la conducta se basa en las sanciones aplicadas, es posible decir que la conducta se califica sólo por la negativa, por las faltas que el interno pudiera cometer. Según esta lógica, si no existe la posibilidad de aplicar una sanción, no habría modo de evaluar la conducta.

(4) Esto vale para las personas que se encuentran cumpliendo una condena. En las unidades psiquiátricas, también se alojan las personas declaradas inimputables a las que se les ha aplicado una medida de seguridad. Para un análisis de su compleja y delicada situación ver el artículo “‘Antes de firmarte la libertad a vos, me corto la mano.’ Dos testimonios de la inimputabilidad”, en este mismo ejemplar.

Se podría argumentar que suspender las sanciones es una medida de cuidado, acorde a una supuesta vulnerabilidad de las personas con trastornos mentales. Sin embargo, lo que se observa en la práctica es que la suspensión de la aplicación de sanciones es funcional a la violencia propia de la cultura carcelaria.

Es sabido que en el resto de las unidades penitenciarias existe una enorme distancia entre lo formalmente estipulado y el ejercicio real de las sanciones. Las prácticas penitenciarias habitualmente están cargadas de abusos: la violencia, el maltrato físico y psicológico se suman o reemplazan a las sanciones previstas por la ley. Pero es necesario destacar que estos abusos no están ligados a la sanción en sí misma, sino que forman parte del más amplio problema de la violencia en la institución carcelaria. Los mismos suman violencia a la violencia propia de las disposiciones formales de la institución. La violencia es estructural en el aparato carcelario. Este trabajo se propone pensarla como un eje de análisis, lo cual permite revisar la institución en su totalidad.

Según los informes de organismos de derechos humanos y, sobre todo, lo relatado por los pacientes de la unidad psiquiátrica, cabe afirmar que en esta unidad los niveles de violencia son significativamente menores. Podría suponerse, en una aproximación ingenua, que eso se debe a la suspensión del sistema de sanciones. Pero existe un elemento más a tener en cuenta: la intervención civil comenzada, en el año 2007, por el Programa Nacional de Atención del Interno con Enfermedad Mental Grave y, continuada a partir de 2011, por el PRISMA. Si se considera que el régimen de sanciones estaba suspendido antes de la intervención civil y de todos modos había altísimos niveles de violencia —detallados en denuncias de organismos de derechos humanos—,⁽⁵⁾ se podría suponer que la disminución de la violencia es, más bien, efecto de la intervención civil.

4 | El problema de la ausencia de sanciones

En muchos ámbitos, se utiliza la sanción como instrumento para propiciar el cumplimiento de las reglas. El supuesto de estas prácticas es que la amenaza de ser castigado llevaría a las personas a no transgredir las normas. O que

(5) MENTAL DISABILITY RIGHT INTERNATIONALS (MDRI) y CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, EEUU, 2007.

el castigo al transgresor le demostraría que su conducta no le ha resultado conveniente, evitando así que la repita.

En la práctica existen también otros mecanismos que, sin explicitarlo, se dirigen a conseguir la obediencia. Goffman, en su estudio sobre las instituciones totales, analiza múltiples mecanismos que, aparentando tener fines organizativos, apuntan en realidad a lograr la cooperación, la obediencia y la sumisión de los internos. Entre ellos describe, por un lado, las invasiones a la intimidad y al campo del yo, prácticas que adoptan diferentes modos en las instituciones totales pero que mantienen siempre la violencia como cualidad. Describe también la generación de una reglamentación informal cambiante y difusa a partir de la que cualquiera puede asumir el rol de sancionar, sin que se sepa por qué, ni cuánto, ni cómo. Esto genera en los sujetos una constante sensación de incertidumbre respecto de lo que puede suceder.

En el presente escrito, se sostiene la hipótesis de que este tipo de mecanismos se ve reforzado por la ausencia de un sistema formal de sanciones, ya que se potencia el desarrollo de estrategias informales para lograr el orden y la obediencia. Para ampliar este análisis es pertinente considerar también otra perspectiva sobre la sanción, que le adjudica una función diferente del logro de la obediencia. Algunos autores plantean que las sanciones —las penas— son un modo de canalizar la violencia social. René Girard, por ejemplo, propone que el sistema penal tiene por función real canalizar la violencia difusa de la sociedad a través de la venganza sobre aquel que delinquiró.

En relación al tema de este artículo resulta necesario destacar que la sanción es diferente de la violencia. Si bien se puede considerar que una sanción es una violencia, la diferencia es que se trata de un mecanismo regulado. La sanción supone una norma que evita la arbitrariedad en su aplicación y esto es diferente del capricho y del odio, de aquello que Girard llama violencia difusa. En este sentido, es posible pensar acerca de la función del límite en el psiquismo humano.⁽⁶⁾ El límite no sólo prohíbe, no sólo nos veda el acceso a determinados objetos o acciones, sino que tiene una función estructurante y habilitadora. En el mismo movimiento en que se limita algo, se habilita otra cosa, se abren nuevas posibilidades.

.....

(6) Conceptualización trabajada en comunicaciones orales con el Lic. Pablo Vitalich.

No se pueden dejar de considerar los efectos que la imposibilidad de sancionar tiene sobre el personal penitenciario. El discurso institucional supone que la función de los agentes es hacer cumplir las reglas y mantener el orden. Y que el modo de hacerlo es a través de la sanción. Al no contar con esta posibilidad, los agentes penitenciarios de la unidad psiquiátrica, quedan **impotentizados**". Se espera de ellos que cumplan una tarea sin brindarles las herramientas para llevarla a cabo. Esto constituye otro modo de violencia, que se enmarca en un problema más amplio: lo imposible de la función de la cárcel. Al personal penitenciario se le asigna una tarea imposible. Y a eso se le suman las malas condiciones laborales, el riesgo inherente a la tarea, la rigidez de la organización jerárquica y su regulación arbitraria. Estos elementos organizan una situación en la que su integridad física y su empleo parecen estar constantemente amenazados. Y en este hecho se puede vislumbrar la dimensión estructural de la violencia de la institución. El ejercicio de la violencia daña a los destinatarios y también daña a quien la ejerce. Sus efectos se observan no sólo en los internos, sino en todos los actores que circulan por la institución. En cuanto al personal penitenciario, repensar el concepto de seguridad con vistas a ampliar el campo de posibilidades que reconocen tener podría contribuir a mejorar su situación.

Sin embargo, lo que se observa es que frente a la imposibilidad formal de sancionar a quien transgrede una norma, se trazan informalmente otros modos de castigo y de ejercicio de la autoridad. Se desarrollan diferentes tipos de prácticas que se pueden agrupar en tres categorías: la violencia efectiva, el discurso de la inseguridad y la patologización de la conducta.

En primer lugar, en ocasiones, la violencia se presenta efectivamente como violencia física o verbal hacia los internos. Esto, como ya se ha mencionado, ha sido limitado por la intervención civil. En segundo lugar, se suele generar un clima atemorizante en el que circula —encarnándose alternativamente en diferentes actores— la idea de que "... si aquel que tiene que cuidarnos no puede hacer nada, cualquier cosa podría pasar...". Sumado a la idea de que si no hay consecuencias de los actos "... los pacientes pueden hacer cualquier cosa y la harán...". En tercer lugar, puede suceder que se patologicen las conductas pasibles de ser sancionadas. Es decir, que cualquier acto de un paciente sea leído como producto de su patología y, como tal, llame a una intervención terapéutica. Este es uno de los modos en que se pone de manifiesto la confusión entre el tratamiento y el castigo.

Y esta confusión puede llevar a hacer un falso uso de la salud mental, poniéndola al servicio de un aparato punitivo. Lo que se observa en la práctica es que cuando un paciente no se adecua a las reglas, se convoca al personal de salud para que se haga cargo del problema. Como si esa desobediencia pudiera responder solamente a un problema de salud mental.

La patologización de la conducta no es ajena a un modo general de entender la locura. A partir de un determinado momento histórico la locura fue asociada a la idea de sinrazón.⁽⁷⁾ En tanto la locura es sinrazón, las personas con trastornos mentales no son consideradas responsables de sus actos de la misma forma que el resto. Todos los actos de un **loco** son leídos como producto de su locura. El loco no es considerado responsable y, sin embargo, se desarrollan modos de que sea castigado, habitualmente disfrazados de tratamiento. Ocurre también en los hospitales. Supóngase que alguien se enoja y golpea una mesa. Si se trata de un **paciente psiquiátrico**, es probable que se haga una lectura clínica de esa situación. Se dirá que está "... **disfórico, irritable y con signos de impulsividad...**". Será en consecuencia medicado o contenido mecánicamente por esta **situación clínica**. Este tipo de lectura excluye la posibilidad de que esa persona esté simplemente enojada.

El núcleo de este problema es el valor que se le da a la palabra del loco. Quitarle validez a lo que alguien dice o hace —por el juicio previo sobre su condición de loco— es, en sí mismo, una forma de violencia.

5 | Palabras finales. El problema de la locura

La ausencia de sanciones trae aparejado otro problema, que es la ausencia de reglas de convivencia que los pacientes deberían respetar para cohabitar un mismo espacio. La existencia de normas es ineludible en la vida colectiva. También lo es la existencia de consecuencias por transgredir una norma. De hecho, uno de los elementos clave de la cultura es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los hombres entre sí. Entonces, ¿qué idea se tiene de las personas que son alojadas en un ámbito en

(7) FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la locura en la época clásica*, 5ª ed., Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2004.

el que no hay reglas ni consecuencias por no atenerse a las mismas? ¿Qué dice eso del estatuto que se les da como sujetos?

Por un lado, pareciera que estas personas no pudieran en ninguna circunstancia hacerse responsables de sus actos. Es una creencia habitual sobre la locura. Se suele creer que el loco no entiende, que no sabe lo que hace, que es un poco tonto. Pero los locos son personas que a veces se enloquecen, y a veces no. Ciertamente, en algunas ocasiones, no comprenden lo que hacen o no son capaces de dirigir sus acciones, pero eso no es siempre así. Suspender el régimen de sanciones transforma esas dificultades ocasionales en lo esencial de estas personas. Dejarlos por fuera de este sistema implica pensar que nunca pueden comprender nada ni dirigir ninguno de sus actos.

Ana Berezin propone que lo que nos hace humanos es la capacidad de responsabilizarnos, de pensarnos y poder responder por lo que hacemos.⁽⁸⁾ Dejar a los locos por fuera del sistema de sanciones es dejarlos por fuera del campo de lo humano, por fuera de la organización social, de la ley, del campo del derecho.

Aún más, de este modo, pareciera que se los insta a convivir en una zona de indeterminación, sin reglas, sin consecuencias, por fuera de todos los dispositivos de regulación social. Si el estado de excepción es el momento del derecho en el que el derecho se suspende,⁽⁹⁾ nada describe mejor la situación de estos lugares. Pertenecer estando afuera. Esa es la topología donde habitan las personas que intentamos acompañar. Se nos ha convocado para tratar su sufrimiento mental. Y consideramos que uno de los ejes de esa tarea es generar condiciones que permitan revisar y atender estas problemáticas.

(8) Idea planteada en comunicaciones orales en el marco de las supervisiones de nuestro programa. Ana Berezin es asesora del Centro Ulloa y supervisa nuestro trabajo clínico.

(9) AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción*, trad. de Flavia Costa e Ivana Costa, Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2007.

Estrategias y políticas frente al “aguantar” en la cárcel

por **CAROLINA ANAYA**⁽¹⁾ y **JESSICA MUNIELLO**⁽²⁾

Una tarde en la cárcel. Algunos profesionales atienden en los consultorios, otros almuerzan, otros están reunidos preparando un escrito, otros coordinan un taller. Es una tarde como cualquier otra, una tarde más.

De repente, desde la planta alta baja un paciente, grita: “¡No aguanto más!” Se acerca al psiquiatra de guardia, que está por atender a otro paciente y le grita “Con usted quiero hablar”. Repite “¡No aguanto más!, me burlan, ¡me tratan mal!” El psiquiatra se dispone a escucharlo, el paciente mira a los celadores y comienza a insultarlos. Entra en un consultorio, toma una silla, la revolea hacia el vacío, pega contra la pared, la rompe. Parece que la intención no es lastimar a nadie. Da la impresión de que es pura descarga.

Los celadores, el psiquiatra y el paciente “sacado” en un consultorio. Vienen otros celadores, son cinco. El paciente sigue gritando. Afuera varios profesionales se quedan mirando expectantes la escena, sin saber cómo terminará. Se preguntan si llegará una vez más el mismo final.

Volvemos al consultorio: la secuencia sigue, los gritos también. Los cinco celadores agarran al paciente, cada uno de una extremidad. El paciente se

(1) Lic. en Psicología (UBA). Ex Asesora de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA.

(2) Lic. en Psicología (USAL). Ex Asesora de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Coordinadora Dispositivo de Tratamiento PRISMA.

sostiene de lo que encuentra a mano: la corbata de uno de los celadores. Le grita una frase de guerra: "No me aguantás un round".

Los celadores siguen haciendo su trabajo. Lo "reducen", lo frenan. El paciente llora, llora y llora. Suelta la corbata, mira a los celadores. Parece que recién ahora puede mirarlos. Parece que recién ahora los ve. Les dice y sigue llorando: "No es con ustedes, es la historia de mi vida. Mi mamá me abandonó. Estoy harto de que me carguen, me burlen y me peguen. Estoy acá porque me mandaron a robar, si no lo hacía me pegaban o me mataban. Yo no soy siquiera como los demás... no soy ladrón".

Se suma el psiquiatra tratante del paciente al consultorio. Le dice: "ya te van a soltar". El paciente pide que no lo suelten. Hay algo ahí, en la intervención del Servicio Penitencio Federal que lo sostiene, lo acota. Algo de esto escucha el psiquiatra, que se sienta en el piso a su lado, ni atrás, ni adelante. Le acaricia la espalda, lo sostiene de otro modo. Los celadores lo sueltan y se van. El paciente se calma, algo de su cuerpo parece haberse rearmado.

En el consultorio quedan el psiquiatra y el paciente. En esa intimidad. Nadie más.

I | Introducción

El objetivo de este trabajo es mostrar un proceso de cambio.⁽³⁾ La escena recién descrita es la expresión de un cierto movimiento que se ha producido, debido a que el Servicio Penitenciario Federal (SPF) resuelve sin exceso el momento en que el paciente sufre un cuadro de descompensación. En otro momento, el personal penitenciario ante el primer insulto del paciente hubiera reaccionado con una golpiza descarnada.

Cuando intentamos contar lo que tiene esta escena de sorprendente no podemos dejar de recordar lo que era la Unidad 20 antes de nuestra intervención civil. Hace siete años era impensada una escena donde la respuesta del SPF no fuese excesiva.

(3) Agradecemos la colaboración y las ideas aportadas por el Lic. Pablo Vitalich para la realización de este artículo.

La intervención surge porque el personal penitenciario —con la connivencia de los profesionales de la salud de ese entonces—, utilizaba la violencia física, química, psíquica y moral como método del disciplinamiento de los presos que atravesaban alguna descompensación, cuadro delirante, excitación psicomotriz o alucinaciones. Se podría decir que este método utilizado dista mucho de aquella función de la cárcel como rehabilitadora de los reos en ciudadanos. La población alojada en la Unidad 20 era considerada algo peor que la basura de la sociedad; al carácter de presos se sumaba el estigma de la locura.

Un paciente en estas condiciones lo hubiera pasado muy mal; los celadores lo hubieran burlado, golpeado, encerrado en la leonera⁽⁴⁾ o en los famosos CIT⁽⁵⁾ hasta que el “loco” aceptara dócilmente las reglas.

El preso se transforma en esclavo de cualquier práctica objetivante y sujeto de ninguna. En ese esquema y en ese contexto se decide dejar de intentar políticas externas intermitentes y producir la intervención que desmonte esas prácticas. La intervención misma fue un modo de interrogar desde el Estado estas prácticas que aparecían legitimadas.

La cárcel de por sí es un dispositivo fabricado para el disciplinamiento y aplastamiento subjetivo, esto no es ninguna novedad; pero esta descripción es bastante desalentadora en aquellos que quieren introducir políticas que mejoren la situación estructural.

Los presos no dejan de ser objeto de distintas políticas benefactoras o esclavos de la dádiva de aquellos que creen que desde ahí se produce algún cambio. En los últimos tiempos, las cárceles quedaron oscilando entre una lógica punitiva y una asistencialista.

Sin embargo, hay otro “modo de hacer” dentro de una cárcel. Aunque en este paciente el dolor parece ir más allá: **“No es con ustedes, es la historia de mi vida. Mi mamá me abandonó. Estoy harto de que me carguen, que me burlen y me peguen. Estoy acá porque me mandaron a robar o me pegaban, me mataban. Yo no soy siquiera como los demás... no soy la-**

(4) Lugar de tránsito en las cárceles federales, donde los presos esperan entre un movimiento y otro.

(5) Celdas de 2 x 1,5 metros, sin ventilación, ni luz natural y sin agua corriente ni instalaciones sanitarias. Donde los presos eran alojados sin vestimenta y sin colchón sobre camas de cemento.

drón". Podemos ver esta escena como la formulación de alguna pregunta sobre el padecimiento de un sujeto: aquel que puede salir gritando lo que le pasa, que puede hablar de su sufrimiento, que se autoriza a hacerlo. Por otro lado, podemos ver que el personal penitenciario no responde con una golpiza sino que encuentra otro "modo de hacer" ante un paciente con un cuadro de excitación psicomotriz. Esto ilustra un modo distinto de hacer con el padecimiento.

2 | Subjetividad aguantadora

“¡No aguanto más!”

En la cárcel se escucha muy seguido el significante "aguantar". Los presos no dejan de aguantar. Aguantan no cortarse, el paso del tiempo, el aburrimiento, la burla de los celadores y la de sus propios compañeros, que llegue la encomienda que tanto esperan, el horario de la medicación, las ganas de drogarse, de tener sexo, de ver a las personas que quieren, la necesidad de respirar el aire de la calle y de caminar por la vereda; aguantan de infinitas maneras. Están obligados a aguantar porque si no aguantaran tendrían la sensación de que la vida cotidiana en la cárcel resulta mucho más ardua. Todos aguantan aunque no de la misma manera. Algunos, silenciosamente; otros expresan con mayor agudeza el síntoma institucional (muestran más la contradicción que la institución tiene en sí misma). Aguantar es la forma de existencia propia de la aridez y sordidez de la cárcel.

¿De qué nos habla este modo particular de espera? El término "aguantar" nos remite a otros términos como "soportar", "sostener", "reprimir". Decimos que esta "subjetividad aguantadora" es algo que va más allá de este sujeto, es algo promovido por la cárcel. Y los códigos informales de la cárcel dicen que aquel que no aguante estas reglas carece de los atributos necesarios para estar encerrado.

“Afuera varios profesionales se quedan mirando expectantes la escena, sin saber cómo terminará”

No sólo los presos tienen que aguantar. Cuando el dispositivo civil llegó a la Unidad 20, también tuvo que aguantar para sobrevivir.

Arrancábamos la mañana aguantando. Aguantábamos que nos vieran llegar y no nos abrieran la puerta de entrada por un tiempo largo, que los celadores terminaran con sus extensísimos desayunos para comenzar a atender pacientes, que nos dejaran encerrados con los pacientes en el patio. Aguantábamos burlas, ironías, amenazas, que nos colocaran en el lugar de ingenuos, que nos llenaran de apodos, que nos rayaran los autos. Aguantábamos que nos mintieran cuando nos decían que iban a las salas a buscar a los pacientes y volvían diciendo “no quiere salir o duerme”. Aguantar, soportar, tragar saliva, armarnos de paciencia, hacernos los distraídos frente a determinadas situaciones, fue algo que hicimos durante mucho tiempo, porque entendíamos que en ese momento no aguantar podía tener consecuencias para nosotros y para los pacientes.

“Los celadores siguen haciendo su trabajo. Lo ‘reducen’, lo frenan”

Aguantar es algo que el personal del Servicio Penitenciario está acostumbrado a hacer. Aguantar ser funcionarios del Estado con un prestigio casi nulo, ser vistos o reconocidos solamente cuando algo de su función fracasa. Aguantar que a nadie le interesen sus condiciones laborales, sus posibilidades y sus exigencias. Aguantar tener un trabajo mal remunerado y con traslados repentinos. Aguantar el frío, el calor, contar con escasos recursos materiales, trabajar en lugares incómodos, estar lejos de sus familias. Aguantar tener que pagar el agua de sus bolsillos. Aguantar la escasa disponibilidad del personal, los cambios de turnos, no tener fiestas ni feriados. Aguantar insultos, peleas, la violencia propia de los pabellones, los estados de ánimos fluctuantes por los que atraviesan los internos. Aguantar que los insulten por cumplir los reglamentos. Aguantar tener que lidiar con situaciones para las que no fueron preparadas: síndromes de abstinencias, enfermedades mentales, notificación de sentencias.

En resumidas cuentas: en los presos, que el único sentido de su permanencia en la cárcel sea aguantar a que pasen los días hasta la libertad, es un problema. En los penitenciarios, contar las horas hasta que se termine su turno con el único objetivo diario de terminar su guardia “sin novedades”, es un problema. Y en el personal profesional, creer

que el Servicio Penitenciario es un enemigo al que hay que aguantar, también es un problema. Problemas de los cuales nos ocuparemos más adelante.

Entonces, en este caso, se nos imponen algunas preguntas: ¿Por qué el paciente dejó de sentirse obligado a aguantar? ¿Por qué el personal penitenciario no lo castigó, ni burló ni golpeó por dejar de aguantar? Consideramos que para que se haya podido intervenir de esta manera, necesariamente, alguna idea sobre el padecimiento debe haber cambiado en el personal penitenciario. El aguantar es muy poco visible a la mirada del otro, casi no se muestra y, cuando lo vemos, ya perdió su fuerza, el carácter que lo mantenía "oculto", que le daba efectividad. En la escena relatada lo vemos claramente cuando el paciente deja de aguantar o, podemos decir, ya aguantó lo suficiente.

Cuando dejamos de aguantar se suelta algo, es dicho, necesitamos nombrarlo de otro modo, algo distinto se produce y no tiene nada que ver con la retención, con aguantar, está más relacionado con la expulsión.

“Se suma el psiquiatra tratante del paciente al consultorio. Le dice: ‘ya te van a soltar’. El paciente pide que no lo suelten”

Aquí vemos cómo la subjetividad se anuncia dramáticamente cuando el paciente pide no ser soltado por el SPF. Pareciera que alguna parte de su cuerpo quiere seguir siendo retenida, pero por otro lado hay algo que tiende a salir, que quiere escapar. Pero ya no puede solo, necesita de otro que lo ayude. La calma aparece cuando hay alguien que sostiene de "otro modo", no mediante la fuerza de otro cuerpo sino mediante el amor de transferencia.⁽⁶⁾ Es su psiquiatra el que puede ubicar en otro lugar a ese sujeto que venía aguantando ser el "sorete" de tantos otros.

(6) Transferencia: es la función psíquica mediante la cual un sujeto transfiere inconscientemente y revive, en sus vínculos nuevos, sus antiguos sentimientos, afectos, expectativas o deseos infantiles. Es la herramienta fundamental con la que cuenta el analista, condición necesaria, para poder conducir el tratamiento.

“Una tarde en la cárcel. Algunos profesionales atienden en los consultorios, otros almuerzan, otros están reunidos preparando un escrito, otros coordinan un taller.

Es una tarde como cualquier otra, una tarde más”

Uno de los objetivos que fuimos descubriendo como parte necesaria de la intervención fue empezar a “descongelar” el espacio carcelario donde circulábamos. No sólo útil para los pacientes que sudan este clima sino también para los profesionales. Este “goteo permanente” no se encuentra necesariamente ligado al Servicio Penitenciario Federal ni a los pacientes, es parte constitutiva del grupo de trabajo de los profesionales.

Durante el día circulan muchos profesionales. Durante la noche queda un equipo de guardia de 24 hs. Generalmente, los que se van les desean una guardia tranquila a los que se quedan. Pareciera ser que lo mejor es que no pase nada. Que lo mejor en la cárcel es el silencio, la aceptación del disciplinamiento sin queja. Nos alarmamos de esto cuando viene desde el personal penitenciario, pero nos encontramos esperando lo mismo.

El desafío entonces es estar advertidos de que tanto el silencio como el grito, son dos expresiones opuestas de un mismo problema. En varios momentos de la rutina de trabajo, como pueden ser reuniones de equipo, pases de guardia, ateneos, supervisiones, etc., podemos encontrar diferentes posturas: a veces se muestra que pasan cosas, a veces se muestra que no pasan y otras se permanece indiferente a lo que pasa. Luchamos a diario para que el hecho de soportar que algo pase sea entendido como el camino hacia una transformación. Que algo pase es ocasión para seguir pensando y revisando nuestra práctica.

Algunos de los movimientos que hicimos consistieron en abrir y proponer espacios que den lugar a la subjetividad, en los que circule la palabra, espacios de encuentro con otros, individuales, grupales, talleres terapéuticos. Estas actividades intentan abrir en lugar de cerrar, tapar o clausurar.

Para que el aguantar no sea un estado permanente y que dejar de hacerlo tenga algún sentido, hay que trabajar mucho. Tiene que haber un motivo que impulse un nuevo movimiento para evitar el estancamiento. Este

particular modo de espera produce un desplazamiento de lo propio del sujeto. Es preciso restablecer su relación con aquello que le da sentido a su permanencia.

3 | Vacilación del saber

A continuación, intentaremos diferenciar dos lógicas de interacción con el SPF, en función de las posibilidades que se abren en cada una de ellas.

Si bien al principio de la intervención había que aguantar, eso no era todo lo que se hacía. Si sólo hubiésemos aguantado habríamos perecido en el encuentro con el SPF. Se hacían pequeñas maniobras para intentar no entrar en el juego, como reírse o no tomarse la situación tan en serio. Se intentaban abrir espacios para que no todo tendiera a resolverse alrededor del ganar o vencer en cada situación.

Entonces había tres actores: presos, penitenciarios y profesionales. ¿Cómo pueden interactuar para poder hacer de la cárcel un lugar donde la opresión no llegue hasta el cuello?

Es necesario que revisemos la historia de la implementación de la intervención civil en la cárcel psiquiátrica. Se pueden ubicar dos momentos.

Al inicio se aplicó una política transformadora del SPF, sin advertir el modo de relacionarlos con ellos como algo capital a la hora de impulsar políticas basadas en los derechos humanos. La lógica del enemigo seguía estando presente y desde ahí resultó imposible generar políticas eficaces. La relación con el personal penitenciario era inviable. Si bien el maltrato físico a los presos había disminuido, las prácticas de humillación seguían siendo habituales. Éramos civiles, presos y penitenciarios amontonados. En ese enjambre de humanos no había lugar para el encuentro, primaban los prejuicios que todos teníamos sobre todos. Urgía correr a los presos de ese lugar de desecho en el que estaban. Se cuestionaba y controlaba al personal penitenciario, creyendo engañosamente, que de esta manera no se excederían en su función de mantener la seguridad. Por otro lado, algunos profesionales tratábamos de no ser fagocitados por el discurso

peligrosista. Chocaban todo el tiempo los distintos discursos en juego. En ese choque, lo que veíamos daba sentencia sin constituir ni generar otro espacio o función posible.

Debido a su formación y al verticalismo que domina la fuerza, el personal penitenciario está obligado a cumplir con una serie de requerimientos del rol que los mantiene atados y con pocas posibilidades de preguntarse sobre su desempeño cotidiano. Se les pide que sean “machos”, indiferentes ante el padecimiento ajeno, que solucionen los conflictos sin necesidad de intervención judicial y, si algo en su función fracasa, sufren la amenaza permanente de ser trasladados a destinos inciertos. Las órdenes que les imparten terminan siendo confusas ya que deben mantener el orden y la seguridad sin violencia, pero a su vez no les facilitan las herramientas para lograrlo. Se los educa con un discurso en el cual impera la moralidad y una vez ingresados en la institución, se les pide que sean parte de prácticas violentas, de humillación y de maltrato. Esto produce que queden atrapados en una tensión permanente entre ambos discursos, haciendo imposible su trabajo.⁽⁷⁾

La formación tiende a homogeneizarlos tanto en lo relativo a la población como al nivel de seguridad que se trate. Se los prepara de modo similar si su destino es una cárcel de máxima seguridad o una Colonia.⁽⁸⁾ Del mismo modo, vayan a parar a una cárcel psiquiátrica o terminen en una de mujeres o jóvenes adultos.

Los vemos actuar con resentimiento y violencia. Parte de esto puede ser efecto de ese adiestramiento de su subjetividad e insuficiencia grave de apuntalamiento. Consideramos que alguien que sufre ese nivel de devastación de su integridad psíquica, sigue siendo responsable de actuar de manera distinta a lo que la cultura penitenciaria le indica. Creemos que uno de nuestros mayores desafíos es generar políticas tendientes a intentar reducir ese maltrato.

(7) ZAFFARONI, EUGENIO R., *En busca de las Penas perdidas Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal*, 2ª reimp., Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora comercial, industrial y financiera, 1998.

(8) Colonia penal: aloja internos en las últimas fases del tratamiento penitenciario y, por lo tanto, en los tramos previos o ya concedidos judicialmente de libertad restringida y salidas transitorias; previos a la recuperación de la libertad.

Desde ahí y tratando de estar advertidos de no derrumbarnos en políticas que aparenten introducir un cambio pero no lo hacen, es que algunos prejuicios empezaron a desvanecerse y otros pudieron conversarse mediante distintos espacios de encuentro con el personal penitenciario. Esto funcionó como punto de anclaje para empezar a armar una relación diferente.

Paralelamente, también redefinimos nuestro lugar dentro de la cárcel. Al comienzo, en una especie de "*furor curandis*" institucional, no pudimos orientarnos como profesionales de la salud, sin antes caer en el error de abarcar otras funciones. No pudimos identificar de entrada los límites, la imposibilidad de nuestra tarea. Desde ahí, empezamos a opinar y querer intervenir sobre temáticas relacionadas con la seguridad, relegando la palabra de los autorizados y preparados para ello. Tiempo después, advertidos de esto, y con un gran apoyo de la actual gestión del Servicio Penitenciario Federal, se incorporó al dispositivo una jefatura que pudo abordar la seguridad sin desconocer el padecimiento como factor importante en la población carcelaria. Esto generó múltiples intervenciones que posibilitaron que el personal penitenciario le encontrara sentido a su trabajo. Cuentan algunos que este dispositivo es parte de una "nueva corriente" dentro de la cárcel. Y parece que saber que existe una ola en la cual poder subirse, mojarse y surfear un poco, es más alentador que quedarse sentado en la arena mirando siempre el mismo horizonte.

Una vez que pudimos reconocer nuestras limitaciones y dar lugar a otro saber, comenzó a producirse algo distinto. Empezamos a distinguir cuáles eran nuestras responsabilidades, las de los pacientes y las de los penitenciaros. En la medida que cada uno de los actores pudo redefinir su rol, nuestra tarea y la del servicio comenzó a ser más clara. Como efecto de esto, se podría decir que el personal penitenciario dejó de creer que ellos sólo estaban para "abrir o cerrar puertas" o "responder a los golpes". La escena narrada muestra claramente estas microtransformaciones: los agentes de seguridad no quedan enredados en los engaños imaginarios del paciente cuando éste le dice a uno de ellos: "**no me aguantás ni un round**".

De a poco fuimos dejando de estar amontonados para encontrar cada uno un lugar dentro del dispositivo. Podemos decir que se produjo un encuentro, y este encuentro tuvo efectos. Pudimos mirarnos de otro modo, pudimos escucharnos.

Fuimos habilitados por la gestión actual del SPF para dar capacitación en Salud Mental dentro de la Escuela Penitenciaria. Armamos un protocolo de actuación para la derivación responsable a otros módulos u otras unidades, de los pacientes que se encuentran de alta en nuestro dispositivo.

Creemos que si se pueden definir objetivos comunes, es posible pensar una política para culturas o mundos diferentes. Como efecto de lo antedicho, surgió la confianza para poder construir un proyecto en común, confianza para pensar otro modo de habitar una institución sin desconocer las falencias estructurales que tiene vivir en una cárcel. La confianza no implica ceguera ni fidelidad sino hacer aparecer al otro en todas sus dimensiones.

Es importante comprender que no se puede intervenir en una situación pensando que encarnar un cierto saber nos autoriza a decirle a otros lo que tienen que hacer. Esto no funciona, reinstala una relación de dominados y dominantes. Sólo puede vivirse como experiencia de desautorización y humillación. Creemos que uno de los factores que ayudó a que se produzca este encuentro fue nuestra vacilación del saber; es decir, que estuviéramos dispuestos a cuestionar nuestro accionar y a problematizar las situaciones. Así pudimos valorar su saber y dejar de marcar todo el tiempo lo que tenían que hacer.

Se generó comunidad cuando empezamos a problematizar juntos, cuando el espacio común dejó de ser un ámbito donde sólo se podía "aguantar". Se estableció al menos la posibilidad de que el trabajo tuviera algún sentido; otra temporalidad, ya no sólo la espera vacía.

De aquel lugar donde los presos y el personal penitenciario eran enviados a modo de castigo, pasamos a un lugar valorado y requerido por todos los actores. El momento de detención ya no sólo se relaciona con lo aplastante de la condena ni con la abulia laboral, sino con el detenerse a pensar y problematizar el sufrimiento de un sujeto, ya sea que se trate de profesionales, penitenciaros o presos.

Profesionales y penitenciaros intentamos trabajar como en la escena, ni atrás ni adelante: al lado.

¿Es posible una cárcel respetuosa de los derechos humanos?

Unidad 20: una experiencia de cambio en el seno del Sistema Penitenciario a la luz del concepto de representación social

por **CRISTIAN DEL CARLO**⁽¹⁾

I | La intervención del Ministerio de Justicia en la ex Unidad 20

La creación en 2007 del “Programa Nacional de atención al interno con enfermedad mental grave”, que estableció la Dirección conjunta civil y penitenciaria de la por entonces Unidad 20, significó el inicio de un proceso de cambio en el modo de atención de los pacientes allí alojados. La introducción de estos nuevos actores dentro de la institución hizo que la Unidad 20 se constituyera en un campo de lucha simbólico en el que se enfrentan diversos discursos, siendo las discusiones acerca de cómo orga-

.....

(1) Psicólogo (UNR). Docente e Investigador Facultad de Psicología de la UNR. Ex Becario Comisión Nacional Salud Investiga. Experiencia en asistencia clínica, reducción de daños y área laboral. Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA.

nizar en forma concreta la tarea cotidiana al interior de la Unidad uno de los frentes principales en donde se libra tal batalla.

Como veremos, la herramienta teórica de las “representaciones sociales” puede arrojar algo de luz sobre el modo en el que se juega dicho enfrentamiento, brindando elementos para analizar la tarea cotidiana de los diversos trabajadores de la institución.

2 | Breve introducción conceptual: las representaciones sociales

Las prácticas sociales se encuentran condicionadas por el modo en que los actores otorgan sentido a su realidad. En la interrelación entre los diferentes actores se configura un campo en el que se ponen en juego procesos de atribución y apropiación de significaciones que determinarán modos particulares de entender el mundo y a los sujetos implicados. Las denominadas representaciones sociales son un constructo teórico que intenta dar cuenta de estos procesos de atribución de significados por parte de los actores.

Éstas son entendidas como “una manera de interpretar y de pensar nuestra realidad cotidiana, una forma de conocimiento social (...) actividad mental desplegada por individuos y grupos a fin de fijar su posición en relación a situaciones, acontecimientos, objetos y comunicaciones que les conciernen”.⁽²⁾ Se trata de un conocimiento espontáneo, nociones de sentido común que ayudan tanto a interpretar la realidad como a orientar la acción.

Irene Vasilachis las describe como “Construcciones simbólicas individuales y/o colectivas a la que los sujetos apelan para interpretar el mundo, reflexionar sobre su propia situación y la de los demás y determinar el alcance y la posibilidad de su acción histórica”.⁽³⁾

(2) JODELET, DENISE, “La representación social: fenómenos, concepto y teoría”, en Moscovici, S. (comp.), *Psicología Social II. Pensamiento y Vida Social. Psicología Social y Problemas Sociales*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 473.

(3) VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE, *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2003, p. 268.

Las representaciones sociales ordenan las relaciones entre los diversos actores sociales y particularmente las relacionadas con el mundo del trabajo, cumplen un rol muy importante en la construcción de la identidad de dichos actores.

Según Robert Farr,

“...no representan simplemente opiniones ‘acerca de’, ‘imágenes de’, o ‘actitudes hacia’ (...) [se trata de] sistemas de valores, ideas y prácticas con una función doble: primero, establecer un orden que permita a los individuos orientarse en su mundo material y social y dominarlo; segundo, posibilitar la comunicación entre los miembros de una comunidad proporcionándoles un código para el intercambio social y un código para nombrar y clasificar sin ambigüedades los diversos aspectos de su mundo y de su historia individual y grupal”.⁽⁴⁾

Esquemáticamente, éstas se construyen a través del mecanismo de “objetivación”⁽⁵⁾ a partir del cual se seleccionan y descontextualizan ciertos elementos de la realidad para conformar un núcleo figurativo que es naturalizado y al que se asocia una carga de afectos y valores.

En síntesis, las representaciones sociales tienen un valor práctico, en tanto que le permiten al actor ordenar simbólicamente un universo complejo y, de esa manera, operar en él. No obstante, simultáneamente, crean estructuras de pensamiento rígidas que se resisten a incorporar datos de la realidad que pudiesen entrar en contradicción con dichas representaciones, ya que ello comprometería su visión del mundo e, indirectamente, la propia identidad del sujeto.

Este trabajo sostiene la idea de que las representaciones sociales que construyen los diferentes actores implicados en el desarrollo del Programa PRISMA condicionan la manera de desarrollar su trabajo, y que cualquier intento de reordenamiento de la labor al interior del dispositivo requerirá que, de manera directa o indirecta, se trabajen dichas representaciones.

(4) Citado en MORA, MARTÍN, “La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici”, en *Athenea Digital*, n° 2, 2002, p. 7.

(5) *Ibid.*

3 | El PRISMA: sus principales actores

A partir del año 2007 la asistencia en materia de Salud Mental del Servicio Psiquiátrico Central de varones (en aquel momento, Unidad 20) queda a cargo de personal dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, al tiempo que al Servicio Penitenciario Federal se le reservan las funciones de seguridad. El PRISMA (Programa Interministerial de Salud Mental Argentino, ex Unidad 20) es la continuación de dicha experiencia, a partir de la incorporación de personal del Ministerio de Salud de la Nación.

A partir de esta situación, se multiplican los actores intervinientes en el PRISMA, de los cuales podemos mencionar como principales los siguientes:

- a. Personal Penitenciario, que cumple esencialmente funciones de seguridad.
- b. Profesionales civiles: trabajadores sociales, psiquiatras, psicólogos, enfermeros y otros, que cumplen funciones de tratamiento en salud mental.
- c. Internos-pacientes: "internos" de acuerdo a la lógica penitenciaria; "pacientes" de acuerdo a la lógica de los profesionales de la salud mental.

Los dos primeros grupos están unidos a la institución por una relación laboral. Es importante destacar que ninguno de los dos conforma un grupo homogéneo: dentro de cada uno conviven diversas tendencias y características dispares. Ejemplo de ello son las diversas funciones que cumple cada trabajador penitenciario, su división en oficiales y suboficiales, y el escalafón jerárquico correspondiente. En el caso de los profesionales, existen diferencias en cuanto al tipo de profesión, "escuela" al interior de cada una de ellas, funciones desempeñadas, etc.

Cabe mencionar, asimismo, que los grupos arriba mencionados no agotan de ninguna manera la constelación de actores intervinientes. Sólo por mencionar algunos otros, también intervienen en el PRISMA personal penitenciario no encargado de tareas de seguridad (médicos clínicos, administrativos), familiares de pacientes, diversos actores del sistema judicial (jueces, fiscales, abogados, secretarios, etc.), integrantes del Cuerpo Médico Forense y un largo etcétera. Dentro de los limitados alcances de este trabajo, nos centraremos únicamente en las implicancias de las representaciones en los dos grupos de trabajadores mencionados al comienzo.

4 | Algunas representaciones sociales de y sobre los distintos actores

Se pueden rastrear diversas representaciones sociales de los trabajadores del PRISMA referidas al resto de los actores intervinientes. A continuación mencionaremos algunas de ellas.

En algunos agentes del Servicio Penitenciario existe la noción de que la mayoría de pacientes alojados en el dispositivo son “refugiados” o “cachivaches”; esto es, internos “comunes”, sin problemas psicológicos particulares que “simulan” enfermedad mental para conseguir en el PRISMA condiciones de alojamiento más benignas que las que obtendrían en una prisión de régimen común. Los “loquitos”, suelen decir, son la minoría. Esto va acompañado frecuentemente de una lógica punitiva, de acuerdo a la cual los “refugiados” merecen “castigo”, como cualquier “preso común”, por los delitos cometidos, siendo la reclusión que dictamina la justicia tan sólo una parte de dicha punición.

En relación a las representaciones sociales referidas a los profesionales, hay una suerte de clasificación entre “duros” y “blandos”. Estos últimos serían aquellos “ingenuos” que son engañados por los “refugiados”: les creen sus padecimientos. Cualquier intervención a través de la palabra es considerada una pérdida de tiempo, al tiempo que los refuerzos farmacológicos que administran son significados como “premios” que los internos ganan (inapropiadamente, debido al castigo que merecen) gracias a sus trampas (“haciendo la caída”). Los “duros” serían aquellos profesionales que, por privilegiar abordajes a través de la palabra y restringir la administración de refuerzos farmacológicos (de acuerdo a una lógica que busca “limitar los premios”) los consideran más cercanos a su manera de concebir a los pacientes.

En algunos profesionales se reproducen representaciones similares a las que tiene el personal penitenciario en torno a los pacientes: la diada “refugiados”-“loquitos” aparece representada en muchos casos como “caños”-“pacientes”, siendo los primeros, principalmente, aquéllos diagnosticados como con “trastornos de la personalidad”. Las actitudes de rechazo que, por la naturaleza de sus acciones, despiertan en otras personas, sumado al hecho de que el PRISMA no está pensado para este tipo

de patología —muy refractaria a los tratamientos—, contribuye a que muchos profesionales no puedan considerarlos como verdaderos pacientes y que, en consecuencia, invisibilicen su sufrimiento, dificultando de esa manera su abordaje desde una lógica sanitaria.

Por su parte, la consideración respecto del personal del Servicio Penitenciario se encuentra muchas veces teñida por una visión peyorativa que responde a una jerarquía basada en la distinción entre “profesionales” y “legos”; marco en el cual estos últimos son caracterizados negativamente: como carentes de la única cultura y saber que valoran estos profesionales, la universitaria. Así, desprecian tanto la cultura y saberes populares como los conocimientos de oficio producto de su labor. Esta valoración negativa se ve, en ciertas oportunidades, reforzada por una concepción “porteño-céntrica” que considera disvaliosa la cultura y formación adquirida en el “interior del país” (lo que se torna aún más grave si se tiene en cuenta que la gran mayoría del personal penitenciario proviene de distintas provincias de la Argentina, particularmente del NEA).

En otras ocasiones, algunos profesionales consideran a aquellos penitenciarios que se muestran especialmente duros y distantes con los pacientes como auténticos “psicópatas”, que disfrutan abusando de situaciones de poder y causando dolor en los pacientes indefensos.

A continuación, ilustraremos algunas de estas concepciones a través de pequeños recortes de situaciones de trabajo del PRISMA.

5 | Pequeñas viñetas acerca de las mutuas representaciones de los trabajadores

5.1 | Situación 1

El paciente C solicita atención por guardia. Tiene un historial de uso problemático de sustancias psicoactivas y siente una intensa frustración ante cada pequeño contratiempo de la vida diaria. Su baja tolerancia a la frustración lo hace no poder postergar la satisfacción de necesidades.

Ante los mencionados contratiempos reacciona con gran angustia: el pedido de “refuerzo” (prescripción de medicación psicofarmacológica a través de la guardia, que se adiciona a su esquema habitual) aparece como la primera respuesta a la referida angustia. El paciente viene trabajando con su equipo tratante la necesidad de generar recursos alternativos a la medicación para poder hacer frente a sus recurrentes crisis de angustia, con resultados dispares en diferentes períodos. C ha sido diagnosticado como un sujeto con “trastorno de la personalidad”. En la entrevista comenta al equipo de guardia (psicólogo y psiquiatra) el problema puntual que padece y éstos perciben que C posee una dosis importante de angustia. Intentan realizar “contención verbal” pero el paciente es sólo parcialmente receptivo a la misma (la angustia cede en pequeña proporción). La entrevista se realiza bajo la atenta mirada y escucha de miembros del personal penitenciario, quienes no disimulan su desaprobación ante el pedido del paciente: “¿No van a querer darle la pastillita?”. El equipo decide administrar un refuerzo farmacológico y, al abandonar el consultorio para dar aviso a enfermería, un agente penitenciario comenta, visiblemente enojado: “Todo el tiempo molestando y pidiendo cosas, y ahora encima se ganó un refuerzo”.

C es visto por algunos penitenciarios como un “cachivache”; es decir, un “preso común” que simula enfermedad mental para conseguir ser alojado en el PRISMA, dadas sus mejores condiciones de vida en comparación con las unidades de régimen común. De acuerdo a esta lógica, C, en tanto delincuente, merece castigo; un castigo que se concibe como equivalente a padecimiento. Este sufrimiento requerido debe lograrse mediante la privación de la libertad, pero también debe ser recreado constantemente mediante la minimización de sus derechos ciudadanos, los cuales son concebidos como “beneficios”. C es considerado como un “refugiado”, cuya estancia en el PRISMA toma el carácter de unas “vacaciones” ya que no se corresponde con las condiciones que debería estar soportando.

El agente expresó su desagrado ante la respuesta del equipo de guardia (atender al sufrimiento del paciente mediante la administración de un refuerzo); consideró que éstos eran unos ingenuos que creían en el falso sufrimiento de C —quien pidió medicación “para drogarse”— y otorgaron indebidamente un “beneficio” (el refuerzo) a alguien que no lo merece. El personal penitenciario que intervino en este caso ejerció en todo momento un control y presión sobre los profesionales, e intentó condicionar su

respuesta a la no prescripción de un refuerzo. Presionaron no sólo a través de los comentarios previos y posteriores a la decisión de los profesionales, pero también coaccionaron escuchando la entrevista (cuando, por regla, durante las entrevistas el personal penitenciario debería colocarse, por razones de seguridad, a una distancia lo suficientemente corta como para ver los movimientos del paciente pero, al mismo tiempo, lo suficientemente lejana como para no escucharlo, y así preservar su intimidad).

Los profesionales de guardia que atendieron a C estimaron que, más allá de sus conductas manipulatorias frecuentes y su tendencia a refugiarse en el consumo de sustancias, estaba atravesando una situación de angustia que ameritaba la administración de medicación adicional. Es probable que interpreten los comentarios de desaprobación del personal penitenciario como parte de la conducta psicopática de algunos de los mismos.

Otros profesionales consideran que gran parte de los pacientes diagnosticados como con "trastornos de la personalidad" (como es el caso de C) son "caños": todo el tiempo manipulan buscando su propio beneficio, por ejemplo "haciendo la caída" y simulando malestar. Esta conceptualización no permite visibilizar el sufrimiento de estos sujetos; un sufrimiento del que en ocasiones se defienden apelando a un mecanismo de manipulación. Si no hay sufrimiento, no se requiere intervención profesional. Así, estos profesionales llegan a conclusiones similares a las del personal penitenciario: como estos últimos, consideran que el refuerzo que recibió C actúa como un premio a su conducta manipuladora.

5.2 | Situación 2

Durante un recreo en el patio, y a la vista de agentes penitenciarios y de los profesionales D y B, el paciente F provoca una pelea con el paciente N. Dos agentes penitenciarios intentan separar a los pacientes, pero N, en medio de un ataque de furia (estado de excitación psicomotriz), forcejea duramente procurando devolver los golpes recibidos de F. Dos penitenciarios más llegaron segundos después, y entre los cuatro, luego de mucho esfuerzo, logran inmovilizar a N. Este paciente ha recibido varios golpes producto de su pelea con F y también ha resultado con diversas lesiones (raspaduras en los brazos, moretones en miembros y pecho) debido a las maniobras de contención efectuadas por los penitenciarios.

Tanto el psicólogo como el psiquiatra testigos de la escena coinciden en que no observaron ningún exceso por parte del personal penitenciario en el uso de la fuerza. A pesar de que esta situación fue relatada en diferentes reuniones de profesionales, la versión de que “los penitenciarios le pegaron a N” siguió circulando durante un tiempo, incluso entre los profesionales que asistieron a las mencionadas reuniones.

Se puede interpretar que aquellos profesionales que creen la versión de que hubo abuso penitenciario, consideran a este abuso como parte de la conducta psicopática que suponen presente en muchos de los agentes penitenciarios. Así, creen que éstos aprovecharon una situación de confusión (una pelea entre dos pacientes) para descargar golpes contra una persona indefensa, abusando de la superioridad numérica del personal. Otros, sin caer en la psicopatologización individual de conductas colectivas, pueden pensar que en un contexto de sentimiento de autoridad menoscabada (ver siguiente viñeta), en una situación límite, esta autoridad puede tender a intentar restablecerse en forma “regresiva” a través del uso excesivo y directo de la fuerza.

La falta de crédito otorgada a la opinión de los profesionales testigos del hecho por parte de algunos de sus compañeros que sostienen la versión del exceso penitenciario en el uso de la fuerza, estaría relacionada con la consideración de que D y B compartirían puntos en común con la idiosincrasia penitencia: “son medios grises, piensan casi como los penis”.

5.3 | Situación 3

Con motivo del traslado de la ex Unidad 20 al CPF I de Ezeiza (creación del Programa PRISMA, con la incorporación de personal del Ministerio de Salud de la Nación) se introdujeron cambios en la ropa de trabajo del personal penitenciario. Se abandonó la ropa de fajina color gris y los borceguíes (uniforme tradicional del Servicio Penitenciario Federal) y se lo reemplazó por pantalones, zapatos de vestir y camisa celeste. Estos cambios fueron resistidos por el personal penitenciario, que insistió en que no es la vestimenta adecuada para su labor. Consideran que la ropa es incómoda y puede romperse con facilidad en un forcejeo, al tiempo que los zapatos son resbaladizos y no poseen una suela apropiada que permita afirmarse. Un penitenciario comenta: “Dicen que el gris es ‘re-presor’, por eso nos hacen vestir de pitufos”.

El cambio en el uniforme de trabajo, sin dudas, es vivido como una afrenta más a su autoridad, cuestionada desde el momento mismo del arribo del personal del Ministerio de Justicia. El haber sido una decisión tomada por terceros, sin que fueran consultados, sumado al hecho de haber tenido que hacer frente ellos mismos al costo económico de la compra de la nueva vestimenta refuerza esta sensación de desautorización.

El tema de la construcción de la autoridad es central a la problemática que nos ocupa (introducción de la lógica de los derechos humanos en el ámbito carcelario), pero excede los límites de este trabajo. Baste señalar que, durante mucho tiempo, el amedrentamiento de los pacientes a través de acciones contrarias a dichos derechos constituyó uno de los pilares fundamentales de la afirmación de la autoridad penitenciaria. En la actualidad se sigue escuchando, entre algunos penitenciarios, la siguiente frase a modo de sugerencia de puesta de límites a algún paciente: “éste necesita un poco de ‘garroterapia’ o ‘sopapoterapia’”. Construir nuevas formas de ejercicio de la autoridad, cada vez más respetuosas de los derechos humanos, es uno de los desafíos centrales en el ámbito carcelario.

Convendría analizar la pertinencia del cambio de uniforme de trabajo. Si se considera que el gris, el color distintivo del Servicio Penitenciario Federal, es el símbolo mismo de la violencia institucional (asimilación “gris” = “penitenciario” = “represor”), el rechazo del color de la nueva vestimenta refuerza la idea de que no se puede ser penitenciario sin dejar de ser represor o, lo que es lo mismo, que para dejar de ser represor, hay que dejar de ser penitenciario. El reemplazo de la vestimenta, que opera por la vía de intentar desarticular la identidad penitenciaria, corre el peligro de generar como efecto rebote el refuerzo de las conductas opuestas a las que se quiere estimular, como un modo de sostener las identidades negadas. Al respecto, es interesante la elección del término “pitufo”, como antítesis (peyorativa) de la idea de autoridad “fuerte” que descansa en el uso de la fuerza. En lugar de la desarticulación de la identidad penitenciaria se puede optar por la vía de incorporar como “penitenciarias” nuevas formas de construcción de autoridad que no pasen por el uso de la violencia; es decir, abrir simbólicamente la posibilidad de no ser represor sin dejar de ser penitenciario. La diferencia puede parecer sutil o meramente discursiva, pero tiene que ver con la necesaria preservación de las identidades de los trabajadores y la posibilidad de que los

cambios, aun siendo radicales, puedan ser apropiados y resignificados por sus actores en una vivencia existencial de continuidad, en lugar de ser padecidos como un avasallamiento exterior.

Como vimos en los dos últimos apartados, gran parte de las mutuas representaciones que se dan entre y al interior de cada uno de estos grupos redundan en juicios negativos en relación a la persona o al trabajo desarrollado por el otro representado. Estos juicios tienen una implicancia desfavorable en la dinámica del trabajo, generan sufrimiento en el mismo, menoscaban la identidad de los trabajadores y, finalmente, refuerzan conductas defensivas, tal como lo analizaremos en los siguientes puntos.

6 | El reconocimiento en el trabajo

La psicodinámica del trabajo⁽⁶⁾ es una disciplina que, desde el campo de la psicología, estudia la dinámica de los procesos subjetivos que se dan en los sujetos en situación de trabajo. Entiende al mismo como la actividad desplegada por hombres y mujeres para enfrentar aquello que no está dado por la organización del trabajo: la creación, la puesta en juego de la invención y la creatividad. Supone la movilización subjetiva como esfuerzo de la inteligencia y la personalidad frente al desafío de la organización del trabajo; una movilización que, en la mayoría de los casos, resulta espontánea y dependiente de la dinámica entre contribuciones y retribuciones.

A cambio de lo que el sujeto aporta a la organización del trabajo, espera una retribución, que es fundamentalmente de naturaleza simbólica: el reconocimiento, tanto en el sentido de constatación de los aportes realizados como de gratitud por ellos. Este reconocimiento pasa por la construcción de juicios (de utilidad, de belleza) por parte de actores específicos comprometidos con la organización del trabajo y referidos al trabajo realizado (no a su persona). Sin embargo, estos juicios acerca del "hacer" son fundamentales, en un segundo movimiento, para la construcción de la identidad (relativa al "ser"), ya que a través del reconocimiento se procede a la producción de sentido de la propia actividad. De esta manera asistimos a la transformación del sufrimiento (inherente a toda situación de trabajo) en placer, a

(6) DESSORS, DOMINIQUE y GUIHO-BAILLY, MARIE-PIERRE, *Organización del trabajo y salud*, Bs. As., Editorial Lumen, 1998.

través de la gratificación del sujeto con respecto a sus expectativas sobre la realización de sí mismo (identidad) por medio del reconocimiento del otro.

Si la dinámica del reconocimiento se detiene, ya no puede haber transformación de sufrimiento en placer; no hay producción de sentido, el sufrimiento se exterioriza y, por consiguiente, se produce la intensificación de las diversas estrategias defensivas contra éste: una dinámica que podría devenir en enfermedad. Entre las estrategias defensivas se incluyen las actitudes resistenciales, de oposición contra aquello que, al negar el reconocimiento, aparece como fuente de malestar y agente quebrantador de la propia identidad

Muchas de las representaciones mencionadas en los apartados anteriores resultan juicios negativos en relación al trabajo desarrollado por otros, lo que posee una incidencia negativa en la dinámica del reconocimiento de éstos. En la situación 1 asistimos a un juicio desfavorable respecto de la intervención de los profesionales, por parte de los agentes penitenciarios que participaron de la escena: consideran que aquéllos han sido engañados por el paciente y lo explicitan a través de sus dichos y actitudes. En la situación 2 nos encontramos con un juicio negativo acerca del obrar del personal penitenciario que intervino en la inmovilización del paciente N, por parte de los profesionales que consideraron que la maniobra fue excesivamente violenta. Asimismo, hay un juicio adverso por parte de estos mismos profesionales hacia el equipo de guardia que intervino en la situación (D y B), al desestimar su interpretación sobre los hechos.

En estas situaciones el juicio negativo está referido al trabajo realizado ("hiciste esto mal"), siendo necesario un proceso de análisis posterior para interpretar el juicio negativo acerca de los actores que sustenta esta valoración de su actividad ("siempre hacen esto mal, porque son Eso" —ingenuos, represores, etc.—) y su efecto sobre la identidad del trabajador no reconocido. A diferencia de las referidas situaciones, la tercera situación ilustrada refiere a una valoración de la persona (ya no de su trabajo): la frase "Dicen que el gris es 'represor', por eso nos hacen vestir de pitufos" está expresando esta actitud de resistencia frente a aquéllo que, por la vía de un juicio negativo acerca de la persona (que podría traducirse como "todos los penitenciarios son represores, por eso a ustedes los vestimos con otro color"), afecta en forma directa la identidad del personal penitenciario.

7 | Riesgo y trabajo

Un tipo particular de mecanismo de defensa, estudiado por la psicopatología del trabajo, es la llamada "ideología defensiva del oficio". Esta disciplina (que constituye el antecedente teórico inmediato que, años después, posibilitó el surgimiento de la psicodinámica del trabajo) analiza la ansiedad que se presume inherente a toda actividad laboral. Esta ansiedad está ligada al riesgo profesional: toda tarea presupone riesgos (de diverso tipo), que la organización del trabajo intentará prevenir. Sin embargo siempre existirá un riesgo residual que no es totalmente neutralizado y que debe ser asumido individualmente por el trabajador. De "la oposición entre la naturaleza colectiva y material del riesgo residual y la naturaleza individual y psicológica de la prevención surge a cada instante del trabajo el problema de la ansiedad en el trabajo".⁽⁷⁾ La ansiedad es la respuesta psicológica al riesgo residual que, necesariamente, cualquier tipo de tarea posee.

Frente a la ansiedad, los trabajadores elaboran sistemas defensivos que, si son eficaces, consiguen contenerla (reprimirla). Estos sistemas defensivos toman características muy particulares y distintivas en aquellos trabajos que poseen un alto riesgo de accidentes físicos, donde existe distribución de tareas en equipo y comunicación fluida entre pares. Son las denominadas "ideologías defensivas del oficio", cuyo caso paradigmático fue estudiado en los trabajadores de la construcción: en estos obreros predomina un tipo de carácter muy particular (orgullo, temeridad, sobrevaloración de signos exteriores de virilidad, machismo, ausencia de disciplina, sobreexposición a situaciones de peligro, etc.) que, incluso, ha llevado a ciertos autores a plantear una "psicología de los obreros de la construcción".

Esta ideología defensiva del oficio presenta características particulares de acuerdo a cada profesión, pero tiene en común el hecho de ser una fachada de pseudo-inconciencia del riesgo que es, en realidad, la expresión de la defensa frente a la ansiedad que genera el trabajo: de otra manera ésta los dominaría y no podrían desarrollar su tarea. Implica también diversos códigos profesionales donde se segrega al compañero que no soporta el riesgo: el más frágil es motivo de burla y los novatos suelen ser sometidos

(7) DEJOURS, CHRISTOPHE, *Trabajo y desgaste mental. Una contribución a la psicopatología del trabajo*, Bs. As., Editorial Humanitas, 1989, p. 77.

a algún tipo de “bautismo”, pruebas luego de las cuales, en caso de salir victorioso, es aceptado por el grupo como uno más.

Se puede plantear la existencia de esta ideología defensiva en el personal penitenciario, en donde existen códigos similares a los descriptos: refuerzo de actitudes y conductas machistas que pueden pensarse como funcionales al sostenimiento de una labor en un contexto de violencia (contenida o no) como es ser el garante de la privación de la libertad de otros sujetos. Este rasgo de la ideología defensiva es funcional también al sostenimiento de las formas tradicionales de construcción de autoridad.

Una línea de investigación interesante sería rastrear las características que presentan estos mecanismos de defensa en los profesionales de la Salud Mental, en los cuales pueden observarse un fortalecimiento del orgullo, por parte de los viejos trabajadores, en contraposición a cierta desvalorización frente a aquellos profesionales que han podido sostener por breve lapso su labor y han emigrado en busca de empleos que ofrezcan condiciones laborales más benignas. También se observan típicas conductas de racionalización y negación ante situaciones dolorosas que escapan a las posibilidades de intervención profesional.

8 | El trabajo con las representaciones sociales

La intervención del Ministerio de Justicia en el seno de la ex Unidad 20 implicó una fuerte apuesta por la introducción de la lógica de los derechos humanos en la Dirección de una unidad penal en la Argentina, en un contexto de graves denuncias de violaciones de estos derechos.⁽⁸⁾ Del 2007 a la actualidad es largo el camino recorrido y mucho lo que se ha avanzado en la instalación de dicha lógica, cuya profundización en el PRISMA y/o replicación en otras unidades penales necesariamente implicará un trabajo sobre aquellas representaciones sociales que sustentan actitudes y valores opuestos.

(8) CELS-MDRI —Centro de Estudios Legales y Sociales y Mental Disability Rights International—, *Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre derechos humanos y salud mental*, Washington, 2007.

Cualquier intento de instalar un movimiento instituyente de cambio en las representaciones de los actores trabajadores de las unidades penales debería basarse en un lento y paulatino proceso de recontextualización. Como vimos párrafos atrás, las representaciones sociales se construyen a partir de datos que son aislados de su contexto original para constituir el núcleo figurativo de las mismas (proceso de “objetivación”), consolidándose finalmente como organizadoras para interpretar y operar sobre la realidad (proceso de “anclaje”). Su resignificación está dada por la posibilidad de poner en práctica nuevas formas de actuar frente a viejos problemas y, simultáneamente, generar un espacio de diálogo y discusión en el cual se pueda recontextualizar las premisas que las sustentaban, favoreciendo un proceso de construcción conjunta de nuevas significaciones. Fortalecer los espacios de debate formales en donde se puedan explicitar los problemas y malestares que afectan a los diferentes trabajadores sería una de las vías necesarias para favorecer estos procesos.

Para lograr esto es necesario trabajar para deconstruir representaciones que, presentes en todos los actores, valoran negativamente al otro trabajador. Las posibilidades de escucha se ven obturadas cuando el otro es representado en su esencia en forma negativa: “penitenciarios legos”, que no poseen ni cultura ni saber válidos, “profesionales ingenuos” a los que le falta “cancha”, “penitenciarios psicópatas”, que eligen este trabajo para poder disfrutar de situaciones de abuso de poder, etc. Deconstruir estas representaciones es fundamental para reducir las resistencias y desobstaculizar la dinámica del reconocimiento, lo que permitirá la instalación de un clima de trabajo menos conflictivo y la apertura de la posibilidad del aprendizaje mutuo a través del reconocimiento y validación del saber del otro.

Esto no implica, de ninguna manera, una validación ingenua de todas las posiciones en nombre de un horizontalismo a ultranza. Lejos de ello, esta posición es un intento de deconstruir los fundamentos de aquellas posturas que estigmatizan al otro adjudicándole atributos negativos a su persona — fundamentos que, por lo tanto, explicarían por sí solos la forma de proceder de ese otro en determinadas situaciones— y de realizar un pasaje gradual al análisis de las situaciones concretas que facilitan la emergencia de dichas conductas. Profundizar la lógica de los derechos humanos es, en este punto, una tarea de develación y, luego, modificación de las condiciones concretas de trabajo que facilitan su vulneración, lo cual necesariamente traerá como consecuencia un cambio en el posicionamiento subjetivo de los actores.

Este difícil trabajo se asemeja a la noción de “praxis” en el sentido pichoniano ya que implica una tarea que, siendo operativa sobre la realidad, genera un cambio (aprendizaje) en los sujetos, poniendo en juego tanto la teoría como la práctica. Para lograr esta “praxis” es necesario romper con posiciones “estereotipadas”, que obligan a los actores a mantener intactas sus estructuras de pensamiento.⁽⁹⁾

De acuerdo a lo expresado en estas páginas, consideramos que gran parte de las posibilidades de éxito en la introducción de la perspectiva de los derechos humanos en las distintas unidades penales del país descansa en un correcto trabajo con las representaciones sociales que permita disminuir las resistencias esperables en todo proceso instituyente.

(9) PICHON-RIVIÈRE, ENRIQUE, *El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social*, Bs. As., Editorial Nueva Visión, 1988.

La naturaleza desmedida de la medida de seguridad

Acerca de la inimputabilidad, la peligrosidad y la vulnerabilidad social

por NICOLÁS FARJI TRUBBA⁽¹⁾

“(...) se creía efectivamente que la prisión producía algo: hombres virtuosos. Pero hoy se sabe, y la administración es perfectamente consciente de ello, que la prisión no produce nada parecido (...) la sociedad elimina, al enviarlas a la cárcel, a personas a quienes ésta quiebra, aplasta, suprime físicamente; una vez quebradas, la prisión las elimina al liberarlas, al devolverlas a la sociedad; en ella, la vida en prisión, el trato que sufrieron en ésta, el estado en que salieron, todo se conjuga para hacer que la sociedad, infaliblemente, las vuelva a eliminar y las devuelva a la cárcel (...) Recordará que, cuando visitamos Attica, nos hablaron de las cuatro alas del edificio y de los cuatro corredores (...) me enteré, siempre por el mismo ex-interno, que había un quinto corredor del que no nos hablaron (...) Es lisa y llanamente la máquina de la máquina o, mejor, la eliminación de la eliminación, la eliminación en segundo grado: el pabellón psiquiátrico”. **Michel Foucault**⁽²⁾

(1) Lic. en Psicología (UBA). Asistencia clínica en Centro Carlos Gardel de asistencia en consumos problemáticos. Tareas de gestión en Programa Envión. Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA.

(2) FOUCAULT, MICHEL, “Acerca de la cárcel de Attica”, en *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 182.

I | Introducción

Este artículo tiene por objetivo central visibilizar el impacto y las consecuencias en la vida de una persona que, padeciendo problemas de salud mental (esquizofrenia paranoide),⁽³⁾ transgrede la Ley y es declarado inimputable por la justicia argentina, con aplicación de medida de seguridad efectiva. Nos centraremos en un caso clínico de un paciente que estuvo alojado en el HPC (Hospital Central Penitenciario) del Complejo Penitenciario Federal I (CPF), por más de un año, en el marco del programa PRISMA.⁽⁴⁾ Intentaré transmitir algunas de las dificultades y obstáculos que hacen a la clínica de la locura en la cárcel.

I.I | Caso

GAP⁽⁵⁾ es detenido cuando irrumpe a altas horas de la noche en un conservatorio de música, en el cual se dispone a tocar el piano y llevarse unas partituras. He aquí el delito, la trasgresión a la ley.⁽⁶⁾ De este hecho dirá: "pasé por la puerta y escuché una voz en mi cabeza que decía: tocá el piano". Al preguntarle qué música quería tocar, refiere una canción cuyo título se corresponde con el nombre de su hija. GAP tiene mucho interés por la música, participaba activamente del taller de música de PRISMA, aunque no tiene pericia alguna en ejecutar ningún instrumento. En el espacio terapéutico se comienza a profundizar la subjetividad (singularidad) del paciente. En relación al desencadenamiento de su cuadro psicótico, se ubica en el momento que fallece el padre, "sentí que cuando murió se metió dentro de mi cuerpo". En una entrevista con su ex-mujer se confirma que el nacimiento de su hija empeora gravemente su sintomatología, empiezan

.....

(3) Las llamadas esquizofrenias paranoides son un tipo específico de psicosis, de mal pronóstico, crónicas, con importante deterioro cognitivo progresivo y delirios poco sistematizados, generalmente con contenidos de índole paranoide, megalómanos o de grandeza y místicos.

(4) Programa Interministerial de Salud Mental Argentino.

(5) GAP, nombre comercial de una famosa marca de ropa y signo, que por semejanza con el nombre del paciente, despertaban en él fenómenos de índole autorreferenciales y persecutorios.

(6) Habría que pensar y discutir detenidamente la trasgresión de qué ley se trata para el sujeto psicótico.

a aparecer conductas bizarras (ducharse con la ropa puesta), el delirio místico se agudiza (construye un altar en su casa) y las ideaciones paranoides⁽⁷⁾ contribuyen a la pérdida de su trabajo como chofer de taxis. GAP, con la ayuda de sus hermanos, comienza un tratamiento psiquiátrico en el Hospital J.T. Borda, el cual termina abandonando. Progresivamente, el paciente va perdiendo sus lazos sociales y vinculares, y termina en situación de calle.

GAP me es derivado en el mes de marzo del 2012, siendo a partir de esa fecha su psicólogo tratante y parte del equipo interdisciplinario que se asigna a cada paciente que ingresa al dispositivo de tratamiento PRISMA (Psiquiatra, Trabajador Social, Psicólogo). El paciente había sido ingresado al programa e internado hacía siete meses aproximadamente. Al poco tiempo, en junta médica con el CMF (Cuerpo Médico Forense), se le había denegado nuevamente el levantamiento de la medida de seguridad, siendo los motivos, en referencia al riesgo y peligrosidad, su situación de vulnerabilidad social (situación de calle), la falta de conciencia de enfermedad, la poca adherencia a tratamientos previos (psiquiátricos y por adicciones) y la escasa red vincular que favorecerían una evolución de su cuadro psiquiátrico de base. GAP es diagnosticado presuntivamente con esquizofrenia paranoide (DSM-IV) y trastorno por abusos de sustancias (DSM-IV).

Detengámonos en cada uno de los puntos del informe pericial. ¿Por qué la vulnerabilidad social es determinante para privar a una persona de su libertad? Atengámonos a la ley, que es clara al respecto: "... En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes".⁽⁸⁾ En la práctica cotidiana, encontramos que el mayor porcentaje de pacientes que ingresan al dispositivo se encuentran en situación de extrema exclusión social. Si bien se les brinda una atención integral en salud mental, un techo, dos comidas diarias e inclusive acceso casi inmediato a la oportunidad de un trabajo, no podemos ni debemos olvidar que por más que intentamos que nuestro dispositivo se asemeje lo más posible a una internación psiquiátrica civil, los pacientes quedan atrapados dentro de una lógica punitiva difícil de desarticular.

.....

(7) Llamamos ideaciones paranoides cuando en el sujeto se presentan ideas con certeza delirante, en las que un Otro lo persigue o quiere su mal.

(8) Art. 15 Ley Nacional de Salud Mental Argentina (26.657).

Otro punto cuestionable, a mi entender, es lo que se denomina "conciencia de enfermedad" en las psicosis. Desde la orientación clínica psicoanalítica que fundamenta mi práctica, considerar que un sujeto psicótico tenga real conciencia de enfermedad, es decir, con palabras simples, que el loco acepte que su delirio es falso, es una tarea imposible. Más bien, se trabaja con la significación del delirio particular para ese sujeto buscando en él puntos de estabilizaciones⁽⁹⁾ posibles. Igualmente, más allá de cualquier discusión acerca de los distintos enfoques teóricos o modos de pensar la locura, surgen interrogantes aún más cruciales: ¿por qué debería quedar preso alguien que no tiene conciencia de su enfermedad? La misma pregunta me hago en relación a la escasa red familiar o vincular, señalaremos que, en este caso, la cárcel debilita aún más dicha revinculación familiar.

Volvamos al caso. Durante las primeras entrevistas, me encuentro con una persona muy deteriorada cognitivamente, con fallas mnésicas importantes (por ejemplo, no recordaba lo conversado el día anterior), aunque podía armar una narración acerca de su historia. A pesar de su abulia⁽¹⁰⁾ generalizada, en cada nueva entrevista insiste algo en su discurso. En este punto, se hace presente algo del deseo de este sujeto:⁽¹¹⁾ "me quiero ir, quiero ver a mi hija". De este modo, empiezan a surgirme preguntas acerca de cómo abordar clínicamente el caso. Una de ellas fue trabajar en conjunto con el paciente para que de alguna forma desconocida para mí lograra tener conciencia de enfermedad. Aquí la dirección de la cura se torna un poco teatral, una mostración para una audiencia específica. Por otro lado, entendí que ese deseo enunciado tan insistentemente debería dirigir mi escucha, ser una especie de extraña demanda de tratamiento de una persona que no entiende por qué lleva tanto tiempo privada de su libertad, indagar y trabajar con el paciente ubicando algún significante que lo identifique para que pueda establecer algún tipo de lazo social. GAP, antes de ir a prisión,

.....

(9) Llamamos estabilizaciones al período del cuadro psicótico en el cual el delirio o los distintos fenómenos elementales (alucinaciones auditivas, visuales) se ven reducidos o están compensados, pero no por ello desaparecidos. Sigmund Freud plantea que el delirio es un intento de curación.

(10) Desde la semiología psiquiátrica, la abulia puede ser definida conceptualmente como "la falta absoluta de voluntad, la carencia de deseos y decisiones donde la afectividad deja de ser fuente de deseos, el pensamiento se apaga y la voluntad se inhibe".

(11) El concepto de "sujeto" y "deseo" introduce clínicamente la escucha psicoanalítica y por consiguiente la singularidad del paciente.

estaba en situación de calle desde hacía más de tres años. Se había armado un circuito propio de supervivencia. Dormía en los alrededores del Hospital de Clínicas (CABA), en cuyo estacionamiento cuidaba los autos, lo cual consideraba su trabajo ya que le brindaba el dinero que consideraba suficiente para sus gastos diarios. Esporádicamente, hablaba con su ex-mujer para encontrarse con su hija de 7 años de edad en algún parque público, siendo éstos los únicos lazos afectivos familiares que mantenía con cierta regularidad.

Detengámonos un momento en este punto para pensar algunas cuestiones acerca de la locura y sus posibles estabilizaciones. El sentido común a veces nos lleva a pensar que estas personas que consideramos locos, marginales, vagabundos, extraños de pelo enmarañado que andan por las calles deberían ser inmediatamente institucionalizados e incluidos en los sistemas de salud. Este modo de pensar altruista tiende al fenómeno que Foucault denomina normalización. Es pensar que existe un modo de vida universal, trasladado en este caso, a la salud mental. Hay que ser cuidadosos, pensar caso por caso al momento de intervenir sobre un individuo psicótico, posicionarse desde un lugar de no saber antes de forzar alguna intervención que consideremos terapéutica para ese sujeto. Muchas de estas personas sostienen su existencia bajo sus propias coordenadas, es decir, se estabilizan por períodos inciertos en los cuales arman distintos lazos de supervivencia en los márgenes de lo que consideramos una existencia normal.⁽¹²⁾ Estos modos de existir en lo social quedan representados en la figura del *outsider*.⁽¹³⁾ La locura o la psicosis históricamente genera controversias sociales, no se sabe muy bien qué hacer con estas personas: encerrarlas (internación compulsiva), curarlas, acompañarlas... normalizarlas. La psicosis⁽¹⁴⁾ es incurable, las estabilizaciones son siempre precarias. Retomemos el caso de GAP para ilustrar mejor estos conceptos.

Pasados tres meses de internación, el paciente ya no presentaba sintomatología psicótica aguda, coincidente con lo escrito por el CMF Las alucinaciones auditivas, delirios místicos y megalómanos (afirmaba ser

.....

(12) Se recomienda ver el film *The Soloist*, 2009.

(13) El término *outsider* identifica algo en la periferia de las normas sociales, alguien que vive aparte de la sociedad común o alguien que observa un grupo desde fuera.

(14) LACAN, JACQUES, *Las psicosis*, Barcelona, Paidós, 1984.

la reencarnación del "Che" Guevara y Jesucristo) y delirios de autorreferencia (ciertas canciones populares le transmitían mensajes) habían cedido en consistencia semiológica debido al tratamiento interdisciplinario recibido en la institución: plan psicofarmacológico adecuado, espacio de terapia individual, intentos de revinculación familiar del área de trabajo social y participación en distintas actividades socioculturales.

Todos los actores intervinientes entendíamos que un paciente de estas características debería continuar su tratamiento en salud mental en el ámbito civil, pero debido a la falta de conciencia de enfermedad (GAP seguía insistiendo en que no necesitaba tratamiento alguno) y la indicación del CMF de una Institución para Pacientes Duales⁽¹⁵⁾ a puertas cerradas, instituciones aun inexistentes, la única opción para el cuidado de su salud mental y la reducción del concepto de riesgo y peligrosidad era inexorablemente el pabellón psiquiátrico de la prisión,⁽¹⁶⁾ siendo ésta la única institución capaz de alojarlo.

Se podría pensar en invertir estas nociones y desligarlas de la persona en cuestión, ya que para este caso particular lo riesgoso y peligroso parecerían ser las condiciones de exclusión social, más que los "rasgos peligrosos asociados a su personalidad". Recordemos que la Ley Nacional de Salud Mental (recientemente reglamentada) ya no considera en letra a una persona peligrosa, sí mantiene la categoría de riesgo para sí o terceros, mientras que en las pericias judiciales el concepto de peligrosidad sigue muy vigente. En muchos casos, sucede que los pacientes declarados inimputables quedan estigmatizados con esta nominación de peligrosos *ad eternum* por el prejuicio social, actuando esta categoría a modo de diagnóstico psicopatológico.⁽¹⁷⁾

.....

(15) Pacientes psicóticos con problemas de consumos de sustancias psicoactivas.

(16) Actualmente, las personas declaradas inimputables (art. 34) con medida de seguridad efectiva son ingresadas al programa PRISMA y son alojadas en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario (HPC, Ala Sur, CPF I, Ezeiza, Pcia. de Buenos Aires). Estas son las coordinadas en las cuales me hago cargo del tratamiento psicológico de un paciente como profesional del Dispositivo de Tratamiento del PRISMA.

(17) Ley de Salud Mental Argentina, art. 5º: "La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado".

Con la sanción de la Nueva Ley de Salud Mental Argentina 26.657 se inscribe un nuevo capítulo en el tratamiento de las personas con padecimiento mental, las cuales adquieren nuevos derechos y garantías. En primer lugar, señalaremos que es inconstitucional que las personas declaradas inimputables (art. 34 Código Penal Argentino) reciban tratamiento en salud mental en el ámbito penal, siendo el ámbito civil el lugar apropiado para llevar a cabo su reinserción y recuperación.⁽¹⁸⁾ Existen aún contradicciones legales al respecto. En la práctica, en muchas causas de inimputabilidad, se vuelve confuso cuál es el rol de los juzgados civiles intervinientes, o bajo qué ámbito queda supeditada la decisión final acerca del destino de los pacientes.

En el caso particular de GAP, llevando ya casi un año de internación, consideré que la prisión comenzaba a ser intolerablemente iatrogénica para el paciente, ya que contribuía a intensificar su sintomatología negativa (abulia, depresión, aislamiento). Otro problema se suscitaba en el debilitamiento de los lazos familiares. Su ex-mujer, su hija y ningún familiar accedía a visitarlo dentro del ámbito penal debido a lo que ello implica (requisas, fantasías acerca de la peligrosidad de visitar una prisión, etc). Los encuentros del área de Trabajo Social se realizaban en bares céntricos de la CABA.

Se elevó informe al CMF pidiendo nueva junta médica. Paralelamente, se trabajó con el equipo de Inclusión Social de PRISMA para lograr armar una red de contención en el ámbito civil que conste de un acompañamiento terapéutico y diversas gestiones sociales, como conseguirle un hogar y una institución donde pudiese proseguir su tratamiento.

2 | Parodia

Es así que durante los siguientes meses muchas de las entrevistas con el paciente se convirtieron en una especie de repetición de una escena teatral conformada por un estricto y acotado guión: "voy a hacer tratamiento porque lo necesito".⁽¹⁹⁾ Como mencioné anteriormente, su deterioro

(18) Ley de Salud Mental Argentina, art. 28: "Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592".

(19) En posterior supervisión del caso, se elaboró la hipótesis de que el paciente, bajo transferencia con el analista, se apropió de este significante del Otro imaginario en forma de espejo.

cognitivo no ayudaba a la tarea. Con el equipo tratante nos preguntábamos si el día de estreno de la obra el actor recordaría sus pocas líneas.

El día fijado para la nueva junta médica con el CMF se le proporcionó al paciente el vestuario que consideré adecuado para su papel, una camisa de vestir y un pantalón caqui. Aquí vemos hasta qué punto los profesionales de la salud también nos vemos atravesados por el fenómeno de la normalización.

Concurrimos a la junta médica todo el equipo tratante y colegas del dispositivo de Inclusión de PRISMA, un total de siete profesionales. Lo vemos bajar del móvil penitenciario, esposado y vestido "con ropa GAP".⁽²⁰⁾ Parecía tranquilo, sonriente, seguro de sí mismo. En cambio, los profesionales presentes éramos un manojo de nervios. Durante la entrevista, GAP respondía a las preguntas de rutina: nombre, ocupación, etc. Ninguno de los presentes podía predecir la respuesta acerca de su conciencia de enfermedad. La sala colmada, las luces del escenario se encienden, la hora de la verdad llega: GAP pronuncia "Estoy enfermo, necesito seguir con mi tratamiento". Ninguno de los presentes pudo disimular su felicidad, los ojos vidriosos, miradas cómplices, los dedos seguían cruzados, parecía un triunfo de taquilla. De pronto, la obra da un giro hacia la improvisación, GAP es enfrentado por los peritos forenses a una evidencia fotográfica de una causa anterior por tentativa de robo, en la cual en primer plano se observaba el cuerpo del delito o evidencia: cuatro pedazos de queso de distintas marcas comerciales en su embalaje original, se le pregunta si recordaba aquellos lácteos: "No me acuerdo", responde.

3 | ¡Oíd, mortales, el grito sagrado libertad, libertad, libertad!⁽²¹⁾

Luego de más de 12 meses de internación en el dispositivo de tratamiento PRISMA, el CMF da el visto bueno, el juez ordena dejar sin efecto la medida de seguridad y GAP es puesto en libertad.

.....

(20) Hago referencia al estilo de vestir propio del paciente.

(21) Fragmento del Himno Nacional Argentino.

Un posterior rastreo del destino del paciente indica que se insertó positivamente en el dispositivo de Inclusión Social del PRISMA, concurrió a los talleres socioculturales, siguió su tratamiento en salud mental y pudo salir de su situación de calle gracias al trabajo de revinculación familiar en la Casa PRISMA, logrando que GAP fuera a vivir con una de sus hermanas y retomara el contacto con su hija.

*Quiero agradecer a todo el equipo de trabajo PRISMA
por hacer posible nuestra labor cotidiana.
Al Dr. Alejandro Alagia por su generoso interés
en nuestra práctica y, especialmente, a Pablo Vitalich,
quien colaboró y aportó ideas
para la elaboración de este artículo.*

“Antes de firmarte la libertad a vos, me corto la mano”

Dos testimonios de la inimputabilidad⁽¹⁾

por PABLO VITALICH⁽²⁾

“Como sucede a menudo, el sobreentendido y la minimización de un fenómeno, lejos de significar que éste nos es remoto y ajeno, son por el contrario un indicio de una proximidad tan intolerable que debe camuflarse y reprimirse”. **Giorgio Agamben**

I | Introducción

La excepcional, injusta y extravagante situación en la cual se encuentran las personas a quienes, por habérselos declarados inimputables, se les ha aplicado una medida de seguridad ya ha sido denunciada infinitas veces.

(1) Quisiera agradecer especialmente a la Coordinadora del PRISMA, la Lic. Jessica Muniello, por haber fomentado, apoyado y participado de la conformación de un equipo destinado a pensar la problemática de la inimputabilidad en cuyo marco se elaboró el presente artículo. Por otra parte, esta investigación continúa con la labor que ya se venía realizando en la primera intervención civil en el Programa de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave coordinado por el Dr. Luis Ohman.

Por último cabe decir que las ideas que aquí se exponen deben mucho al diálogo que hemos mantenido sobre el tema con el Lic. Fernando Matteo Bertolozzi, a propósito del diseño de la investigación de la cual se desprende este primer artículo. Este trabajo podría pensarse como un anexo a Tampoco son tan pobrecitos, escrito conjuntamente, en este mismo volumen.

(2) Lic. en Psicología (UBA). Ex Becario CONICET. Ex Becario UBACyT. Docente de la Facultad de Psicología de la UBA. Coordinación del Área Docencia e Investigación del PRISMA.

Se ha denunciado la existencia de una figura jurídica que habilita a disponer el encierro de por vida; se ha criticado —cosa que no es muy difícil— el valor epistémico del constructo de “peligrosidad” (la indeterminación de los componentes internos y empíricos del concepto, el carácter profético de su pretensión futuroológica); se ha denunciado la ilegitimidad de emplazar la cárcel como institución de tratamiento posible; se ha denunciado el abandono y la indiferencia jurídica y administrativa de la que son objeto estas personas. Habría que agregar a estas críticas el cinismo de exigir un tratamiento en salud mental que se oriente a transformar, modificar al individuo que ha hecho tales y cuales cosas, y someterlo luego a un conjunto de técnicas y evaluaciones para las cuales el factor decisivo es menos la consideración de la situación y los signos actuales que los hechos que en el pasado —un pasado a veces remoto— han conducido a su detención. Como si fuera poco, por alguna suerte de extraña representación heredada que vincula sexualidad, locura y peligrosidad, las personas encerradas con una medida de seguridad no tienen la posibilidad de contar con visitas íntimas. Concurrentemente con este estado de suspensión jurídica en el que se encuentran, en su ámbito de alojamiento faltan todo tipo de sanciones porque se asume que la práctica psiquiátrica cumplirá satisfactoriamente el rol de intervenir sobre las conductas en otros casos **sancionables**. Son arrojados a un mundo de donde la Ley se ha retirado, pero su huella ausente es la imagen misma de su cara más violenta y arbitraria.⁽³⁾

Con ánimo sintético podría decirse que toda la dimensión trágica de la figura de la inimputabilidad se juega en el arco que va desde el hecho de reducir, identificar, y condenar a alguien a no ser otra cosa que lo que ciertos actos pretenden decir de él y esta voluntad absoluta del juez que puede disponer del encierro indeterminadamente. Esta dimensión trágica es el correlato de una forma de poder precisamente delimitada que tiene por foco y por materia el núcleo mismo de la subjetividad allí donde ésta es decididamente inalcanzable e indefinible, esto es, en su virtualidad: allí se deposita el ser mismo del individuo, su razón y naturaleza, y allí también descansa la conciencia (su razón, pero también el alivio) de la medida de seguridad.

(3) Para un análisis de los efectos paradójicos de esta ausencia de regulación intersubjetiva en el Dispositivo Psiquiátrico al interior del SPF, ver ANA CAROLINA IZAGUIRRE, MARÍA VICTORIA ALCOBA, “Implicancias de la ausencia de sanciones en las unidades psiquiátricas del SPF”, en este mismo volumen.

Todo este entramado ha sido bien analizado, son cosas ya sabidas.⁽⁴⁾ Es cierto que aquí y allá se producen gestos que intentan desfondar su existencia, que buscan alternativas, y que se proponen estrategias locales para resolver situaciones específicas pero a costa de un esfuerzo titánico. La resolución hegemónica sigue comandada por el alivio que da saber que estas personas estarán vigiladas. Pasa desapercibido hasta qué punto la responsabilidad que se le ha denegado a alguien se desplaza y transfiere en la figura de sus tutores sociales.

La mecánica de la inimputabilidad funciona tan bien, está tan bien asimilada e integrada con el conjunto de nuestras prácticas y creencias, que cada uno de sus funcionarios puede participar de ella con las mejores intenciones creyendo verdaderamente que trabaja para el bien común, y sin advertir que el bien común no incluye a quienes no gozan de hecho de las garantías de la ciudadanía y que sus buenas intenciones los producen sistemáticamente como resto.⁽⁵⁾ Quizá sea esta una de las interesantes paradojas de nuestra contemporaneidad que algún día habrá que analizar: que nuestro tratamiento para con quienes decimos han quedado por fuera de la razón en tal o cual circunstancia sea en sí mismo enloquecedor. Que nuestro tratamiento de la locura esté comandado por una gramática administrativa que esconde su impotencia, sus contradicciones, y la heterogeneidad de intereses a los que sirve. Es enloquecedor quedar inscrito en el ordenamiento social como excluido, o mejor dicho, por el proceso mismo que produce la exclusión. Y que además se los produzca como desecho mientras se los convence que esto es por su bien y por el bien de todos.

.....

(4) Aunque habría que evaluar por qué, si son bien sabidas, todavía no acaban de serlo lo suficiente.

(5) Habría que analizar cómo es que el bien común, para nosotros, se confunde todavía con el imperativo de defender la sociedad. Cabe citar aquí a Foucault: "La defensa de lo social se convierte en un principio funcional común a la policía los fiscales, los magistrados instructores y los jueces. Los controles mutuos, los equilibrios y las indispensables divergencias entre los diferentes elementos de la institución se desdibujan en beneficio de una continuidad aceptada y reivindicada. Del hombre con casco y cachiporra al que juzga según su alma y su conciencia, todo el mundo, en un movimiento solidario, se pone de acuerdo para cumplir un mismo papel". (FOUCAULT, MICHEL, *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*, Bs. As., Siglo XXI, 2012, p. 205). Quizá habría que recordar hasta qué punto las distintas instancias de la salud participan de ese juego, de ese imperativo, y de qué forma se desplazan rápidamente del problema de la salud del individuo al de la higiene social.

Cosa extraña: hay quienes simultáneamente denuncian los efectos nocivos del encierro, el proceso de deterioro y anulación subjetiva al que tiende, y al mismo tiempo sostienen que el régimen carcelario puede contener, compensar y brindar un marco de mejoramiento posible.⁽⁶⁾ Debe haber razones que explican que se puedan pensar las dos cosas al mismo tiempo sin que se sienta la contradicción.

Este trabajo no se propone aportar ningún elemento crítico ni aumentar la masa de conocimientos sobre el asunto de la inimputabilidad. Nuestra intención nace de un lugar distinto: de nuestra convivencia con ellos. Quedamos como ellos y, sobre todo, con ellos, atrapados en cada uno de los resortes administrativos que atentan contra su salud mental. Es enloquecedor que alguien no sepa tantas cuestiones claves como qué va a pasar con él, de qué depende que salga o no, quién debiera defenderlo y representarlo, en qué estado está su situación legal, cuáles son los plazos que rigen sobre las instancias en las que se juegan las decisiones que gobiernan y gobernarán sobre su vida, y que sumado a todo eso, también sepa que debería estar siendo tratado en un lugar que, sin duda, no es la cárcel. Es imposible que alguien pueda significar que es por su propio bien quedar dos años encerrado en la prisión por haber salido corriendo por el barrio de Constitución con el bolso de alguien en medio de un brote psicótico.

Nuestra tarea consiste en encontrar formas de lidiar con esa terrible alianza que existe entre la impotencia y el sin sentido. Alianza hegemónica que se inmiscuye y nos produce como interioridad, pero que

.....

(6) Por otra parte y dado que la sanción de la nueva Ley de Salud Mental no ha sido acompañada con una revisión complementaria del Art. 34 del Código Penal se suscitan una serie de obstáculos prácticos a la hora de dar el alta a las personas que han sido declaradas inimputables: en general un juez asume dar el cese de una medida de seguridad si se garantiza la continuidad de un tratamiento, por lo tanto, suele exigir que el tratamiento continúe en institución cerrada (es decir instituciones donde no es una opción para los pacientes decidir si se quedan o se van). Pero no hay instituciones cerradas y además los jueces no pueden ordenar una internación. Se supone que cuando se decide el cese de una medida de seguridad y se piensa entonces que salga de la cárcel es porque ya han desaparecido los indicadores de riesgo para sí o para terceros y entonces ha desaparecido lo que sería la única condición para poder exigir que alguien sea internado en un hospital, por lo menos contra su voluntad. Si el hospital al que se lo pretende derivar se niega a internar a la persona porque cree que no hay indicadores ciertos e inminentes de riesgo para sí o para terceros, la persona vuelve al dispositivo psiquiátrico de la cárcel dado que la condición de que siga haciendo tratamiento es definitiva a la hora de decidir su externación.

también atraviesa cada uno de los dispositivos sociales por los cuales circulamos.

Hay muchas maneras, y esta es una más de las que tenemos a mano y que sentimos el deber de explotar: la posibilidad de que ellos hablen de sí mismos, de su situación sin ese conjunto de mediaciones y traducciones que habitualmente pretenden **representar** su verdad: el discurso de las pericias psiquiátricas, el discurso legal, y el discurso de la opinión pública.

2 | Testimonios

A continuación transcribiremos de modo textual aquello que dos de los pacientes del Dispositivo de Tratamiento del PRISMA que han sido declarados inimputables y a quienes se les ha aplicado una medida de seguridad dicen en relación a su caso.⁽⁷⁾ Estos fragmentos se han acopiado a propósito de la investigación **Percepción, comprensión y experiencia de personas que han sido detenidas, declaradas inimputables y alojadas en Dispositivos de Salud Mental en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal**. Puede considerarse este trabajo como una presentación preliminar de esta investigación. Estos testimonios se mantendrán en el anonimato. Inventaremos un seudónimo para cada uno de ellos y situaremos al comienzo algunas coordenadas que permitan comprender el marco judicial e institucional en el cual dicen lo que dicen. A lo largo de estos testimonios iremos intercalando sus dichos con comentarios que permitan al lector no familiarizado con la cuestión de la inimputabilidad significar distintos puntos que van surgiendo a lo largo del testimonio. Además de esto, en el primero de los casos estableceremos un contrapunto entre los dichos del paciente y el informe de una pericia psiquiátrica y psicológica que se le había administrado al paciente con el fin de ilustrar cómo operan las técnicas de las que actualmente nos valemos para evaluar la condición mental de quienes han sido declarados inimputables.

.....

(7) Por una cuestión de espacio no podemos incorporar todos los testimonios que hubiésemos querido. Es una lástima, cada uno de ellos en su tono y estilo específico muestran con la intensidad que sólo la propia experiencia puede dar lo que significa e implica quedar atrapados en esa zona en esa región que define la inimputabilidad.

2.1 | Caso I. El Pingüino

Más de veinticinco años dentro de la institución penitenciaria sujeto a una medida de seguridad.

Este primer caso lo presentaremos en contrapunto con uno de los informes que se han elaborado del paciente luego de una evaluación psiquiátrica y psicológica que se realizó a pedido del juez a los fines de evaluar riesgo cierto e inminente. Los dichos del paciente se acopiaron a propósito de la investigación y no fueron producidos en respuesta directa a lo que se decía en esta pericia. Pero nos parece que el contrapunto permite ilustrar y evaluar el funcionamiento de estas técnicas. La pericia fue realizada en Octubre del 2012. El paciente ya había pasado más de veinticinco años en el Servicio Penitenciario Federal en nombre de su tratamiento. Dividimos este diálogo en dos capítulos que funcionan orientando la lectura, pero no se trata de una categorización o de dimensiones excluyentes. Los distintos aspectos se presuponen recíprocamente y constituyen perspectivas de una misma situación.

2.1.1. Sustancialismo e Identidad

“La lucha por una subjetividad moderna pasa por una resistencia a las dos formas actuales de sujeción, una que consiste en individuarnos según las exigencias del poder, otra que consiste en vincular cada individuo a una identidad sabida y conocida, determinada de una vez por todas. La lucha por la subjetividad se presenta pues, como derecho a la variación, a la metamorfosis”. Gilles Deleuze⁽⁸⁾

Dice la pericia:

“Las personalidades psicopáticas **no siempre se manifiestan desadaptadas**, según el grado del control de los impulsos o el control externo de la conducta, pueden funcionar, por imposibilidad al despliegue de su instinto de un modo aparentemente adaptado, pero no es más que un modo de solución de compromiso para la obtención de objetivos psicopáticos”.

(8) DELEUZE, GILLES, *Foucault*, Bs As, Paidós, 2005, p. 139.

"De hecho, en estas condiciones, las personalidades psicopáticas pueden resultar muy ajustadas a las demandas del entorno y seductoras en las relaciones interpersonales, **en espera de la oportunidad** de actuar según su propio sistema normativo acorde a su patología de la personalidad".

Y continúa:

"En el caso específico del trastorno esquizotípico de la personalidad, la extrema introversión (en el sentido de **la falta de necesidad emocional de compartir las experiencias internas**), junto a la peculiaridad de las experiencias mentales, puede dar lugar a la eclosión de comportamientos violentos, aparentemente inmotivados, pero que constituyen reacciones idiosincrásicas, **muchas veces del todo imprevisibles**. Estas reacciones al estrés, incluyen la eventualidad de un episodio psicótico. La comorbilidad de ambas entidades, explican a nuestro entender la adaptación al entorno controlado y el efecto beneficioso del dispositivo de internación terapéutica de puertas cerradas en el que se encuentra como así también el riesgo de desestabilización psicopatológica. **La coexistencia de ambas patologías de la personalidad que a nuestro entender el señor Pingüino presenta, se potencian mutuamente en el riesgo de una eventual conducta dañosa en un medio algo menos controlado al actual**. En relación al establecimiento de riesgo lo que se puede afirmar desde el conocimiento actual de la disciplina en relación a la psicopatología del señor Pingüino, es que presenta parámetros de riesgo de daño cierto, con posibilidad de tornarse inminente de modo imprevisible".

El informe, como se ve aquí, se acompaña de una definición genérica de los trastornos de la personalidad, bajo la suposición de que el paciente entra dentro de esta categoría psiquiátrica. Lo más curioso de esta definición es que no importa si efectivamente no hay signos visibles de su trastorno, se es aunque no se vea, aunque no haya ningún signo que actualmente lo estuviera insinuando, indicando. Pero la pregunta es entonces bajo esta condición ¿de qué modo es posible ver, evaluar que ya se ha dejado de ser peligroso? Puesto que aún si no hubiere ya signos de su trastorno siempre se lo puede suponer. ¿Cómo podría el perito forense evaluar la

desaparición de la peligrosidad si está ahí desde siempre y para siempre? Ni siquiera se entiende para qué habría que evaluarlo si, al fin y al cabo, lo que está en juego es un modo definitivo de ser. No se trata sólo de que estas personas estén adaptadas a “la espera de la oportunidad de actuar según su propio sistema normativo”, sino que es parte de su naturaleza el “dar lugar a la eclosión de comportamientos violentos, aparentemente inmotivados, pero que constituyen reacciones idiosincrásicas, muchas veces del todo imprevisibles”. En el constructo diagnóstico la definición misma presupone lo que debiera evaluar. Y es al interior de esta confusión que se opera un desplazamiento de los signos a los modos de ser.

Pero la teoría estipula además que este tipo de seres se encuentran mejor en ambientes como en el que está actualmente, es decir en la cárcel. Ya no se trata de estar en la cárcel porque se ha hecho algo. Cuando se opera el desplazamiento hacia el modo de ser de alguien, de lo que se trata es de una cierta **adecuación ecológica** de estos seres a un entorno controlado y el efecto beneficioso del dispositivo de internación terapéutica de puertas cerradas en el que se encuentra.⁽⁹⁾

Demos la voz al Pingüino:

“Los médicos no vienen a ver a un inimputable vienen a ver al Pingüino. ‘A quién vamos a ver...uy el Pingüino, ¿te acordás?’ o sea, hay una cosa esencial que mi tratante también despotrica mucho con esto, eh... a mí hoy por hoy, cuando un médico me ve, se remite a los hechos. No le interesa como estoy ahora, le interesa lo que hice. A ver, eh, le dije que me declararon 34 en

.....

(9) Ver en este mismo volumen FARJI TRUBBA, NICOLÁS, “La Naturaleza Desmedida de la Medida de Seguridad. Acerca de la Inimputabilidad, la Peligrosidad y la Vulneración Social”. Allí queda bien ilustrado cómo se encarcela la psicosis en nombre de la patología misma y su fragilidad social. Al paciente se le aplica una medida de seguridad en nombre de: su situación de vulnerabilidad social (situación de calle), la falta de conciencia de enfermedad, la poca adherencia a tratamientos previos (psiquiátricos y por adicciones) y la escasa red vincular.

Nosotros nos sentimos orgullosos de todo lo que hemos hecho para dar forma a un Dispositivo en Salud Mental al interior de la institución penitenciaria que funciona cuestionando intencionalmente el conjunto de condiciones estructurales que atentan y vulneran sistemáticamente los Derechos Humanos. Entendemos que nuestro trabajo implica toda una transformación cultural (por eso estamos acá escribiendo esto) pero la cárcel por su estructura de funcionamiento es algo más que un dispositivo de tratamiento a puertas cerradas. Designarla así es cuanto menos ingenuo y desconoce que es ilegítimo tratar allí a los inimputables.

provincia ahora hace poco, hará un año y medio. El juzgado de provincia determinó que había que hacerme un estudio para ver si estaba en condiciones de tener salidas afuera. ¿Si? En octubre del año pasado se determinó la fecha del forense y del psicológico, un grupo que me iba a evaluar en provincia. **El primer día que voy que me llevan de acá con la camioneta me dicen que el forense que me iba a entrevistar había renunciado. Que la nueva forense necesitaba seis meses para leer mi causa. Hace un año que tengo el pedido de provincia para que se me evalúe para mi externación y ahora recién en abril tengo fecha para que me vea un forense nuevo que tardó seis meses en leer mi causa".**

"Hay un prejujuamiento, la persona no ve... no me ve a mí hoy. Me ve a mí hace treinta años. Ese es quizá el gran...la gran traba. Volvemos a lo que digo... cuando el Cuerpo Médico Forense (CMF) me dice: '¿Pingüino te acordás que hace treinta años dijiste?'... el CMF en capital me conocen todos. Llegué a ser una materia de la facultad. Todos los años venían estudiantes a charlar conmigo. Tengo bronca, tengo... considero que hice bastante para cambiar, he cambiado pero no tengo forma de demostrarlo, o sea, no tengo forma que lo entiendan, que es diferente. No es que yo no tengo forma de demostrarlo lo que soy, no tengo forma que lo entiendan. O que se permitan entenderlo. **Para ser más explícito en eso: Para un médico quizá dice "bueno lo veo en un año"... para mí es un año de detención. No es un año de joda y jolgorio, es un año de detención. Aparte después ese año, tiene que pasar el informe, el juez lo tiene que evaluar y decir: 'a ver, me gusta, no me gusta, a ver pedile otro'".**

"El artículo 34 es una condena de por vida. Porque, en mi caso hablamos, ¿no? ningún forense consideró que en 30 años desapareciera la medida de seguridad. Lo cual era lo más estambótico posible, bah... porque una de dos, o el servicio no supo hacer su trabajo en la parte médica porque si en 30 años no me recuperaron, me cacho, cambiemos, cambiemos de historia o cambiemos de tratamiento... Si se ha probado todo lo que había conmigo y no me pudieron recuperar en 30 años dejémosnos de joder. A criterio del CMF... el juez que me dio

el 34, fue cuando me dio la famosa frase de él, me atendió con el cuerpo de infantería en el despacho de él en esa época. Y me dijo: 'Hacé de cuenta que vos estás también condenado, porque estás recluido de por vida yo antes de firmarte la libertad a vos me corto la mano'. Así fue, simple".

"Lo que ellos dicen es simple: no he tenido ninguna crisis, no he tenido ningún otro episodio psicótico 'peeeero...'. La gran discusión conmigo y los forenses es 'Pingüino, cómo estamos seguros que usted no volvería a matar'. Y '¿cómo están seguros que sí lo haría? Ah no, no sabemos pero ante la duda se queda'. Porque es así, ese es el planteo esencial. ¿Cómo le hacés creer verdaderamente, o sea, cómo explicar que entiendan verdaderamente el cambio? El artículo 34, yo lo leí de códigos viejos, no dice que o sea... dice que no es suficiente una estabilidad o un comportamiento, una conducta, tiene que haber un cambio radical en los hechos que llevaron a la detención. Todavía no la entendí esa. Decían que había una psicopatía de base, cuando yo hablo con los profesionales de la veinte que eran de allá del servicio todavía... me decían: 'bueno esto no es variable, así es como te formaste, no va a variar'. En aquel momento era lo que me decían. Y si no va a variar entonces **qué puedo esperar**. O sea ellos suponían las dos cosas mi psicopatía de base y mi eh condición social, que no tengo familia. Entonces familia no iba a fabricarme de la nada y esa psicopatía de base según los profesionales no iba a cambiar. Cuando yo pedía un tratamiento que me permitiera superar los problemas de esa psicopatía de base me decían 'bueno eh la psiquiatría no es matemática, o sea dos y dos no son cuatro acá. Las variaciones son infinitas'".

"En aquel momento [cuando fue detenido] no tenía demasiada noción de lo que pasaba, no le daba demasiada pelota a lo que pasaba a mi alrededor... porque seguía en mi mundo, seguía en mí, en mis cosas. Aparte en aquellos años estaba muy medicado estaba con decanoato y 30 mg de halopidol por día. Decanoato mensual más 30 mg de halopidol por día⁽¹⁰⁾ tenía en

(10) Dosis por encima de la dosis terapéutica y por lo tanto no justificable desde el punto de vista clínico. Dosis en esa cantidad producen un cuadro de significativa disminución afectiva y

aquella época. No estaba muy lúcido para respuesta, por así decir. Me importaba tres carajos. Yo todavía tengo discusiones con los forenses, más que nada los viejos que me conocen de hace muchos años, porque me dicen 'Usted Pingüino decía...' ¿eh? ¿Qué decía? 'Usted decía que Dios le hablaba...' ¿Cuándo dije semejante boludez?... esto es así con los forenses, ¿no? 'Pero acá, acá está anotado que usted me dijo alguna vez'. ¿Usted quiere que yo me acuerde lo que le dije hace 25 años y 'no, pero usted dijo ¿eh?' '¿Sigue pensando lo mismo?' ¡Ehh! (se ríe) porque es un poco así para mí en ese sentido".

"Los diagnósticos nunca coincidieron. Es más, yo siempre me río con mi tratante porque yo creo que he tenido... menos oligofrénico me han dicho de todo. Menos oligofrénico he pasado por todas las etapas psiquiátricas habidas y por haber. Durante doce años se me consideró eh ¿cómo es? esquizofrénico crónico, después de doce años por una junta que hacen en la 20 me determinan cinco forenses determinan que no, que no era esquizofrénico y que sí, o sea, si alguna vez fui esquizofrénico no tenía, no tenía ni signos ni pautas de esquizofrénico y ahí me dejan bajo medida de seguridad. Antes estaba bajo una enfermedad mental grave... me pasaron a una medida de seguridad. Ahora creo que los últimos estudios dicen que tengo un trastorno de personalidad, que soy borderline. Menos oligofrénico me han dicho de todo".

"Considero que estaba enfermo en el momento de los hechos. Que no podía controlarme. También sé que lo hicieron judicialmente es, en mi caso hablamos, ¿sí? como un candado. Porque, porque en ningún caso daban una condena en provincia y una medida por capital, si zafaba de cualquiera de las dos... me quedaba la otra. Por eso sigue. Porque en el momento que tenían que la condena tenía que caer en provincia por años, llevaba 30 años, me tenían que darme la condicional sí o sí, obligatoriamente, me dejaron el 34 en provincia. Que es una

.....
rigidez corporal. Comunicación personal de la Dra. Ana Izaguirre (Psiquiatra). Por lo tanto debe uno entender que esa medicación que no estaba siendo utilizada de acuerdo a lo que son los criterios clínicos estaba cumpliendo alguna otra función. Lo señalamos anticipando la insistencia del ejercicio punitivo disfrazado de razón médica que veremos reiterarse en lo que sigue.

aberración jurídica lo que hicieron. Judicialmente mi caso es más estrambótico digamos... es más los mismos jueces me lo decían: 'Pero esto es una aberración' 'Arreglala' 'Ah no, no puedo... Cosa juzgada''.

Antes de pasar al segundo apartado quisiéramos recuperar algunos puntos que consideramos centrales de lo que el Pingüino viene diciendo. Habría mucho para analizar y decir, pero enumeremos algunos puntos clave. Cada uno de los puntos se reencontrarán a lo largo de éste y los otros testimonios, pero los ubicamos aquí para que sirvan de guía de lectura de lo que sigue.

- a. El diferir de la administración de la justicia. La postergación infinita de las instancias y las resoluciones que están encargadas de decidir sobre el destino de la persona. Forenses que renuncian, el extenso tiempo que lleva leer una causa, proliferación de informes y evaluaciones. No sólo la situación no está definida, sino que las instancias que están encargadas de definirla se multiplican y postergan indefinidamente sus resoluciones. Dificilmente puede uno imaginar de qué modo este estado de suspensión podría ser un escenario que favorezca la mejoría de la salud mental de alguien. Ni hablar que todo ese tiempo la persona se encuentra en la cárcel, escenario que, como se sabe, constituye un ámbito de vulneración sistemática. Que alguien bajo estas condiciones sea tratado por su salud mental es lisa y llanamente, cinismo.
- b. Es difícil que el escrito pueda transmitir la mixtura de indignación, impotencia y bronca que se deja sentir en la modulación de la voz cuando el Pingüino transmite que "no se lo ve ahora". La condena que implica ser reducido a ser lo que un hecho dice de él. He aquí una figura jurídica que deja toda la responsabilidad de la situación sobre la figura del juez que no debe atenerse a ningún orden superior otro que su propia voluntad. Y esa voluntad se vale de estas técnicas para decidir. Pero esas técnicas que supuestamente se orientan a evaluar la transformación que se ha producido en alguien se fundan en el presupuesto teórico de que este tipo de individuos no varían. En el movimiento mismo por el cual la técnica resulta un instrumento de decisión se opera un desplazamiento en lo que refiere al fundamento del encierro: se encierra no en función de lo que alguien ha hecho, sino en función de lo que alguien es. La medida de seguridad indica el encierro fundada en un saber sobre la naturaleza de alguien. El candado es institucional pero también subjetivo. Esto es en parte lo que explica esa enorme confusión que se ve diariamente en la declaración de inimputabilidad: se declara a alguien que sabía perfectamente lo que hacía, que gobernaba sus acciones, por el hecho de que se lo considera clínicamente un psicótico. Cualquiera que conozca a qué se llama psicosis sabe perfectamente bien que hay zonas de fragilidad, hay momentos de descompensación del cuadro (como lo hay en neuróticos), pero nada indica que a priori se pueda

asumir que alguien por ser psicótico no estaba en plena posesión de sus facultades mentales o no controlaba sus acciones al momento de cometer tal o cual ilícito. Esto es la muestra misma de que la locura para nosotros sigue siendo casi sinónimo de peligro y lo que explica que haya un grupo de individuos que son encerrados por lo que se dice que son.

No cabe subestimar hasta qué punto un enunciado proferido informalmente condensa la verdad de una situación: "(...) **yo antes de firmarte la libertad a vos me corto la mano**". Debe ser algo muy importante lo que el juez arriesga en la firma de la libertad. Este enunciado no puede sino querer decir que él se siente responsable de lo que el paciente podría eventualmente hacer si quedara libre. Extraño pase de manos por el cual la responsabilidad jurídica de la que se ha eximido al individuo en relación a un hecho ya acontecido se derrama sobre la figura del juez, y a su turno en su equipo de asesores, pero en lo que respecta a lo que alguien podría eventualmente, en algún futuro, hacer. Esta responsabilidad prospectiva literalmente imposible es el correlato de un poder social. En la decisión de no firmar se sostiene la ilusión de un poder tan importante como el de predecir lo que pasará.

Así también, el encierro evita la prueba de **falsación**. Cuando el juez prefiere cortarse la mano, está eligiendo sostener una ilusión antes que denunciar una tarea imposible que pondría en juego todas las expectativas que el orden social ha depositado en él. Pero esta ilusión se sostiene al precio de que la responsabilidad de la que se ha liberado al inimputable, recaiga y se desplace sobre el juez y su equipo de asesores. El enunciado revela hasta qué punto al saber se le pide la protección de la sociedad en la demanda de que esté en condiciones de adivinar lo que alguien hará. Desde este punto de vista el juez y los técnicos asumen y encarnan una función literalmente mesiánica. Un saber que puede encerrar y exiliar a un individuo indefinidamente en nombre de la sociedad en su conjunto y autorizados en este poder predictivo que da el disponer de la verdad última de alguien. La otra cara de ese mesianismo es la figura sacrificada del inimputable. Además quien sacrifica está siempre en el límite de ser él mismo sacrificado: encarnan la expectativa de protección, pero son también los primeros chivos expiatorios de lo que la opinión pública tildará como sus desaciertos.⁽¹¹⁾

.....

(11) Hace poco una jueza enunciaba informalmente: "La cabeza de los jueces de ejecución ruedan a lo loco". Refiriéndose a esa fuerza que es la opinión pública y el modo en que presiona sobre las decisiones de ellos, los jueces. Lo cual denuncia hasta qué punto esta

Doble imposibilidad: conceptual y técnica en relación a las formas de la evaluación, y social en relación a la función y la expectativa ligada a la determinación de la peligrosidad.

El Dr. Marotta, que supervisó el trabajo clínico que se hacía en la Unidad 20 con la primera intervención civil, insistía sobre lo importante que era que alguien pudiera ser otra cosa, algo más, algo distinto de aquello que lo había **condenado**. Se refería sin duda a **condena** en sentido amplio. Lograba hacernos sentir hasta qué punto en esa **otra cosa** que teníamos como meta conquistar se jugaba la posibilidad ética de la libertad y la salud.

- c. En toda esta configuración lo que también se revela es una asociación entre el discurso médico y punitivo que pone al primero al servicio del segundo. El discurso de lo **psi** resulta un medio del castigo, le provee de un disfraz que hace pasar una cosa por la otra. Al punto que la decisión de aislar a alguien durante tantos años se efectúa en nombre de su tratamiento. Así se produce un desvío de lo central en la discusión. **Lo central no es si alguien presenta o no los signos de la peligrosidad, la pregunta es: cómo es que nos habitamos a dejar a alguien indefinidamente encerrado desde un punto de vista legal.** El problema se define en el ámbito estricto de qué política y qué concepción sostenemos en lo que refiere a la administración de la justicia. Esto es central: la discusión clínica desvía y concentra la atención sobre un falso problema. Tan cierto es esto, que en toda la pericia no hay ningún signo positivo de esa peligrosidad, ni de aquel trastorno que se le atribuye al Pingüino otro que una supuesta desafectivización del discurso, que como veremos tiene varias aristas.

2.1.2. Afectividad y monstruosidad

“Trabajar sobre estas divisiones, preguntarse en qué modo —en el hombre— el hombre ha sido separado del no-hombre y el animal de lo humano, es más urgente que tomar posición acerca de las grandes cuestiones, acerca de los denominados valores y derechos humanos. (...) Tal vez también los campos de concentración y de exterminio sean un experimento de este género, una tentativa extrema y monstruosa de decidir entre lo humano y lo inhumano, que terminó involucrando en su ruina la posibilidad misma de la distinción”. **Giorgio Agamben.**⁽¹²⁾

.....

expectativa futurológica les brinda un gran poder, pero también una gran restricción a operar libremente y de acuerdo a un criterio fundado en razones otras que lo que lo que exige la opinión pública. Ceder a la opinión pública es siempre ceder a esa serie de afectos producidos y contruidos socialmente: temor e inseguridad que piden desesperadamente amparo.

.....

(12) AGAMBEN, GIORGIO, *Lo Abierto*, Bs. As., Adriana Hidalgo, 2007, pp. 37 y 49.

Cita de la pericia:

"Históricamente y desde diversas escuelas psiquiátricas se ha considerado a estas personas incorregibles e impermeables a la comprensión de los principios morales humanos".

No podemos dejar de preguntar: Su moralidad entonces es ¿no humana? ¿Existe una moralidad no humana? ¿Es un humano sin principios morales humanos? ¿Es humano quien es incorregiblemente impermeable a los principios morales humanos? ¿Cómo definir entonces a estas personas?

El informe continúa:

"Dado el asiento en la personalidad patológica y en la primacía de la **satisfacción instintivo-agresiva** de su conducta, el tiempo de internación o custodia no afectan posiblemente en nada sus **tendencias destructivas**".

Y más adelante:

"Al tratarse de un patrón de funcionamiento estable, apoyado en la agresividad de tipo predatoria o deliberada, estos individuos buscan activamente situaciones de victimización de otros seres humanos a fin de dar satisfacción a sus peculiares necesidades instintivas".⁽¹³⁾

Insiste y reitera esa idea por las dudas de que no hubiera sido debidamente atendida.

"...Respecto del trastorno antisocial de la personalidad cabe señalarse que se trata de un patrón de funcionamiento estable, apoyado en la agresividad de tipo **predatoria o deliberada**".

Impermeabilidad a los principios humanos, primacía de la satisfacción instintivo-agresiva de su conducta, agresividad de tipo predatoria. La máquina teórica que se ha puesto en juego con total y absoluta prescindencia de todo indicador empírico insinúa que estos individuos son no humanos.

.....

(13) Cabe citar acá nuevamente a Foucault: "El instinto, en efecto, permite reducir en términos inteligibles esa especie de escándalo jurídico, que sería un crimen sin interés, sin motivo y que, por consiguiente, no punible, y además, por otro lado, convertir científicamente la ausencia de razón de un acto en un mecanismo patológico positivo", en FOUCAULT, MICHEL, *El poder*, op. cit., p. 132.

Si además pensamos que para estos individuos no humanos, bestiales y animales, el mejor escenario —el más adecuado— es la cárcel, lo que se reconstruye es en el plano social una suerte de zoología. Ya no están castigados. Se los encierra en nombre de una taxonomía.

Lamentablemente no podemos citar todo el informe, porque si hay algo que realmente llama la atención es que de esta primacía, de esta violencia en todo el informe, no hay ni un signo positivo más que el paciente cuenta de un modo desafectivizado episodios de violencia que se sucedieron hace más de 31 años, 31 años que el paciente pasó en la cárcel. Y he aquí la prueba decisiva, la única que presenta el informe de todas estas afirmaciones que viene sosteniendo:

“Respecto de la esfera afectiva, se evidenció en las interacciones comunicativas la referida hipoafectividad respecto a los hechos violentos de su historial (relata que de niño tenía un perro al que le propinaba golpes violentos y frecuentes a la vez que recibía del perro un importante cariño). También surge significativo de su relato lo que refiere como la decisión de comenzar a vivir en situación de calle provisto de un arma de fuego, propiedad de su hermano, con la cual atacará luego a personas, dándoles muerte a todas ellas). El entrevistado efectúa este relato desimplicado emocionalmente de los graves hechos violentos aludidos, despojando a los mismos de gravedad en base a la consignada referencia a haber sido preso del mundo imaginario y umbandista. Sus comentarios son, al respecto, incongruentes con la situación a la par que omite o rectifica los datos suministrados ante las repreguntas sin aparente reacción emocional. La hipoafectividad antedicha no se corresponde con el complejo sintomático de las psicosis en la fase defectual, ni a una causa orgánico-cerebral dada la indemnidad de las funciones cognitivas y la ausencia de síntomas negativos”.

Demos la voz al propio Pingüino:

“En la 20 no existen las visitas íntimas. Yo considero que eh todo es a ver... todo es oxidable por así decir. Sí, una máquina se oxida y deja de funcionar. Esto es lo mismo. Uno de los primeros tiempos ‘uy qué ganas de tomarme una cerveza’ después se olvida sabe qué, se olvida hasta de... del sabor de la cerveza, y

después se olvida de la cerveza. Eh con el sexo en mi caso pasa lo mismo. Yo siempre lo he dicho yo no, no veo mujeres a mi alrededor... veo uniformes y guardapolvos no puedo verlo de otra manera. Se entiende lo que digo... no hay otra manera de verlo. Sino me rompo la cabeza contra la pared y nos dejamos de joder. O sea, si voy a vivir pensando, preocupándome y no, ya está. Supervivencia. Es difícil todos los días".

"Uno vive en un medio eh a ver... una de las grandes discusiones que yo tengo con los profesionales que me atienden es que todos dicen que yo tengo sentimientos y no los demuestro. Yo digo también, sí los puedo tener, pero este no es lugar para demostrar sentimientos. De ningún tipo. Yo siempre hay algo que digo: **yo vivo entre leones, si soy una oveja**⁽¹⁴⁾ me morfaron. Entiende ¿eso? El humano se adapta al lugar donde vive no tiene otra opción... menos nosotros. Nosotros no podemos cambiar el lugar donde vivimos, no es un jardín de infantes, es una cárcel... no lo vamos a transformar en un jardín de infantes".

"El tratamiento me ha ayudado a tomar conciencia, me ha ayudado a encontrar determinadas partes mías que precisaba por ejemplo la parte de los afectos. Que más allá que yo diga que no lo tengo, lo tengo. Pero bueno. Más allá que yo me acorace para... que yo no los expreso... por la coraza. La cárcel ha afectado mis relaciones familiares. Mi viejo me visitó durante once años hasta que fue internado un geriátrico y murió. Tuve visitas de otras personas, amigos que durante años me siguieron. Pero seguir un preso es jodido. Bah tantos años. La visita se cansa, la visita debe pensar en su familia y no en mí. Se entiende...

Más allá de las críticas a la serie de inconsistencias conceptuales y metodológicas que podrían efectuarse a las técnicas de evaluación en general, se puede sostener que este análisis en particular omite considerar que los hechos **desafectivizados** son hechos que el paciente ha tenido que relatar una infinita cantidad de veces a lo largo de los más de treinta años que ha estado en la cárcel. Se trata de una cantidad enorme de años en las cuales el paciente ha estado sometido a un mecanismo que vive

.....

(14) La lectura zoológica de la cárcel está más difundida de lo que se cree.

obsesionado por **su** explicación de los hechos. Durante esos treinta años se creó la ilusión también de que en una cierta manera de relatar los hechos estaba la clave y el signo de su salud conquistada, de su recuperación. Insistimos: más de treinta años de situación indefinida y sin que esté claro qué se espera de él. Pero al mismo tiempo sabiendo que es ilegal estar en la cárcel si está siendo tratado por una enfermedad y estando expuesto a enunciados del tipo **“hacé de cuenta que vos estás también condenado, porque estás recluso de por vida”**.

Esta insistencia a que reproduzca su versión es el correlato de una fascinación con lo monstruoso (y que la pericia no duda en patentizar) que no puede sino banalizar y limar al relato de toda marca subjetiva. La mecánica de la inimputabilidad extrae y espera algo así como una confesión, un remordimiento, los signos del arrepentimiento. Pero como cuenta el propio Pingüino no importa qué y cómo lo cuente, los hechos de todas maneras siguen pesando más. Por lo tanto no puede vivirse sino como una suerte de curiosidad morbosa la exigencia de esta insistente repetición del relato.

Por otra parte, ¿podría esperarse que alguien desarrolle en la cárcel un refinamiento emocional? ¿Luego de treinta años sin posibilidad de tener visitas íntimas, imposibilitado de contacto físico? Se sabe que la cárcel tiene por efecto estructural resentir, endurecer, concentrar y exacerbar el sentimiento de extrañeza, robustecer la fuerza de resistencia, y fabricar toda una cultura que se organiza de acuerdo a principios propios y que entran en explícita tensión con las formas de vida extramuros. El Pingüino relata el proceso de erosión al que se somete al cuerpo desde la pérdida de las impresiones, pasando por la pérdida del registro, de la huella sensorial, hasta el olvido de la cosa misma, así como relata la distancia, el esfuerzo y la pérdida de los afectos. La vida en prisión transforma radicalmente la dinámica del cuerpo y construye un mundo de signos, valores, deseos cuyo ámbito es la cárcel. La pericia —suponiendo que pudiera ser un instrumento válido— no está advertida del proceso de individuación en prisión, puesto que asume que la persona es la persona en su naturaleza con total independencia de sus circunstancias.

“Usted cree en los milagros. A ver, me he chocado demasiadas veces contra el muro hoy por hoy tenemos todos los informes buenos, informes de ustedes, informes del ministerio

de salud... pero, y bueno 'peerooo'. Los médicos forenses fueron claros: o sea mi medida de seguridad continúa porque no hay un lugar adecuado donde derivarme. Si hubiera otro lugar de medio camino hoy por hoy yo estaría afuera. Y lo dicen abiertamente los jueces. Si hubiera un lugar donde yo pudiera reincorporarme paulatinamente a la sociedad yo estaría afuera".

"En mi caso considero que a lo que llaman el común denominador de la gente, que no sé de dónde sacaron ese común denominador pero de algún lado lo tienen eh tengo mis fallas o mis problemas. Los cuales no hacen que no pueda tener una vida buena. Soy consciente de esos problemas y puedo superarlos. O sea quizá no, digamos superarlo en el sentido de cambiarlo pero sí vivir con ellos y vivir bien. Se entiende eso. El CMF actúa por cobardía al igual que el juez. Eh acá el problema no es que yo tenga demasiada enfermedad es que ellos no tienen los huevos para firmar, así de simple. No quieren tomar esa decisión. Conmigo se inventó el término de peligrosidad potencial, porque yo fui el que primero en quien inventaron eso. Que dice Pingüino no tiene ningún rasgo que diga que va a cometer de hecho algo... pero por si acaso, ante la duda, lo dejamos ahí".

Si antes nos enfocábamos en la perspectiva de la responsabilidad ahora quisiéramos pensar en qué consiste la **peligrosidad**. Punto que el Pingüino ubica y define con claridad meridiana. ¿Cómo entender que un constructo epistémico tan débil, tan indefinido, indeterminado, como el de peligrosidad potencial sea la clave del tratamiento de la condición jurídica de estos individuos? ¿Cómo explicar que sea necesario recubrir de halo científico la sensación que cada uno tiene de estar frente a alguien peligroso o que podría serlo? ¿Cómo entender también que haya seres investidos con tal autoridad que la sociedad confía decisiones cruciales a su sensibilidad, a sus impresiones? Sobre todo si uno piensa que toda la autoridad dada a la medicina para determinar esta peligrosidad es tardía en la historia de la práctica de la internación. Durante siglos no se necesitaba ningún saber especializado para saber si tal o cual era peligroso. Era un problema propio de la regulación social. Científicamente la respuesta que se escucha es tal como lo reconstruye el propio Pingüino: **la psiquiatría**

no es matemática.⁽¹⁵⁾ Justificación epistemológicamente nula si se piensa que en ese saber se juega el destino de vidas que se condenan a vivir encerradas y si se advierte que esa vaguedad del constructo se utiliza para enmascarar la razón punitiva del saber.

La ausencia de operadores empíricos es el correlato de un halo enigmático y hermético que crea la ilusión de consistencia y autoridad. Es esa ilusión, que por otra parte se lleva muy bien con la demanda siempre creciente de seguridad, la que esconde que el trasfondo de la atribución de peligrosidad hunde su raíz en la sensibilidad e impresión del médico. Sensibilidad que a su turno ha sido formada para sentirse obligada (y no responsable) frente a la sociedad. Se oculta así también esa larga historia de política económica neo-liberal que creció a costa de la vulneración sistemática de cierto sector social y que se ampara en el argumento simplista que encuentra en el individuo la causa de todos los males. Toda la discusión acerca de qué significa ser responsable, qué indicadores se tienen de que alguien ha estado consciente al momento de hacer tales y cuales cosas, de que alguien era capaz de gobernar sobre sus acciones, borra de lleno el problema estructural del delito y el conjunto de factores que la determinan y que exceden por mucho al individuo.

La escena de la interrogación psiquiátrica —por sus propias condiciones de ejercicio— presupone a tal punto la peligrosidad que no deja de reencontrarla y advertirla por todas partes. La seriedad del mecanismo, de las funciones asignadas, de las instituciones, la solemnidad de la función social que se atribuye a su detección y adecuada neutralización confluyen en darle a la idea de peligrosidad una fuerza dramática y una realidad que le falta absolutamente en términos científicos. Crean la atmósfera de la peligrosidad para acabar atribuyéndola y condensándola en la persona del entrevistado. Allí se vuelve densa y sensible para nosotros. Son el conjunto de mecanismos y dispositivos institucionales que supuestamente se destinan a combatir, responder a la peligrosidad los que crean enteramente la realidad de la peligrosidad: el conjunto de técnicas, los sistemas de interrogación, el aislamiento, el diferir de la asistencia jurídica, el aparato de reclusión, la cultura de los traslados. Cada uno de esos engranajes instala un guion social que presupone y al mismo tiempo pretende responder a la

.....
.....
(15) Si le damos importancia a este enunciado es porque, de hecho, se repite con frecuencia.

peligrosidad, la hace ver y la reencuentra insistentemente. Pero, esencialmente, la crea. La peligrosidad que se presenta como el origen y la causa del tratamiento de la inimputabilidad se realiza y adquiere su existencia real en el movimiento y los mecanismos que supuestamente se orientan a combatirla. Sin embargo —esto es claro—, la realidad institucional oculta (pero también muestra) que la peligrosidad es un diagrama (histórico, social, institucional, subjetivo) un modo de organización moral y material del ente social antes que la verdad última de un individuo. Diagrama al interior del cual ese vacío epistémico es la ocasión para dar una legitimidad, autoridad y poder a las instituciones **psi**. Entonces quizá la palabra del loco dice más de lo que tendemos a esperar de ella.

Volvamos a la palabra del Pingüino:

"Mi juez, Gordon, cada tres meses eh me mandaba digamos al forense, cada cuatro meses, tres y después de cada entrevista forense tomaba una decisión y me notificaba la decisión. Estamos dentro de los cánones de la ley. En el 2006 me presento ante él ya mal... en el sentido que lo presiono con todo lo que tenía en ese momento: explicándole que yo como enfermo, mi derecho y mi obligación era exigir el mejor tratamiento y si los forenses consideraban que veintipico de años en la 20 no habían hecho nada bueno que ellos me deriven a un tratamiento o me deriven a un lugar donde podría tratarse mi enfermedad. Era mi derecho como enfermo exigirlo. Ante lo cual el me contesta que él no consideraba que mi, digamos, mi situación fuera eterna, que estaba abierto al cambio. Él mismo me decía: 'el forense firma y yo te firmo, no tengo ningún problema'. Piden mis salidas transitorias de allí en la veinte, que yo después me entero que los forenses lo aceptaron pero que por cuestiones burocráticas no se dieron hablamos del 2006... entonces piden mi afiliación a PAMI que se consiguió años después, a partir de eso, cuando él pide mi afiliación a PAMI que fue en el 2007 principios del 2007, yo apelo la decisión de él. Y en la veinte me dicen, mirá no le apeles la decisión porque está pidiendo todo un estudio en PAMI para ver si pueden conseguir una clínica, pim pum pam, dejasela pasar. Bueno no le apelo la situación. Nunca me notificó. Sabía que le iba a apelar. Yo lo he hablado con mis abogados, porqué no me notifica, de las decisiones que toma

con respecto a la causa, y nadie me ha dado una explicación ni lógica ni han podido que me vuelva a notificar. ¿Por qué? Porque si el me notifica yo lo apelo tiene que ir a cámara. Él al no notificarme yo no tengo forma de apelarle la decisión, no tengo forma de subir a un tribunal superior. Durante seis años dejó de notificarme, sabía que le iba a apelar”.

“Yo no considero que sea el mismo, tomé conciencia de mis actos. Lo hice con los años, eh pude madurar por así decirlo. Pude creer en mí mismo y hacerme cargo de mis cosas que era algo que yo no hacía. Pero yo creo que el CMF está esperando que una luz del cielo baje, me ilumine y me transforme en San Pingüinito y no sé algo así... no veo qué es lo que pretenden. Toda persona que me conoce sabe que hubo cambios, ¡por supuesto que sí! Los mismos forenses lo ven pero más allá de eso. Hay un forense que ya hace como un año y pico que no lo veo. Y siempre que me entrevista casi siempre cuando termina dice: **‘Pingüino, ya ves que para firmarte a ti hay que tener cojones, ¿no?’**”⁽¹⁶⁾

“Cuando nosotros estábamos en la Unidad 20 en el Borda, el CMf te decía ‘noo pero esto es un hospital, con seguridad pero hospital’. ‘¿Vos me estás cargando?’ Digo es un hospital con requisa, con sistemas de entrada, ‘noo es un hospital’ me decía. Porque, porque la ley establece que el enfermo mental debe estar en lugares especializados para su atención y no puede estar dentro de cárceles. Lo establece la ley de ejecución de penas. Cuando a nosotros vinimos acá nosotros podrán decir que somos una Unidad independiente, ¡mentira! No somos una unidad independiente no somos independientes un corno, menos ahora. Y estamos dentro de los muros de una cárcel... y eso es ilegal. Porque más allá de esto, nosotros estamos dentro del Complejo Penitenciario Número 1. Pero lo cual a la justicia le chupa un huevo. Si empezamos por ahí lo mío es un granito de arena en el medio del desierto”.

(16) Este enunciado está claramente bajo el mismo signo que la frase que analizábamos anteriormente: “antes de firmarte la libertad a vos, me corto la mano”. Señalamos porque nos parece que la reiteración refuerza la dimensión estructural que se expresa en estas frases que podrían parecer menores, insignificantes.

"Todas las personas que han tratado de ayudarme pero siempre han chocado con algo que no sabemos qué es todavía yo siempre digo que estoy meado por un tiranosaurio rex han chocado, es más en mi caso la Corte Suprema de la Nación desconoce la ley de insania mental. No es que la desconoce alega que no es un caso para tratar por ellos por una cuestión así decir burocrática".

"Hay algo que siempre discuto con los profesionales que me atienden y si hay algo que yo no acepto del tratamiento psicológico es el famoso 'mire doctor tengo un problema me pasa esto...' 'Y a usted ¿por qué le parece que le pasa eso?' O sea me termino contestando yo mismo si, cuál es el problema. Y yo siempre decía bueno está bien eh ustedes quieren que yo encuentre respuestas... pero orientenmen corno, si ustedes ven que yo estoy manejando por el lado contrario en una calle y no me avisan y yo no me doy cuenta... bueno cambienmen la dirección. Entiende lo que yo digo si... ante lo cual muchas veces me contestan bueno pero nosotros no podemos influenciar la decisión de... ¡pero me cacho! ¡Si ves que me voy a estrolar contra una pared avisame!"

Se produce una suerte de cortocircuito entre la determinación de la peligrosidad, la exigencia de tratamiento, y la teoría en la que se sostiene el tratamiento. Se lo obliga a un tratamiento, puesto que se cree que hay algo que está mal en él, pero la lógica del tratamiento espera de él la construcción sobre su padecimiento, y entonces renuncia a decirle por dónde está o qué es eso que anda mal en él. Se advierte que en estas condiciones el tratamiento no puede sino girar en falso. Primero porque se espera del tratamiento una reforma del paciente en una dirección determinada que no puede dar.⁽¹⁷⁾ Segundo porque eso que dicen que el tratamiento debiera cambiar tal como lo vimos al principio se supone que no cambia por los principios teóricos que están en la base de las técnicas de evaluación. Y entonces queda siempre imprecisado qué es lo que hay que cambiar. Queda imprecisado porque lisa y llanamente no existe... es toda su personalidad la que está en juego. Si la lógica es que alguien en cierta situación no entendía o no gobernaba sus acciones

.....

(17) Véase *Tampoco son tan pobrecitos* en este mismo volumen para un análisis detallado de este punto.

porque estaba descompensado lo esperable es que se acompañe el proceso de descompensación. En esta dirección claramente hay herramientas clínicas que permiten que alguien se compense. Pero no, no se trata de eso, se trata de que se pide un cambio sustancial de naturaleza que es imposible por el planteo mismo del problema. También es cierto que un tratamiento tiene mucho para ofrecer en materia de pensar y operar modificaciones en lo que han sido la serie de las imposibilidades en la vida de alguien. Y lo puede ofrecer aún en situaciones tan adversas como esta. Pero debe estar claro que la situación de indeterminación es un obstáculo al tratamiento. En estos pequeños detalles se revela la porosidad y capilaridad de la estructura que pone al tratamiento al servicio de la punición. Por eso y tal como dice en lo que sigue, hubiera sido preferible que se lo condenase.

“Considero que fue algo que no pude evitar en su momento que no tenía conciencia de ello. Que tendría que haber podido evitarlo. Una disociación de la realidad, yo vivía en una película todos los días. En su momento muchos forenses dijeron que había un desdoblamiento, brote psicótico con desdoblamiento de la personalidad. Creía que vivía en un mundo de pedos. No tenía conciencia de lo que pasaba a mi alrededor y no me interesaba y eso no paró cuando estuve detenido siguió y siguió durante muchos años”.

“No tengo forma de explicar cuál es la traba judicial vuelvo a decirlo si yo hubiera estado condenado simplemente por los hechos, yo hace quince años que estaría afuera. Porque es lo que marca la ley. **La ley para el inimputable no existe.** Yo me reí mucho: cuando detienen a ese que había violado y asesinado a este violador que hace guitarras que fue el primer caso con el que Gordon se lo quiere juzgar públicamente por haberlo liberado. A Gordon le hacen una entrevista en televisión. El tipo dice, ‘yo cumplí con la ley ¿sí? Yo cumplí con la ley, yo estoy obligado a darle la libertad porque reúne los requisitos pim pum pam, pim pum pam’. Y en esa entrevista el tipo dice: ‘Bueno si no quieren que yo suelte a violadores como este declárenlo 34 y listo. Yo con la medida de seguridad sé que no, no...’ Pero lo dijo abiertamente y en televisión, en canal 9 fue. Me la agarre a las puteadas con el televisor”.

Habría mucho para decir sobre "la ley para el inimputable no existe". La filosofía contemporánea ha dicho mucho acerca de la paradoja de una ley que se sostiene en el acto mismo de su suspensión. Ricardo Forster, comentando *Homo Sacer* lo dice con claridad: cuando la totalidad de la vida queda encerrada en la órbita del Estado y de sus políticas de "salud pública" lo que adviene es el horizonte de una despiadada intervención de lo estatal sobre unas vidas que se vuelven, literalmente, nuda vida, es decir, vidas sometidas al arbitrio de una instancia superior que puede determinar el sentido de sus existencia o, más grave aún, de sus muertes.⁽¹⁸⁾

La ley, pensada en su condición de límite, no es sólo aquella instancia que acalla, reprime, refrena, objeta. Es sobre todo, la condición necesaria y negativa para seguir deseando, afirmando y viviendo. El arbitrio es siempre el escenario indeterminado donde ya nada puede pasar, ni significar, ni constituirse.

2.2 | Caso 2. El Acertijo

Más de veintisiete años dentro de la institución penitenciaria sujeto a una medida de seguridad. En este caso se ilustra con claridad el vacío y la interrogación insistente que se produce alrededor de qué motiva al juez a sostener su encierro. Se muestra hasta qué punto la indeterminación de la situación produce un núcleo vacío en relación a qué se espera de él, de qué manera podría eventualmente demostrar que ya no es él mismo.

"Y qué consecuencias tuvo, digamos, declararme inimputable a mí, ¿no cierto?... eh, yo sentí, sentí totalmente, ¿no es cierto? yo prefería ¿no cierto? que a mí se me habría juzgado por lo que se me acusó ¿no cierto?, y no se me declarara inimputable. Porque yo creo ¿no cierto? que hay personas que están juzgadas, tal ¿no cierto? realmente peor que yo ¿no es cierto? personas que están enfermas de verdad y están juzgadas, condenadas, condenadas a montones de años entiende, están cumpliendo una condena y después terminan de cumplir su condena y se van yo no estoy de esa forma de esas personas. A mí me de-

(18) FORSTER, RICARDO, *Notas sobre la barbarie y la esperanza*, Bs. As., Biblos, 2006, p. 95.

clararon inimputable que es como arruinarme, me arruinaron la vida. Yo me sentí que me arruinaron la vida... Yo creo que una persona inimputable para declarar a una persona inimputable tiene que tener una crisis tiene que estar mal. Y hay que tratarla muy bien para decir, terminar de decidir vos sos inimputable y vos vas a tener este artículo y vos vas a ir ahí a hacer tratamiento y lo vas a hacer de esta manera. Me entiende... no declararme inimputable y dejarme adentro de un régimen común, 'total ya está con el 34', y ponemos una medida de seguridad y lo dejamos ahí. Porque parecía, [que] era una molestia para ese... para el juez era una molestia de largarme en libertad ¿no cierto? porque parecía condenarme... ponele que con toda la furia a mí me daban siete años y ya, me iba en libertad. Pero me declararon inimputable y me dejaron adentro, hace 19 años que yo no tomo medicación psiquiátrica. Descanso bien, yo siempre estoy durmiendo, me levanto siempre a la mañana con un buen humor con un buen día, no ando agrediendo a nadie, no ando haciendo giladas, no ando haciendo facas, no ando haciendo nada ¿no cierto? no me lastimo yo, no intento nada ni con un ni con otro, ni con mí mismo, ¿no cierto? para nada. Trato de aconsejar al otro que lo haga... (...) yo no lo entiendo un inimputable no tiene que estar en la cárcel, puede estar en otro lado, con custodia, de otra manera, pero con otra clase de tratamiento, con otra clase de gente ¿me entiende? (...). A mí lo que me está afectando es que no me dan una oportunidad, que es lo que estoy pidiendo, de lograr ¿no cierto? de hacer un tratamiento en otro lado, de hacer un tratamiento ambulatorio cumplir con el tratamiento hasta el último día que diga la justicia y poner mi grano de arena si me tengo que presentar en tal lado. "A usted se le vamos a dar esta oportunidad se tiene que presentar todos los viernes acá en la municipalidad y el lunes se tiene que presentar en tribunales".

"Yo lo cumpliría porque yo sé que lo voy a cumplir y 'Si usted no lo llega a cumplir, usted lo metemos de vuelta adentro' Pero darme una oportunidad, ponerse la justicia ¿no es cierto? en el lugar de la persona que está pidiendo una oportunidad. Porque no es la misma persona de aquella vez, ha cambiado, he **escarmentado** ¿me entiende? ¿Cómo puede ser que vamos a

tener una persona y nunca le vamos a dar una oportunidad si no sabemos si cambió si no le damos una oportunidad? Acá supe, claro, pero si no le damos una oportunidad como sabemos si va, si no va a hacer lo que eh... yo pido de seguir un tratamiento y de un apoyo de tratamiento por el intermedio de la justicia de seguir haciendo un tratamiento en la calle, cumplir con el tratamiento a rajatabla, lo que me digan pero que me den una oportunidad. Si tengo que ir a limpiar todos los días al tribunal, o hacerle tostadas todos los días al juez iría para cumplirle, demostrarle que yo cambié, que yo no soy la misma persona que él tuvo aquella vez que a mí me pasó, que me pasó algo en un momento y ya jue [sic]".

"Si yo hubiera sido inimputable en el momento que a mí me declaran inimputable y me habrían llevado al lugar que correspondía yo no estaría diciendo estas cosas en este momento. ¿Me entiende? No toda la justicia, cierta parte, ciertas personas de las justicia, hay gente que funciona bien y hay gente que funciona mal. Y a esa gente que funciona mal yo creo que hay que rastrear acorralarla y no meterla presa pero hacerle hablar el porqué, el porqué toman esas decisiones no cierto de esa manera".

Retomemos algunos de los elementos que consideramos significativos de lo dicho hasta aquí y separémoslos a los fines expositivos y veamos si se trata en realidad de dimensiones interdependientes:

La primera cuestión que surge es la diferencia entre haber sido condenado y la declaración de inimputabilidad. Cuando alguien es condenado cumple su condena. La condena según el delito se encuentra definida entre un plazo máximo y mínimo, estipulados de antemano. Esto es tan así que muchos internos saben durante su proceso —antes de haber sido condenados— cuánto se les dará de condena. La decisión del juez se moverá al interior de esos márgenes, según lo que ya está reglamentado. Se sabe que la cárcel funciona como una escuela del delito y sin embargo no importa cuanta certeza se tenga que alguien saldrá y volverá a hacer lo mismo, cumplido el plazo, queda en libertad. Es cierto que existen estrategias que funcionan para acortar los plazos, pero el límite máximo está indicado desde el comienzo. En cambio, la medida de seguridad queda

únicamente a merced de la decisión del juez. Se vale de ese grupo de técnicos que son el CMF para decidir sobre la peligrosidad. Pero su voluntad no está limitada, sujeta a ninguna reglamentación exterior que marque los más y los menos. Esto tiene algunas consecuencias.

En este testimonio una de ellas queda a la vista. Es la aparición de un centro problemático al interior de la subjetividad: **¿qué se espera de mí?** O más precisamente ¿qué espera el juez de mí? Bajo esta condición no es raro, ni extraño que alguien pueda producir estos enunciados: que es una **molestia** o que se propone hacerle tostadas al juez o que podría **limpiar el tribunal**. Son todas respuestas que pretenden tocar directamente la carne, la satisfacción, el capricho, la soberanía del juez. Respuestas que se ofrecen servilmente a ella en signo de reconocimiento. Se ha fabricado una voluntad sierva, esclava, que se experimenta, define y cualifica a sí misma alrededor de una lógica del reconocimiento y el poder.

Se supone que el paciente está haciendo tratamiento por su condición mental o vaya uno a saber por qué, pero la situación misma de la medida de seguridad por su estructura interna crea enteramente el problema a tratar. La certeza de que su destino se juega alrededor de lo que el juez, y subsidiariamente el cuerpo de técnicos que acompañan su decisión piensan acerca de él, crea y fabrica un problema enteramente artificial. En este sentido estar sujeto a esta condición ilimitada, vacía de contenido que es la voluntad del juez, constituye un obstáculo para todo tratamiento posible. La incertidumbre repliega sobre ella la totalidad de lo que uno es y será. Entonces el problema deja de ser **¿Qué pasó que en tal o cual situación no he podido responder por mí mismo, he estado fuera de mí, me he dejado llevar?** sino ésta otra martirizante y neurotizante: **¿Qué se espera de mí?** Es esto lo que pide insistentemente que se le diga: porqué se hace esto con él, en qué se funda la decisión del juez. Ese centro enigmático puede funcionar perfectamente como la ocasión para que alguien pueda pensar que hay razones encubiertas para que eso suceda. Desde esta perspectiva, esta estructura operaría dando **consistencia** a cualquier posición paranoica, megalómana, o conspirativa.

Es esto lo que también explica la aparición en su discurso de un sintagma que expresa y revela toda la contradicción que estructura la inimputabilidad: **he escarmentado**. Se supone que estas personas están o debieran estar en tratamiento pero resulta que están en la cárcel. Y es que bajo

estas condiciones está claro que el tratamiento no puede ser vivido sino como un castigo y una prueba espiritual. Una prueba cuyo objetivo, cuya meta se mantiene en suspenso. Formalmente no se los castiga porque no son punibles, pero de hecho se los somete a un conjunto de técnicas y procedimientos que solo pueden vivirse como castigo.

Por eso es muy distinto pensar que la tarea como Dispositivo de Tratamiento es tratar a las personas o tratar al síntoma que en ella se expresa. Puesto que el síntoma excede por mucho a la persona está multi-determinado e implica intervenciones que atiendan a cada uno de esos niveles.⁽¹⁹⁾

"(...) Ser inimputable me ha quitado la oportunidad, me ha quitado la oportunidad, yo veo que me ha quitado la oportunidad. Porque si fuera que yo ¿no cierto? estoy mal, estoy tirado, estoy perdido en tiempo y espacio ¿me entiende? Yo no estoy perdido en tiempo y espacio. Gracias a Dios. Yo me siento una persona común y corriente hay otras personas que están en la calle que parece que están peor que yo, lo veo en la misma en la televisión... yo quiero una oportunidad. Y así como la pido para mí la pido para otros que están en la misma situación".

"Lo que entiendo ¿no cierto? es que como decir eh, que declarar una persona inimputable, le pusieron una traba ¿me entiende? Pero utilizando otro tipo de herramientas que no se usan dentro de la América Latina ni en el... en otras partes del mundo sí se usan: Digamos una herramienta de **una pena de muerte en vida**. Lo está utilizando no digo toda la justicia en general, digo cierta parte de la justicia como decir ciertas partes personas... como **tener algo en personal con una persona** y utilizamos, utilizamos de esta manera matarla de a poquito en encierros y en inimputable. Y en regímenes comunes cuando no dice en ninguna parte de la ley, y en ninguna parte de ley del mundo que pueden tener una persona inimputable declarada inimputable con artículo 34 en regímenes carcelarios y en complejos penales... a donde ande se están creando manicomios modernos. Yo lo veo de esa manera".

(19) Ver en este mismo volumen MATTEO, FERNANDO y VITALICH, PABLO, "Tampoco son tan pobrecitos".

Retomemos de este párrafo dos elementos: por un lado, la figura misma habilita el desarrollo y la producción de hipótesis paranoicas "tener algo en personal con una persona". La lógica de la inimputabilidad permite que alguien piense que lo que se tiene con él es personal. Lo cual como lo hemos venido viendo es en parte cierto, puesto que la decisión está en la persona del juez. En la persona del juez y en las fuerzas que sobre él inciden y a las que se siente obligado a responder. En segundo lugar, simplemente quisiéramos hacer notar como en su tonalidad propia vuelve a aparecer este punto que también se había manifestado a propósito del caso del Pingüino: la idea de que la inimputabilidad es una **traba**. El Pingüino se refirió a ella en términos de "candado". La medida de seguridad no es vivida ni como tratamiento en salud mental, ni como proceso de justicia, sino como mecanismo de anulación y eliminación de la subjetividad. Por eso la idea se refuerza bajo la suposición de que el trasfondo es que esta es la manera de efectivizar la **pena de muerte** y es así como se experimenta y siente.

"(...) Para mí es frustrante que no se solucione algo para que yo esté cerca de mi familia... para mí estar cerca de la familia... mi familia yo le hablo por teléfono y se quiebra, se quiebra toda mal entonces... yo no... por ahí no puedo ni siquiera hablar por teléfono, lo puede decir la misma asistente social, se quiebra mi madre, mis hermanos, se quiebran todos mal entonces yo prefiero por ahí no... hacer hablar por la asistente social de enterarme cómo están ellos... y porque estoy lejos que no se soluciona lo mío, no se resuelve lo mío, ¿cuántos años más? ¿qué pasa? ¿porqué no se termina?... ¿entiende? Un abogado me dijo que hubieras matado cien sacerdotes te tienen de la manera que te ha tenido. Y te tienen... así me lo dijo. **Yo creo que la inimputabilidad tiene que tener un tiempo. ¿Para qué van a tener una persona de por vida? sino para eso... ¿para qué van a tener una persona sufriendo de por vida inimputable, declarado inimputable sufriendo y matándolo en vida de a poco a poco cuando pueden utilizar una ley de estados unidos utilizar una letal 'y hasta luego'? ¿Me entiende? Yo si a mí ¿no cierto? dijeran, en este momento, dijeran 'eh Acertijo mire la solución suya es una letal'. 'Bueno gracias por haberlo solucionado, por haber terminado de solucionar mi problema y no estar esperando tanto más'. Estar dispuesto, estar dispuesto a aceptar... mi familia también lo va a aceptar ¿entiende? porque mi familia**

una vez le dijo... mi familia fue a tribunales y dijo 'de última póngale algo y entréguemelo por lo menos lo voy a tener cerca de mi casa y lo voy a visitar a una... ahí a una tumba y le voy a llevar unas flores a mi hijo, pero entréguemelo' le dijo mi madre al juez. Así le dijo con esas palabras... el juez no dijo nada. Para mí esta gente quiere que yo me muera en vida y esto no existe en ninguna parte del mundo, **matar a una persona en vida**. Y más inimputable y en regímenes carcelarios... ni en mi cabeza yo que soy la persona enferma inimputable dentro en mi cabeza tener una persona inimputable enferma en un régimen carcelario... yo no lo he visto jamás en mi vida... **es algo monstruoso**".

"Hace que no veo un defensor voy 22, voy para 23, hace 21 años que no veo un defensor oficial. A mí me dicen tenés, tenés un defensor oficial en Córdoba pero no sé cómo se llama, ni sé qué color es, a mí nunca me visitó nadie de Córdoba. Durante los años que yo estoy acá jamás me visitó nadie. Ustedes me mandaron a hacer pericias psiquiátricas, ustedes me mandaron a hablar con un forense, ustedes me mandaron a hablar con un legista ustedes me hicieron ver con un digamos abogado del Ministerio ustedes me hicieron ver con este abogado de acá y otro abogado que fui a ver allá... Gente de ustedes y gente del servicio, fueron las gentes que me hicieron ver ¿no cierto? en el tratamiento con gente de la justicia ¿no es cierto? pero de allá de Córdoba jamás vino nadie. Como decir tomá te mando, te mando este celular de regalo, de regalo en una caja y si algún día se te rompe bueno fijate si lo podés arreglar y si no lo podés arreglar tiralo por ahí... **que a nosotros no nos sirve más**. Una cosa así me entiende como decir una pelotita de ping pong que se cansaron de... la tiraron para acá y la dejaron. La abandonaron. Yo me siento, no me siento abandonado de ustedes, me siento abandonado de otro lado, me siento abandonado, digamos desprotegido de la parte de la justicia de Córdoba porque digamos ¿cómo puede ser? Fui entrevistado el anteaño y la forense habían dado el okey y ¿no cierto? que yo fuera devuelto de se tenía que hacer el tratamiento fuera devuelto en Córdoba que me lo hicieran en Córdoba cerca de la familia nunca contestó, ese informe nunca lo contestó el juez después se acuerda que PRISMA también había mandado un informe también a

donde yo podía estar que había dos o tres lugares en Córdoba que había cama donde yo podía hacer tratamiento todo, tampoco lo contestó. Nunca contestó nada. Siento que... no sé, me gustaría que se expidiera Córdoba de mí yo sé que al expedir... ellos no se quieren expedir ni quieren dar resolución. Yo creo que la justicia tiene un tiempo porque no podés tener una persona todo el tiempo que vos quieras. Cuando ya digamos si vamos, si lo vamos a juzgar por el caso por el tiempo que llevo, llevo más de cuarenta años con el dos por uno. Si vamos por la parte de inimputabilidad hace montones de años digamos me lo dio el Dr... el alta en la veinte. Veinte años de medida de seguridad con tratamiento psiquiátrico y sin tomar medicación. No me quería poner a la altura suya pero ¿Cómo se sentiría usted, cinco segundos, que haga 20 años que lo tienen declarado inimputable y usted no le dan una solución y lo tengan lejos de la familia ni le quieran dar acercamiento familiar? ¿Cómo se sentiría, cuando usted no tiene causas federales? Tiene causas provinciales. Es muy difícil, muy difícil soportar día a día, hora a hora, minuto a minuto y segundo y segundo. Es muy difícil, es muy difícil tenés que ser muy fuerte de espíritu... tenés que ser muy potente, tener una potencia total y un espíritu que ¿no cierto? no te puede quebrar. Yo veo otras personas que llevan dos o tres días, o dos o tres meses o o cuatro cinco años, diez años... y uno se pone a pensar cómo se corta, cómo se ahorca, y uno lo habla yo llevo 20 pico de años muchacho, no te puedes quebrar, yo también sé por la parte el Pingüino... lleva un montón de años, lleva un montón de años. No es fácil cuando uno sabe por lo que... se escribió de la justicia que uno no tiene que estar en este lugar, por lo que se creo el libro de la ley... si hay algo escrito... ¿quién lo escribió? digamos en el año 1800... parece que esto es ley propia. Me alejaron, me despojaron de todo”.

Habría que analizar en algún futuro qué significa que aquellos que heredan el peso, la carga, y el estigma teratológico encuentren **monstruoso** el estar encerrado bajo estas condiciones. Que su vivencia de la monstruosidad y lo horroroso nazca ante la máquina conceptual y administrativa destinada a **ocuparse** de ellos. Que allí encuentren el horror que suele atribuírseles. Experiencia abismal y monstruosa, aislamiento afectivo, producción de su sí mismo como resto, residuo y desecho material. No es extraño en estas

coordinadas se oscile sobre el fondo de la pena de muerte. Pero la pena de muerte aún no lograría acallar la pregunta que perfora e insiste con fuerza verdaderamente enloquecedora: **¿Por qué?**

"El tratamiento lo hago porque lo pide la justicia, ¿no cierto? porque yo vengo hablo pero después ¿no cierto? de ahí en más voy, sigo ahí adentro y sigo en la misma rutina de todos los días, y la rutina de toda la semana de que me tiene que ver el psicólogo, el psiquiatra y bueno y seguimos así hace, **hace veinte años...** seguimos de esta manera. Y eso es lo que yo... me preocupa que no, no haiga, haiga una mejoría de decir... "mejoró esto Acertijo... qué te parece, mejoró esto? Te parece a vos, ¿mejoro esto? Cuando diga bueno sí, mejoró, pero en qué es lo que mejoraría para mí en que se determine, que esté cerca de la familia o que por lo menos se diga 'bueno hasta acá llegó... bueno se resolvió esto: tenés que hacer tratamiento allá... tenés que hacer este tratamiento ambulatorio acá... o esto en otro lado'. Eso resolvería en mí, decir 'bueno avanzó esto... hizo un paso más' pero mientras tanto hace veinte años que estamos en esto, mañana se va usted no cierto mañana viene otro. Pasado se va el otro y viene otro. Y así van pasando y van pasando".

No es mucho lo que se puede agregar, es difícil decirlo de un modo más claro. El conjunto de imprecisiones, contradicciones e inconsistencias que atraviesan toda la medida de seguridad expone a estas personas a tratamiento infinitos de más de veinte años, a lo largo de los cuales los tratantes van pasando. Ven, escuchan y pasan. Como un zoológico o un circo. Han relatado infinitas veces y luego los técnicos firman: **desafectivizado**. En todo ese tiempo no hay ninguna instancia que diga pasó esto, pasó lo otro, pasa esto, que registre materialmente las diferencias producidas en el individuo. Está claro que cada tratamiento habrá hecho su análisis y habrá sacado sus conclusiones y habrá signado los progresos y las detenciones. Pero mientras estos progresos, estas detenciones no hagan una diferencia ni impliquen modificaciones de la situación judicial, pierden toda consistencia. Estos individuos están sumergidos en un ámbito liso que tiende a vaciar de sentido cualquier proceso de subjetivación. Alcanza sólo con pensar lo difícil que es mantener la brújula y el horizonte de valor para los propios profesionales para empezar a intuir la inercia masiva a la que se enfrentan estas vidas.

3 | A modo de conclusión

El sentido de este trabajo, como lo hemos dicho al comienzo, es empezar a dar a luz estos testimonios. No hemos podido evitar comentar y señalar algunos elementos que considerábamos cruciales a los fines de ilustrar el complejo engranaje conceptual y administrativo que gobierna sobre las personas declaradas inimputables. Pensábamos que los testimonios cobrarían fuerza y vivacidad sobre el trasfondo de estos señalamientos.

Al mismo tiempo, esos elementos constituyen focos sobre el cuales hay que operar modificaciones a los fines de dar otra salida al problema de inimputabilidad. No podemos volver sobre cada uno de ellos. Pero de modo un poco grueso podemos decir lo siguiente: todos ellos requieren revisar el tipo de vínculos que se establecen entre el sistema judicial, el discurso de la salud mental y los mecanismos punitivos. La Salud Mental no puede ser un instrumento de normalización. Pero es un asunto complejo porque, en definitiva, obliga, de un modo **derivado**, a operar una revisión profunda de los principios mismos que están en la base de las prácticas punitivas en general: qué es castigar, para qué castigamos, qué producimos cuando castigamos. En el escenario actual, hablar de salud mental en la cárcel designa necesariamente un proceso, un movimiento, una misión de transformación. Quizá la clave, para no dejar el asunto indeterminado, sea que la salud mental pueda operar como una instancia que, entre sus múltiples funciones, pueda escuchar en qué consisten las dificultades —las imposibilidades que, en todos sus niveles, afectan a un individuo y las escenas en las que sus posibilidades vacilan—, elaborar estrategias y crear posibilidades allí donde la solución parece ser encerrar o soltar. Atender a la serie de esas imposibilidades es una opción radicalmente opuesta a la práctica de atribución de identidades y de sometimiento de los individuos a un mecanismo abstracto que, pretendiendo disciplinar e informar individuos, acaba construyendo una zona social y jurídicamente vacante. En este sentido, es un elemento más que puede funcionar intentando desarmar la situación actual pero cuya fuerza y potencia estará dada por la posibilidad de conectarse con movimientos que se orienten en la misma dirección desde otros ámbitos. No es ella sola la que vendría a resolver lo que es un problema social y político extremadamente complejo.

Para nosotros está claro que esa expectativa futuroológica depositada sobre el saber **psi** es, primero, infundada, y segundo, engañosa. Construye la idea de que los problemas están localizados en tal o cual individuo.

Recordémoslo: en nombre de ese saber nos permitimos dar un tratamiento degradante y humillante cuando se supone que eso es lo que estamos previniendo. De paso, borramos la complejidad de los problemas a los cuales nos enfrentamos.

Habría que empezar por deconstruir esa demanda que exige que gobernemos sobre el azar y que busca responsables para lo que podría eventualmente suceder. Habría que analizar las fuentes de ese pedido antes que intentar sostener la ilusión de que tal poder existe. Es cierto que nuestro saber parecerá un tanto más modesto, pero por eso mismo nadie podrá ser responsable por lo posible. Eso es imposible.

Por último, abandonar la exigencia de controlar lo imposible nos dará un margen de libertad para ensayar soluciones que no estén subtendidas por el principio de impedir y limitar —al punto de la anulación— para proteger; un margen de libertad que falta absolutamente cuando se está en la situación de postergar infinitamente una resolución por miedo a lo que podría suceder.

Culpabilidad y exclusión social

por JOSÉ A. BUTELER⁽¹⁾

I | Introducción

Comprobado el injusto, tanto en el tipo objetivo, como en el subjetivo y como puente o nexo vinculante con la individualización judicial de la pena para el caso concreto, debe verificarse conceptualmente si se dan las exigencias necesarias para la atribución de la responsabilidad penal a su autor.

Es decir, del examen de comprobación de culpabilidad, elemento éste de la teoría jurídica del delito, que ha mantenido a través del tiempo genéricamente su denominación, aunque muchas veces abarcada en expresiones tales como atribuibilidad, responsabilidad, etc, pero que es y ha sido, campo de disputa de las más variadas perspectivas y formulaciones dogmáticas e ideológicas, al punto que esta diversidad en orden a su contenido y significado, ha marcado y marca de manera indeleble toda la evolución del saber jurídico penal.

2 | Juicio de reprochabilidad por el acto

No es el momento aquí de pretender fundar y argumentar la posición y convicción personal de la cual parto para darle contenido y alcance a la exigencia de culpabilidad. No se trata de posturas personales, ni de

.....
(1) Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ha sido profesor titular de derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba y de Derecho Penal de la UBA. Profesor permanente en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Rosario. Ha contribuido activamente en la redacción de sucesivos proyectos de modificación al Código Penal de la Nación Argentina, leyes especiales y el Código Procesal Penal de Córdoba.

concepciones antropológicas a decidir por el dogmático o doctrinario. En el estadio actual de nuestra ciencia, necesaria y obligatoriamente debe partirse para ello, de los principios de jerarquía superior, que productos del progreso de la cultura humana e incorporados en los pactos internacionales se han proyectado e incorporado en nuestra Constitución Nacional.

Desde el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reza: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia...", más todos los Tratados Internacionales en la materia, se parte de una concepción antropológica que reconoce y ampara en el individuo un ámbito de autodeterminación de su comportamiento, como única base axiológicamente posible para reprocharle un acto y en su caso, imponerle un castigo.

Las hoy arcaicas postulaciones del determinismo positivista, que negando capacidad de decisión en el ser humano, intentó sustituirla por la peligrosidad, como parámetro de atribución de la pena al autor material del hecho, hasta diversas y contemporáneas posturas, muy variadas, que utilizan la culpabilidad como categoría funcional o basándose en ficciones o presunciones normativas ante lo que pregonan como imposibilidad de probar esa capacidad de autodeterminación del hombre, encuentran hoy allí, su refutación.

Pero no es caprichoso este entramado de declaraciones corporizadas en esas normas superiores. Responde a la experiencia continua, permanente, de pleno contenido valorativo, que gobierna en los hechos la continua y fluida interacción social, dando por supuesta la existencia de un espacio de autodecisión en el gobierno de los actos humanos.

De allí, racionalmente debe derivarse, que toda consecuencia negativa que el derecho adjudique a una persona, sobre todo el castigo, sólo puede fundarse personalmente en un reproche por haber obrado en contra de la norma, que conlleva necesariamente la aptitud y posibilidad concreta de haber actuado conforme a ella.

No puede haber culpabilidad sin reproche personal e individualizado. Ese reproche, es y deber ser límite infranqueable y condicionante de la calidad y cantidad de la punición.

No hay ningún principio, interés, ni valor social, que pueda sustituir el cuidadoso y exigente proceso de comprobación que permita el reproche individual por el acto concreto que se somete a proceso. No hay razón de Estado, ni seguridad social, ni tranquilidad pública, ni función estabilizadora de las expectativas normativas y credibilidad en el derecho, que pueda sacrificar al individuo que no ha tenido en el caso concreto la debida aptitud para autodeterminarse en favor de una exigencia del derecho. Sólo debe responder en la medida y en el grado de esa aptitud.

Mas ese ámbito de autodeterminación, base del juicio de reprochabilidad, en forma alguna puede hoy, a esta altura de evolución de las ciencias del hombre, afirmarse como un dogma de libre albedrío, que entendido como una capacidad ilimitada, atemporal, abstracta y totalmente liberada de todo límite o condicionamiento, responda a una idea absoluta.

Cada hombre es en sí mismo, distinto a todos los demás hombres, distintas son sus circunstancias, y es en esencia un ser que va siendo en el mundo, y como tal distinto en cada tiempo.

Por ello, es que constituye un axioma inmodificable, ya consagrado en nuestra Constitución Nacional, desde sus orígenes, hoy ampliamente explicitada por la reforma de 1994, y los pactos Internacionales elevados a igual categoría jerárquica, el principio de culpabilidad por el acto contra el que específicamente se ha iniciado proceso penal.

El juicio de reproche que la culpabilidad contiene, debe recaer como límite infranqueable a la punición, sobre el injusto debidamente circunscripto y precisado. Todo lo demás está proscripto, por las normas de superior jerarquía.

No puede haber jamás reproche que lo exceda. Es flagrantemente antijurídico fundar el reproche o la graduación cuantitativa del castigo en la peligrosidad como un pronóstico de futuros comportamientos, ni una "mala conducción de vida", ni menos, en aspectos o rasgos de la personalidad.

Importante elaboración conceptual y dogmática del principio de culpabilidad por el hecho propio, considerando flagrante contradicción con la Convención Interamericana de Derechos a un derecho penal fundado en la peligrosidad y demás atributos de la personalidad del autor, desarrolla

la sentencia de la Corte IDH en la causa "Fermín Ramírez vs. Guatemala", del 20/06/2005.

En oportunidad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado dispuesta en el art. 52 CP, en caso de reincidencias múltiples, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Gramajo, Marcelo E. s/ Robo en grado de tentativa", formalizó fuerte reafirmación del principio de responsabilidad penal basado en reproche de culpabilidad por el acto propio como principio condicionante de toda punición (CSJN 05/09/2005).

Sosteniendo en analítica argumentación la proscripción de la "peligrosidad" y del derecho penal de autor del sistema normativo constitucional argentino, con expresa cita de esa sentencia de la Corte IDH dictada meses antes.

3 | Gradualidad y auto-responsabilidad del Estado en el reproche

Trasciende de manera clara la noción desprendida de la experiencia, de que ese ámbito de autodeterminación, necesariamente aparece condicionado en los márgenes de su actuación.

Es, por el contrario, derivado del hombre concreto, situado en el mundo, distinto a los demás y a sí mismo, en su devenir, el reconocimiento de un ámbito de autodeterminación, acotado y enmarcado en sus circunstancias particulares, y en consecuencia, de que la capacidad para conformar su obrar conforme a la norma, se relativiza y adquiere característica de gradualidad. No es que exista totalmente o no exista, sino que existiendo en cada caso concreto, debe tenerse en cuenta en el reproche las condiciones en que el acto se ejecuta, y el mayor o menor debilitamiento en la aptitud para comprender y motivarse en la conciencia de antijuridicidad.

La culpabilidad así entendida, con un mayor o menor grado en concreto, constituye condicionante insuperable de la cantidad y calidad del castigo.

Por ello debe responder a las consecuencias de un mayor reproche, quien por sus condiciones personales y circunstancias de tiempo, lugar y persona

que forman la constelación en la que se decide ir contra la norma, posee más capacidad de autodeterminación por su posición social, cultural, y de integración. Mientras que el juicio de reproche debe ser menor, para el débil, vulnerable y marginal, que ha tenido menos oportunidades y alternativas de fortalecer su yo, frente a las exigencias del derecho.

Lo contrario, necesariamente, conduce a la sinrazón de un reproche a un hombre abstracto, en una situación abstracta, y al juicio de reproche en una relación estática, unidireccional, desde el Estado hacia el acto del autor, en una concepción transpersonalista, autoritaria, y que al tratar igual a los distintos, viola sin lugar a dudas de manera elemental los principios vertebrales de la Constitución, criminaliza, y en mayor grado, a aquél que menos ha recibido, fortaleciendo a niveles graves, como dato insoslayable de la realidad, la notas de selectividad y estigmatización del sistema penal, que deslegitiman el castigo con el que amenaza y dispensa el Estado.

“La cuestión está en las repuestas que da el sujeto y por lo tanto, en la contrapartida de que le puede exigir como repuesta el Estado al sujeto; es decir siempre responsabilidad, desde esta perspectiva es igual a exigibilidad. Y el tema entonces a discutir en definitiva, es qué le puede exigir el Estado a una persona dada en una circunstancia dada (...) es un tema de interacción y de relación, y por lo tanto quien tiene que responder también es el Estado...”.⁽²⁾

El Estado de Derecho Democrático y Social, y en particular en nuestro país, ha asumido obligaciones inalienables e intransferibles de asegurar las elementales condiciones de vida, desde la infancia, consagrándose así constitucionalmente, su amparo, protección y desarrollo, sobre todo en aquella más débil y desprotegida; vivienda digna; salario justo y empleo, educación, salud, y un adecuado medio ambiente.

Es su responsabilidad. Si no quiere o no puede cumplirlo, debe hacerse cargo en el juicio de reproche, cuando esa falencia haya debilitado la capacidad de actuar conforme a la norma penal, para así, asumiendo su cuota, morigerar y disminuir, y en su caso, excluir el castigo.

(2) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Hacia una construcción Latinoamericana de la Culpabilidad”, Conferencia Plenaria del XI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología- Montevideo, en Revista de Derecho Penal, n° 12, Montevideo, 2001, p. 165.

El Estado puesto al servicio de la realización de las personas en ese rol constitucional de garantizarle a cada uno, dentro del límite de sus funciones, un espacio y ámbito para el desarrollo libre de la personalidad en las condiciones mínimas de la dignidad personal de cada uno, no puede quedar afuera en el juicio de reproche, debe asumir también su responsabilidad en el fracaso total o parcial de sus deberes, en relación a la persona concreta, por el acto de ésta.

Los repertorios jurisprudenciales en los distintos órdenes provinciales y nacionales, dan cuenta de decisiones judiciales, especialmente con la avanzada doctrinaria y jurisprudencial de la última década consistente en el robustecimiento de los principios de jerarquía constitucional por la CSJN, en ese sentido y dirección.

Elocuente paradigma constituye la sentencia de la Cámara del Crimen con asiento en la Ciudad de Córdoba, en autos "Romero Mario Fernando y otros s/ robo agravado", dictada en Sala Unipersonal a cargo del Juez Dr. Alberto Crucella el 20/05/2005, y en la Tercera Cuestión, consideró atenuante que Romero:

"...ha sido un chico de la calle, sin ningún tipo de contención afectiva. Prácticamente analfabeto y abandonado en su infancia, recorriendo distintos institutos de Menores, Romero es una muestra más del fracaso de la familia, del Estado y de la Sociedad, donde ninguno supo, quiso o pudo educarlo. Recuérdese más que nunca aquello de educa a los niños y dejarás de castigar a los adultos".

4 | Ubicación dogmática

Es entonces la culpabilidad, el elemento de la teoría jurídica del delito, donde se debe formular el reproche conforme a esos patrones y estándares constitucionales, que necesariamente condicionan y constituyen límites infranqueables al momento de la aplicación cualitativa y cuantitativa del castigo.

Y ese reproche debe ser de culpabilidad por el acto, con toda la estrictez que exige la Constitución, y teniendo en cuenta la persona concreta, en

ese acto específico, en relación al grado de aptitud para motivarse en la norma, conforme esa relación dinámica de dos polos, entre el Estado autorresponsable y el ciudadano sometido a proceso.

Cuando la pena conminada por el legislador, en su mínimo, no guarda la debida y exigida proporcionalidad con la culpabilidad del agente a criterio del Tribunal, las decisiones jurisprudenciales han ofrecido dos alternativas:

El Juez, en ejercicio de su control de constitucionalidad difuso —para el caso concreto— declara su inconstitucionalidad, y gradúa el castigo penal por debajo de ese tope.

O siguiendo la línea de pensamiento sostenida por autorizada doctrina nacional, otorgan al mínimo de la escala penal con que conmina la figura el legislador un valor indicativo o directriz: “que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con estos”.

Este último criterio, ha alcanzado alto desarrollo conceptual, en el Voto de la Dra. Angela Ledesma-Punto IV.c), avalado por detallado análisis bibliográfico, en la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal dictada el 16/04/2013, causa 16.261, en autos “Ríos Mauricio David s/ Recurso de Casación”.

Raúl Eugenio Zaffaroni, en su obra conjunta con Slokar y Alagia, sostiene y afirma que la idea de co-culpabilidad de la sociedad pese a significar un notorio progreso es insuficiente en varios sentidos.

Proponiendo como categoría dogmática una síntesis entre el juicio de reproche debidamente individualizado y el reproche del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad. Partiendo de incorporar en el desarrollo conceptual teórico, un altísimo nivel de selectividad criminalizante.

“...el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor, y en su caso, operar como principal indicador de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre

éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad...".⁽³⁾

Con el respeto que merece la propuesta científica de autores de tanto prestigio, sostengo la línea de pensamiento y elaboración conceptual aquí propuesta como contenido del reproche de culpabilidad, individualizado y gradual.

Pues, como sostiene Juan Facundo Gómez Urso:⁽⁴⁾

"...aún proponiendo un esquema distinto al de Zaffaroni, Alagia y Slokar, pueden mensurarse en forma legítima tanto la vulnerabilidad como la selectividad y el esfuerzo, pero como componentes propios de la culpabilidad por el acto, sin desmerecer su desarrollo dogmático ni su rendimiento práctico".

5 | Conclusión

En la elaboración dogmática es tarea urgente una inversión del polo a través del límite infranqueable de la responsabilidad penal, que cuando la capacidad de reacción a la norma está intensamente disminuida por la situación y posición de alta vulnerabilidad proveniente de marginación social, económica o cultural, la sociedad asuma su responsabilidad y el riesgo, y no continuemos un proceso de exclusión social —como es el castigo— estigmatizando a los sectores más desprotegidos y vulnerables y en donde la gravedad y violencia intrínseca del sistema penal los condena aún más al dolor y al deterioro de sus posibilidades de realización y dignidad personal.

Mucho tenemos que hacer para la construcción de modelos efectivos, en donde sepamos pararnos frente a esta ola de exigencias, donde la prevención general para la confiabilidad en la norma es instrumentada,

(3) AA.VV., *Derecho Penal. Parte General*, Bs.As., Ediar, 2005, p. 509.

(4) GÓMEZ URSO, JUAN F., Culpabilidad, vulnerabilidad y pena. Disensos respecto de la culpabilidad por vulnerabilidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 11, año II, diciembre 2012, p. 34.

ni más ni menos, que en la confiabilidad de los sectores hegemónicos, enfatizándose un proceso de exclusión, en vez de ampliar un proceso de incorporación social y promoción humana.

Hay que dar el salto cualitativo. Es obligación del Estado y sus funcionarios del Ministerio Público y jueces, pero por supuesto también, con gran responsabilidad, de profesores, académicos, y estudiantes en su formación, no profundizar aún más a través del derecho y el saber penal, el proceso de exclusión social que ya es una realidad grave y estructural.

La ciencia del Derecho Penal, nació inspirada en principios republicanos y de división de poderes de la ilustración, como condicionante a ese fenómeno del castigo y la punición. El saber penal, debe ser un contrapoder en relación al poder Estatal de castigar, para racionalizarlo en su aplicación, y acotar sus efectos de deterioro y degradación en la personalidad del justiciable. Esa es y debe ser la toma de posición del jurista, conforme las exigencias constitucionales.

Constituye un valioso aporte a esta línea de argumentación y pensamiento el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, redactado por la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación mediante resoluciones 303/2004 y 136/2005, que en su art. 8° consagra a la culpabilidad por el acto, como estándar para la determinación de la pena, en su proceso de individualización judicial, y expresamente, en su inciso b), señala la necesidad de valorar en cada caso concreto la gradualidad del reproche al autor, conforme:

“...la mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, la capacidad de decisión y la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir, especialmente la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, y sus demás circunstancias personales, económicas, sociales y culturales”.

La paranoia ante la ley

Un caso de homicidio reiterado

por JAVIER O. CABELLO⁽¹⁾

I | Introducción

Con el fin de evaluar cómo se proyecta la dinámica de la personalidad en el entorno social donde se desenvuelve y el modo como eclosiona, se desarrolla y cristaliza la enfermedad en un franco delirio persecutorio, analizaremos en los términos del art. 34, inc. 1° CP un caso pericial de homicidio reiterado.

2 | Breve reseña histórica

Hasta aproximadamente el año 1768 el vocablo “paranoia” describía las enfermedades que la sociedad de aquel entonces denominaban “locura”, o más aún, como individuos poseídos por el demonio, a quienes debían exorcizar para la salvación de sus almas.

En aquel año, el gran maestro alienista francés Bossier de Sauvages le otorga al trastorno una credencial conceptual, sin bien vaga, próxima a los criterios actuales, refiriéndose a aquellos “enfermos melancólicos que constantemente se encuentran aferrados a una preocupación delirante siempre que se trate de sí mismos o de una situación, pero que razona con acierto sobre otros asuntos”, señalando como ejemplo a Don Quijote de la Mancha,

(1) Médico Psiquiatra. Médico Legista. Médico Forense de la Justicia Nacional. Jefe de Servicio del Hospital Borda. Profesor de grado y de posgrado de Psiquiatría Forense y Psiquiatría Clínica de diversas universidades.

siendo su principal característica la lógica de sus afirmaciones, que no serían grandes disparates si no partieran de falsas premisas, atribuyéndole a la enfermedad la imposibilidad de que el sujeto pueda desprenderse de una idea sobrevalorada cargada de afecto, por lo cual sus actos no se encuentran libres, ya que permanecen sujetos a la idea que domina todo el pensamiento.

En su evolución histórica, el estudio de la paranoia se divide en los aportes de la escuela francesa y alemana, centralizando la primera su cuerpo doctrinario en la clínica del cuadro; y la segunda, en la interpretación patogénica de los síndromes paranoicos y paranoides.

2.1 | La escuela francesa

Como integrante de la escuela alienista francesa, Esquirol le otorga al concepto de monomanías de tipo intelectuales propiedades relacionadas a erróneas interpretaciones y a alucinaciones, asociaciones viciosas de las ideas y absurdas convicciones que condicionan la conducta del enfermo.

Lasegue, en 1852, describe el delirio de persecución, colocando el acento en un síntoma que se encuentra en otras psicosis, sin ocuparse en la búsqueda unitaria para la psicosis sistematizada.

Falret, en 1872, describe un cuadro donde sobresale el delirio sistematizado de persecución en el que señala cuatro fases en su evolución, interpretativa, alucinatoria, sensitiva y estereotipada con ideas de grandeza, cuya descripción correspondería en su estructura a la parafenia (delirio crónico)

La escuela francesa, más preocupada por la descripción clínica que por la génesis de la enfermedad, aísla el delirio sistematizado de la monomanía, individualiza y separa a la psicosis sistematizada de persecución y de grandeza de otros cuadros delirantes, apartando Serieux y Caprás (1910) de la paranoia alucinatoria un delirio de interpretación que se asemeja, en su contenido, a la paranoia de Kraepelin.

2.2 | La escuela alemana

Griesinger (1872) propone que la paranoia es un sistema secundario en la evolución de las enfermedades psíquicas, consecutivas a una perturbación

de la afectividad con un paulatino desarrollo de un delirio de persecución o grandeza consecutivo a un acceso de manía o melancolía, acompañado o no de alucinaciones, que evoluciona a la demencia si la enfermedad no se detiene en su marcha hacia el periodo terminal.

Westphal aporta a la evolución histórica del concepto de la paranoia los trastornos de la comprensión formando parte de la génesis de la enfermedad.

Cramer define a la paranoia como una psicosis funcional simple, caracterizada por la enfermedad de la comprensión, ejerciendo los afectos un papel secundario.

Estos autores determinan que para la diferenciación clínica de esta enfermedad no basta la definición de síntomas o episodios aislados, sino que en los casos semejantes hay que tener en cuenta la génesis, el curso y la terminación, conjuntamente con una interpretación global de los síntomas clínicos.

2.3 | Kraepelin, su concepto

Kraepelin es quien le otorga a la enfermedad su identidad clínica evolutiva, aceptada por la mayoría de los autores, definiéndola como “una psicosis caracterizada por el desarrollo de un delirio sistematizado crónico, inmutable, de evolución lenta, producto de causas endógenas, concomitante a una perfecta lucidez y orden del pensamiento, voluntad y afectividad” permaneciendo indemnes las funciones perceptivas, comprensivas y mnésicas, salvo si reciben directa influencia del delirio.

Este autor descarta de plano las alucinaciones, y bastan ellas para declarar al cuadro impuro y perteneciente a otro tipo de enfermedad que puedan presentar contenidos paranoides del pensamiento, como por el ejemplo, la parafrenia y esquizofrenia paranoide.

Asimismo, separa de la paranoia todos los delirios por causas externas o psicógenas, ya que el delirio brota de causas internas inherentes a una personalidad predispuesta, aunque se considera imprescindible la existencia de una causa externa para desencadenar tales delirios.

Supone que la paranoia es la consecuencia del “desarrollo de una personalidad anormalmente predispuesta”, donde las ideas delirantes serían variables en cada caso.

2.4 | Escuela Americana

La escuela de psiquiatría americana utiliza, con fines clasificatorios, la escuela europea, particularmente la perspectiva kraepeliniana y sus formas clínicas.

2.5 | Características generales del delirio

Se caracteriza por la sistematización y coherencia entre sus contenidos, donde las contradicciones no existen. Las ideas delirantes no carecen de lógica, son entendibles y razonablemente creíbles, hasta pueden discutirse, pero lo anómalo surge a partir de sus falsas premisas, las cuales el enfermo no confronta.

Estas falsas premisas se encuentran incorporadas a la personalidad paranoica (como adjetivo), integrada, entre otras cualidades psicológicas, por vivencias autorreferenciales, orgullo desmedido, sobrevaloración del yo, envidia, temores, suspicacia, desconfianza, falseamiento de los recuerdos, fenómenos psicológicos generadores de delirios persecutorios, de grandeza, de celos, entre otros, desarrollados lentamente a lo largo de la vida.

2.6 | Módulo de pensamiento paranoide

Integrado al marco del pensamiento de la escuela americana con matices de la europea, surge como tema central de investigación aquella forma de pensar paranoide común a la mayoría de los trastornos paranoides.

Estaría conformado por un sistema de referencia donde el paranoide tendría una “opinión total” sobre la vida que constituye la base de gran parte de sus pautas de conducta.

Shwarstz describe lo que denomina “el enfoque paranoide de la vida”, refiriéndose al modo de vivenciar lo nuclear de la existencia del paranoide, cuya mirada contamina y deforma el orden natural de las relaciones humanas.

Klein opina al igual que Shwarstz cuando describe la “posición paranoide” ante la vida de la que, a su vez, derivarían otras características paranoides.

Sullivan señala igualmente el “sesgo paranoide de la vida” como algo que impregna la existencia del individuo.

3 | Pericia. Homicidio reiterado

Como punto de pericia, el tribunal solicita responder sobre el art. 34, inc. 1° CP.

3.1 | El hecho y sus circunstancias

A finales de los 80 en una oficina sita en la Capital Federal, C. D. de 72 años de edad, hiere mortalmente a balazos al dueño del local y a su hijo, con la absoluta convicción de creer al primero involucrado en un complot para perjudicarlo en una venta no efectuada de un departamento propiedad de la víctima.

Adviértase que los dos únicos encuentros que sostuvieron entre ellos se produce dos años antes cuando van juntos al departamento en venta y en la Escribanía durante la frustrada escritura.

3.2 | Antecedentes personales

Antecedentes biográficos y psicopatológicos a través del relato del imputado, familiares y allegados (amigos, hijo, esposa y empleados).

Nada ayuda tanto al conocimiento del delito como al de la propia historia vital del autor.

3.2.1. Primera Etapa

Nacido en Italia. A los tres años de edad fallece su madre biológica, a quien recuerda como una persona extremadamente cariñosa y protectora, características comentadas por una vecina muy ligada a su familia, que cumple el rol de madre sustituta “como mi ángel guardián que me protegió durante toda la vida”.

El padre, al ver desamparados a sus dos hijos, contrae segundas nupcias, enviudando nuevamente a los seis meses de haber contraído matrimonio.

Hasta aquí los recuerdos infantiles son intrascendentes, es más, diríamos que son evocados con felicidad, con un cierto dejo de nostalgia.

A partir de este momento, según sus dichos, comienza un verdadero "vía crucis", que marcará su personalidad con huellas indelebles durante todo su desarrollo vital.

Como la profesión del padre, constructor, no permitía atender a sus hijos, decide contraer nuevas nupcias con una hermana de su segunda esposa, quien influye drásticamente en su futura personalidad y los rasgos que lo van a caracterizar.

Tan "traumática y tormentosa" fue la relación con su segunda madrastra que sus recuerdos hacia ella se encuentran matizados con los siguientes términos: "monstruo execrable de mujer", "bestia apocalíptica", "abominable mujer" y con relatos de castigos corporales y morales que al evocarlos "le producen aún hoy escalofríos".

Al regresar el padre de la guerra europea, contrae por cuarta vez nupcias al fallecer la anterior mujer.

Este matrimonio no se efectúa tanto por el afecto correspondido, sino por un contrato implícito donde la Sra. se encargaría de los quehaceres domésticos y la educación de sus hijos, mientras él, proporcionaba protección y bienestar económico.

Este nuevo matrimonio, el encausado, que por aquel entonces contaba aproximadamente con diez o doce años de edad lo esperaba con muchas ilusiones ya que pensaba tener una madre distinta a las anteriores, afectiva, cariñosa, protectora, en fin, "una verdadera madre". Esta confianza depositada fue como si "firmara la condena a muerte"

Aquí hace una comparación con Nerón, en la que refiere "que aquella puerca mujer no estaba mucho de Nerón" ya que ni bien casada, se hizo dueña de la situación, siendo una tirana para con su persona, donde se

repiten castigos físicos y morales, estafando además al padre en los negocios que este mantenía con esfuerzo y devoción.

Como último acto de la tragedia, se siente obligado a emigrar a Roma, relatando el cuadro "horripilante" en donde la madrastra amasando unos tallarines, "se pasó las manos por los mocos", al ver tal cuadro se retira a comer a la casa de un tío y se le impone la idea de irse para evitar "tamaña proeza de aquel execrable monstruo que le tenía asco como madrastra y luego como puerca".

En Roma convive con un hijo de la "madrastrita" de escasos recursos, quien tiene privilegios en las encomiendas que ésta le mandaba.

Una vez culminado el Servicio Militar, obsesionado por la incompatibilidad de carácter con la madrastra y con el hermanastro decide, a los 21 años de edad, emigrar a la República Argentina. Antes de fallecer, el padre lo deshereda "por influencia de mi hermano menor que dominaba a mi padre, siempre quiso dominarme y perjudicarme".

Todos estos conflictos, que no pudieron ser superados por vías normales, lo impulsan a emigrar de su país y lo hace a nuestro país, donde logra estabilizarse en un trabajo y conformar una familia posteriormente disuelta por el fracaso como cónyuge y padre.

3.3 | Génesis de la anómala personalidad

Desde entonces se atisbaban signos de una personalidad anormal caracterizada por:

3.3.1. Miedos y desconfianza

Se cuidaba de no dar la espalda a la gente para evitar ser dañado, particularmente en el acto de comer, donde se colocaba de frente para no ser sorprendido por imaginarios y eventuales agresores, miedo al daño corporal y a la oscuridad que perduran hasta la actualidad.

El acto repulsivo real o sobredimensionado, que para el caso genera el mismo resultado, visualizado en la madrastra originó un cuidado excesivo en su higiene y la de los alimentos ingeridos y sus contenidos. Lo

interesante es que a tantos años del incidente, en la prisión, continuaba con los mismos rituales, desconfiaba como si estuvieran contaminados con extrañas sustancias.

3.3.2. Odio y resentimiento

Nacido a raíz del desamor y maltrato de sus madrastras, que a su vez, sirvieron de plataforma generadora de futuras agresiones al medio.

3.3.3. Sentimiento de inferioridad

Compensado más tarde por una actitud de orgullo, sobrevaloración de sus capacidades, agresividad y querulancia, como respuestas comprensibles al trato recibido en los primeros peldaños de su vida.

3.3.4 Segunda etapa

Una vez instalado en la Capital Federal, comienza a trabajar como maquinista teatral, desempeñando la misma actividad en diversos cines de la Ciudad.

Gracias a sus conocimientos de dibujo técnico, ebanistería y a su inteligencia innata, se emplea durante once años en una casa de escenografía como jefe de la sección decoración. Toda esta experiencia acumulada le permite independizarse, trabajando con mucha fortuna en un taller de confección de telones, relacionándose con importantes empresarios de cine y teatro, obteniendo un considerable bienestar económico hasta su jubilación en el año 1972.

A los 44 años contrae matrimonio, naciendo de esta unión su primogénito, quien, ante los maltratos de su padre, decide irse a vivir al sur.

La madre, por similares motivos, también decide separarse bajo instancia judicial.

3.4 | Se consolida la anómala personalidad

Los atisbos de la personalidad anormal observables en su infancia, se potencializan y cristalizan en su condición de padre de familia y con todo aquello relacionado a los quehaceres laborales y sociales.

3.5 | Relación con la familia y allegados

Estas relaciones, donde el despotismo muy próximo a la tiranía y las desconsideraciones para con su mujer e hijo forman parte de la vida cotidiana, lo trasladan, cambiando el sentido de la realidad a sentirse víctima y no victimario, postulado que regirá en lo sucesivo sus actitudes frente a la vida.

El orgullo alcanzaba a tales extremos que, sobrevalorándose, no permitía contradicción alguna resolviendo todos los problemas a su favor, empleando la fuerza y las presiones psicológicas. Incluso, si sus requerimientos no eran aceptados, recurría metódicamente a las denuncias policiales o amenazas.

Como ejemplo de lo antedicho contamos con los siguientes hechos extraídos mediante las declaraciones testimoniales obrantes en autos, a los cuales, entre otros, designaremos como signos, a saber:

3.5.1. Signo de la escopeta

La ex esposa refiere "que por una discusión que no tenía razón de ser la amenazó con una escopeta".

3.5.2. Signo del Tribunal de Menores

En este caso, el hijo señala que en una ocasión "cuando contaba alrededor de doce años había dejado una herramienta de mi padre en un lugar equivocado, provocando su ira, al punto de que valiéndose de una linterna comienza a golpearme, por lo cual para cubrirme de la golpiza, levanto los pies para protegerme, golpeándolo accidentalmente en la boca", circunstancia que insta al imputado a efectuar una denuncia a la policía como víctima e iniciar una causa en contra de su hijo en el Tribunal de Menores de la Plata.

3.5.3. Signo del la máquina de escribir

Nuevamente el hijo, evoca que: "cuando yo tenía alrededor de nueve años de edad estaba jugando con un carretel de una máquina de escribir que corrí sin querer, mi padre reaccionó mal castigándome a golpes por lo que hice".

3.5.4. Signo del jardín

Continúa recordando, “cuando tenía ocho años, estaba en el jardín de casa con papá, como estaba jugando, sin querer rompí una plantas, se enfureció muchísimo y empezó a pegarme hasta que intervino una de mis primas para que deje de hacerlo”.

3.5.5. Signo de la comida

“Uno de los motivos por los que papá agredía a mamá era la comida, exigía que cuando llegara al hogar estuviese lista pese a que no tenía horarios fijos para regresar, ocurría lo mismo cuando no tenía las prendas lavadas y planchadas, o sus pertenencias se encontraban desordenadas”.

3.5.6. Signo del presupuesto

La esposa recuerda que: “mi marido se sentía perjudicado por un cliente porque no le pagaba una cantidad de dinero que le pedía pero no estaba en el presupuesto”. La discusión tomó tal forma que ella intervino diciéndole que no podía exigir algo que no estaba escrito, y él terminó amenazándola con matarla adelante del vecino.

Todas las declaraciones concluyen calificando al actor como un individuo violento, prepotente, muy orgulloso, temperamental, agresivo, desconfiado, que sobrevalora sus propias capacidades, decía de sí mismo que era perfecto, cuando discutían luego lloraba como si se arrepintiera, pero no aceptaba razonamientos.

3.6 | Relación laboral y social

En esta esfera, adquiere relevancia capital el orgullo desmedido, egocentrismo, desconfianza, sentimiento de daño y perjuicio, reivindicado que lo transforma en un individuo potencialmente peligroso.

3.6.1 Episodio de la carpintería

“Había comprado dos armas, una escopeta y un revolver. Como pensaba que lo habían estafado, decía que iba a matar al socio. Se enteró por terceras personas que su padre había concurrido armado a arreglar un asunto laboral, y como la otra persona accedió no sucedió nada” (ratificado por el encausado durante el examen presencial).

3.6.2. Episodio del empleado

"A un empleado amenazó con matarlo por pretender independizarse tomando un trabajo por su cuenta, pensando que pretendía sacarle un cliente. Al fallecer el empleado se alegró de la muerte, señalando que se lo tenía merecido por querer traicionarlo".

3.6.3. Episodio del teléfono

El actor relata el entredicho con una señora dentro de un negocio, a quien denuncia en la Comisaría del barrio: "En ese momento, estaba al teléfono una señora hablando por el aparato y tras ella había otras tres, ella con toda comodidad sin aceptar el orden pone el auricular en manos de una criatura, yo que estaba nervioso en la caja adquiriendo cospeles, alterado por la tranquilidad de la cajera al cobrarme y ver el espectáculo pasmoso que esta señora hacía gala con el teléfono del servicio público, yo exclamé: ¡mire lo que hay que aguantar a esta altura de la vida! La señora morena de particular con demencia me gritó ¡cállese la boca!, yo le contesté quién era para hacerme callar la boca, replicó ¡cállese la boca o lo llevo a la comisaría!, le contesté: el que va a la comisaría voy a ser yo, porque no le falté el respeto, usted me lo faltó a mí. Luego de hablar, me dirigí a la Comisaría 3° para radicar la denuncia, puesto que hay muchas personas que se hacen pasar por policías".

3.6.4. Episodio de la lavandería

Debajo de su departamento, luego de una de sus mudanzas, instalaron una lavandería de la cual surgían vapores fétidos que lo molestaban, iniciando una denuncia en la Municipalidad de Buenos Aires. Como no tenía respuestas, fue a reclamar durante seis meses dos veces a la semana, amenazando con iniciar un juicio si no mandaban rápidamente una inspección, circunstancia, dice: "que pusieron nerviosos a las personas que integraban el consorcio y algunos vecinos, que dejaron de ser personas gratas para mí, vendiendo por esos motivos el departamento de mi propiedad".

3.7 | Terreno predisponente

Todos estos signos y episodios confirman una alteración estructural de la personalidad donde sobresalen el falso orgullo, la sobrevaloración de sus propias capacidades, exaltación afectiva, narcisismo desmesurado, reacciones coléricas, tozudez ridícula, egocentrismo, desconfianza, deformación de

la realidad (paralogía), en virtud de la cual se siente perjudicado respondiendo con agresividad desmedida, amenazas, denuncias a la policía, actitudes reivindicadoras; conformando lo antedicho el terreno fértil donde germinará la futura trama delirante que culminará en el trágico y fatal desenlace.

Todas estas características configuran un trastorno conocido con el nombre de personalidad o constitución paranoica descrita por Kraepelin, o "Trastorno Paranoico de la personalidad" según las clasificaciones contemporáneas, y tipificada por Genil Perrin bajo el título de tetralogía paranoica, constituida por falso orgullo, paralogía, desconfianza y trastornos conductuales.

No solamente por lo expuesto, sino también en los escritos correspondientes obrantes en autos efectuados por C. D. queda ampliamente ratificada la personalidad anteriormente descrita.

3.8 | Antecedentes psiquiátricos

No se detectan antecedentes psiquiátricos de relevancia pericial.

3.9 | Estado psíquico al momento del examen

3.9.1. Lucidez sensorial

Se encuentra perfectamente conservada, pues justamente su estructura delirante requiere esa lucidez para conservar su capacidad paralógica mediante la cual interpreta tendenciosamente los hechos que inciden en su vida de relación.

Buen nivel intelectual y cultural, apasionado por la mitología griega y cultura romana, la cual despliega en cada uno de sus escritos, parafraseando a algunos de sus pretores o emperadores.

3.9.2. Orientación

La orientación se encuentra conservada en todas sus formas.

3.9.3. Memoria

La memoria se expresa mediante una franca hipermnesia evocativa, donde los acontecimientos que protagoniza son relatados con abundancia de

detalles y datos, ya que de ellos deduce o infiere significaciones capciosas que luego las pone en circulación como verdades incontrovertibles.

A ello se suma las paramnesias donde, por las características de su personalidad, deforma y altera los recuerdos y, a veces, los sustituye por construcciones elaboradas por su mente que luego las niega como propias. Niega rotundamente que la relación con su esposa e hijo presentaban características donde sobresalían el despotismo, las agresiones físicas y psicológicas; es más, atribuye a su hijo y esposa ser unos delincuentes que estando todavía en prisión lo quieren estafar para quedarse con la pensión. Niega también la veracidad de los testimonios obrantes en autos recogidos durante la instrucción, acusándolos al Secretario y al Juez, de cómplices.

Este trastorno puede identificarse como una forma de mendacidad patológica o deformación de la realidad, caracterizada por ser inconsciente y servir incondicionalmente a las tendencias egofílicas, persecutorias y reivindicatorias del imputado.

3.9.4. Características del delirio

Desde el punto de vista cualitativo el psiquismo se encuentra invadido por un delirio crónico que adopta las siguientes características psicopatológicas, a saber:

- Rígido e irreversible.
- A mecanismo interpretativo.
- Estructura sistematizada.
- Forma paralógica de razonar (razonamiento falso).
- Centrífugo: se proyecta hacia el mundo exterior, alcanzando a su núcleo familiar, social y laboral.
- Contenido delirante de daño y perjuicio, persecutorio, querellante y reivindicativo.
- Perseguido perseguidor: el delirante en vez de recluirse se "vuelve" contra aquellos a los que considera sus perseguidores, utilizando para ello lo más patológico de su personalidad.
- Etiología endógena, constitucional, no existe causa orgánica.
- Evolución crónica.
- Dirección centrífuga agresiva.

- El juicio se encuentra desviado: no existe conciencia de enfermedad, menos aún autocrítica y rectificación de los contenidos delirantes de su pensamiento.
- Interpretación delirante: el interpretador adapta la realidad a sus deseos y temores.

Los acontecimientos siempre tienen una "significación personal".

Las deducciones pueden ser verosímiles o inverosímiles, pero siempre ligado a un hecho exacto. El delirio de interpretación es la más convincente de las locuras.

Utiliza preferencialmente los más mínimos incidentes, una mirada, una sonrisa, un gesto, un movimiento, una duda, sirven de pretexto para las interpretaciones más imprevisibles.

La interpretación de las coincidencias es un juego en el cual se complace el espíritu perspicaz del interpretador. Entre dos hechos distintos, establece una relación de causalidad si estos hechos despiertan su atención o emoción. La perspicacia se ejerce, principalmente, sobre todo hecho que cualquier hombre sensato juzga por insignificante.

3.9.5. Esfera afectiva

Aquí predominan la sobrevaloración yoica, el egocentrismo, el orgullo desmesurado, la desconfianza, suspicacia y ansiedad paranoide.

No se encuentra arrepentido del delito, no tiene conciencia del mismo como una acción enfermiza; sólo ha hecho justicia por sus propias manos.

Todo sentimiento parental, amistoso, gregario, que no se encuentre relacionado con su "yo hipertrofiado" escapa a su esfera instintiva afectiva.

3.9.6. Esfera volitiva

Tendencia a reacciones impulsivas y coléricas, particularmente con aquellas personas que interpreta como desafiantes a su patológico modo de vincularse en su vida de relación.

4 | Psicogénesis delictiva. El por qué del crimen

Se destaca que la narración de los hechos realizados por el imputado en el expediente son ratificados plenamente durante el examen presencial.

4.1 | Factor desencadenante. Palabra clave

En uno de los párrafos de sus declaraciones, el imputado refiere que después de haber concurrido al departamento de la futura víctima para concretar la compra, regresan junto a éste y una empleada de la inmobiliaria registrándose el siguiente diálogo “al llegar baja la joven y yo, al observar que XX no bajaba del automóvil le pregunto por qué no lo hacía y aquel le dijo que era un hombre muy ocupado, que se atendiera con la dueña de la inmobiliaria que era confidente de él”.

A partir de este vocablo “confidente” comienza bajo el influjo de sus falsas interpretaciones a enhebrar una red donde es la víctima de un complot conformado por hechos y personas que están decididos a estafarlo y dejarlo en la calle.

Esta fugaz relación con la víctima, el actor la relata de la siguiente manera: “al principio no me llamó la atención ese encuentro pero con el transcurso del tiempo, cuando no podía recuperar el departamento, recordé la palabra ‘confidente’, para mí esa fue la clave que ratificaba todas mis sospechas, todos los integrantes de la inmobiliaria eran testaferros de XX, el último fin era estafarme, él era el jefe de la gavilla”.

4.2 | La sospecha se cierne sobre los abogados participantes

Continuando con esta red de interpretaciones, es interesante mostrar como ejemplo del paralógico, razonar la acusación que el encausado eleva contra el abogado de un estudio y sus colaboradores, letrados en el litigio iniciado contra la dueña de la inmobiliaria.

Dice: "ya sospechaba que el letrado y sus socios se habían vendido a la otra parte". Sobre este hecho comenta que todos estaban comprados por XX, tomando conciencia de esta acción por signos reveladores, como la actitud dubitativa del letrado al no entregarle el expediente con la demanda para que continúe gestionándose por medio de otro estudio jurídico: "la letrada me quiso dar la carpeta (imita el movimiento de entregar y retirar la carpeta de la mano) y luego se arrepintió guardándola en un cajón, algo estaba ocultando".

A lo anterior se suma, como signo de complicidad entre los letrados, al hecho de que uno de ellos no quiso aceptar la causa por ética profesional. "No quiso aceptar por que estaban arreglados con XX", quien se encontraba ajeno a las querellas del encausado.

Todas esas sospechas se consolidaron cuando un gestor oficial verificó que al dueño del departamento lo habían excluido de la causa por indicación de su letrado anterior. La realidad indicaba que si existía alguna responsable, sería la inmobiliaria o, en su defecto, la culpa recaería en él o en una financiera que no le había otorgado el crédito para poder escriturar.

4.3 | La eventual complicidad envuelve al Juez de la causa

Una vez consumado el delito, ya en prisión, su delirio se extiende hasta alcanzar al magistrado interviniente en la causa.

Refiere por escrito y defiende verbalmente la convicción de situación del secretario del Juzgado como participante del complot, incorporándolo como integrante de una gavilla encabezada por la víctima, ya fallecida.

Escribe: "me dirijo a VS con el fin de que investigue la actuación del secretario Dr. L."; en otros párrafos, señala: " esta es mi declaración y no lo que el Dr. L. hace figurar en el escrito, muy seguro que tomó drástica medida contra mí habiendo con suma maestría sustituido magistralmente la hoja que no tiene mi firma, eso me da la pauta que desea proteger a alguien y habiendo estudiado mi forma de ser desprevenida en firmar aproveché la ocasión".

"Le reitero a Vuestra Señoría que el Dr. L. está jugando con mi integridad como atentaron la gavilla capitaneada por XX (...) le repito Vuestra Señoría

que aquí hay todo un turbio y nada claro proceder de parte del Dr. L., quien demuestra un evidente interés de proteger a alguien, perjudicándome a mí”.

5 | Concreción del delirio y epílogo

Todas estas interpretaciones delirantes se subliman en la persona de la futura víctima, a quien atribuye la responsabilidad de todo lo ocurrido, eliminándolo luego de dos años y seis meses de elaboración delirante, con la imperiosa necesidad no sólo de un desquite, sino del castigo de los culpables, sin sentirse delincuente ante tamaño crimen, sino hacedor de justicia.

Luego del hecho se encontró en sus ropas una carta dirigida a la justicia, donde justifica su crimen de esta manera: “Hoy es el día que he decidido hacer justicia contra uno de los principales autores que me redujeron a la indigencia junto con la inmobiliaria XX y otros. Como la justicia es muchas veces injusta he determinado hacerlo por mi medio. Perdónenme esta decisión arbitraria pero no había otra salida. Me despido de la justicia con la mayor dignidad. Firma C.D.”.

En otros de sus escritos, solicita “que VS no me de el título de delincuente, puesto que solamente he hecho justicia cuando la misma no ha respondido a mis pedidos”.

6 | Valoración psiquiátrico-forense de la conducta homicida

Ahora bien, ¿es posible admitir que una persona que tiene conciencia plena de su crimen, que no sólo solicita disculpas a la justicia, sino que también planifica, delibera, utiliza un medio idóneo para llevarlo a cabo y ejecuta a sangre fría a dos inocentes víctimas, pueda realmente estar ajena a la comprensión del alcance criminal de sus actos y del libre ejercicio de su voluntad, al punto de ser declarado inimputable?

Es indudable que algunos de los incidentes relatados por el imputado han sido verídicos y que algunas deducciones que realiza encuentran justificación en acontecimientos reales, pero lo que choca con la realidad, lo que

es absurdo al sentido común, son las interpretaciones que realiza sobre los hechos por él protagonizados y del fraude supuestamente organizado por la inmobiliaria y la víctima; es más, se deduce que la operación no se concretó por falta de garantías para otorgarle el crédito (C. D. firma el boleto de compra y venta pero no lleva todo el dinero al momento de escriturar, exigiendo que se concrete la venta pese al faltante).

La connivencia de los letrados, la complicidad del secretario, la intriga de la esposa e hijo para perjudicarlo y apropiarse de sus bienes, las continuas estafas para con su persona, resisten toda demostración, escapa al sentido común y al orden natural de las cosas, y si admitimos como cierto lo supuesto por el actor, lo morboso residiría en la obstinación insensata a continuar la querrela, en lo absurdo del crimen, en sacrificar sus bienes, en comprometer su porvenir, en perderlo todo, fruto de una posición indefendible.

Al promediar su curso, el delirio cambia de dirección, se siente acorralado, incomprendido, traicionado por la Justicia, entonces decide acudir a sus propios medios para hacerse justicia. Se arma de un revolver y con él en el bolsillo, enfrentará a sus enemigos; agredirá antes de ser agredido y toda persona que afecte sus intereses delirantes, caerá bajo la sanción, si no de los hombres, por lo menos de Dios.

6.1 | Las características del doble homicidio no guardan relación con las causas determinantes del mismo

Estas circunstancias discordantes pueden atribuirse a factores patológicos de índole personal del imputado, clínicamente encuadrado como paranoia o síndrome delirante crónico, susceptible, en términos del art. 34, inc. 1° CP y del apartado biológico, de incluirse como alteración morbosa de sus facultades mentales.

6.2 | Responsabilidad criminal

Determinar la responsabilidad criminal, en los casos que sea incriminado un enfermo de esta naturaleza, donde se valora el crimen desde la mirada de magistrado, es un proceso de compleja resolución; más aún, cuando

el experto le informa conforme a su ciencia y arte, que pese a planificar el hecho, a utilizar los medios idóneos para hacerlo, a conocer su conducta contraria a la normas legales y estar íntimamente convencido de hacer justicia (recordar la esquila redactada al juez), el imputado es un enajenado mental, y de suyo incapaz de valorar correctamente su conducta y ejercer el libre ejercicio de voluntad.

Respondiendo a lo antedicho, y con el fin de otorgarle a nuestro magistrado cierta tranquilidad de espíritu, señalamos, que: el imputado se encuentra afectado por una psicosis delirante crónica, denominado también "Paranoia", "Locura Razonante" o "Síndrome Delirante Crónico" con predominio persecutorio y querellante.

La psicosis delirante de este tipo, juntamente con las psicosis esquizofrénicas y las anormalidades psíquicas englobadas como trastornos de la personalidad, son las que, con mayor frecuencia, plantean intrincados problemas psiquiátricos forenses que se reflejan en los dictámenes contradictorios y en la reticencia de los jueces en materia de inimputabilidad.

La psicosis delirante, por su misma estructura, consiste en una alteración del sujeto con su comunidad y, con ello, desarrolla un acentuado potencial delictivo.

Los hechos en algunos aspectos pueden ser ciertos, pero adquieren merced a la interpretación patológica un significado en desacuerdo con la realidad. Para el delirante, esos hechos no son casuales, son causales. La casualidad o el azar no existe, siempre prevalece una racional y mórbida relación con el perjuicio, con la descalificación y el daño, no sólo contra su persona sino también contra sus intereses, de por sí la mayoría de las veces megalómanos e inalcanzables.

Frente a un paranoico, el juez por su experiencia humana, general y jurídica se coloca como un hombre que reflexiona sobre otro hombre y lo juzga, no como un enfermo porque nadie le ha podido decir que allí subyace una enfermedad psiquiátrica demostrable somáticamente, salvo, si valorativamente aprecie mediante el auxilio de nuestra ciencia y arte una modalidad psíquica existencial desviada, morbosa, rígida y generalmente incorregible.

En este capítulo se plantean dos problemas de relevancia Médico Legal, a saber:

- Reafirmar la existencia de una psicosis delirante a forma clínica persecutoria que padece C. D.
- Determinar la capacidad de comprender la criminalidad del acto y la idoneidad para dirigir sus acciones al momento del hecho.

Ambos problemas son acreedores desde una óptica psiquiátrico-forense a los métodos complementarios, el psicopatológico y el valorativo.

Esta circunstancia surge a partir de desconocerse la causalidad de la paranoia que hace ineficaz el método explicativo, reconociéndose su carácter patológico cuando la cadena de acontecimientos pierde su significado y su coherencia.

Tomando en cuenta que el delirio es una concepción contraria a la realidad, cuyo carácter patológico es ignorado por el enfermo, que es incapaz de rectificarlo y que mediante una simbiosis ideo-afectiva se identifica con el "yo" al cual supedita y dirige su desadaptación ambiental, C. D. a un imprudente negocio del cual fuera advertido por su familia a la que como nunca le hizo caso, lo convierte, por patológicas motivaciones internas, en un delirio que culmina con la muerte de dos inocentes.

De las motivaciones mórbidas (ruptura de la cadena coherente de los fenómenos psíquicos, cambio de significado) que lo guiaron, sólo cuentan como sustento objetivo en las dos entrevistas mantenidas, cuando concurren al departamento en venta y durante la frustrada escritura (**primer eslabón patológico**).

Otro hecho de significación desviada es el título otorgado a la víctima de ser cabecilla de una banda delictiva integrante de un plan donde la confabulación y el engaño adquieren relevancia capital (**segundo eslabón patológico**).

Lo más sobresaliente y, a la vez, notable es que la mayoría de los supuestos complotados no guardan relación de conocimiento entre sí, ni siquiera con la víctima, salvo el estrictamente comercial o profesional motivado por la frustrada transición y su posterior litigio (**tercer eslabón patológico**).

Otra reacción difícil de comprender es la denuncia que eleva por escrito al Juez de la causa atribuyéndole a su secretario implicancias como cómplice de la víctima en el presunto complot.

6.3 | Móviles

¿Cuáles han sido los móviles que impulsaron a C. D. para que, después de pasados más de dos años, cometiera el homicidio, tomando la justicia por sus propias manos sin continuar con las instancias legales anteriormente iniciadas? (**cuarto eslabón patológico**).

Estos eslabones confluyen determinando una psicosis cuyas ideas delirantes se estructuran sistemáticamente, creando una falsa realidad de la cual el sujeto no tiene conciencia ni puede sustraerse, su juicio ha perdido la capacidad de crítica, se encuentra incapacitado para rectificarlo, condicionando su conducta claramente persecutoria, querellante y reivindicativa.

A nadie puede escapársele que todo lo antedicho transcurre en el plano psicológico; por lo tanto, sujeto a la valoración sin la cual, por ausencia de un factor causal, no se podría arribar a un diagnóstico asertivo.

Es evidente que C. D. se encontraba afectado en sus funciones valorativas, particularmente relacionadas a la elaboración y al contenido del pensamiento, delirante en su elaboración y desviado en su síntesis final.

La respuesta a su homicida conducta, debe buscarse en la patológica personalidad de base, en la alteración morbosa de sus facultades mentales (síndrome delirante crónico) y en el quebrantamiento de la relación yo-mundo, adjudicándose el título de justiciero, utilizando la ley para propio uso, desoyendo la ley impuesta por los propios hombres.

Por ello, apeló a una justificación supra legal alegando que sus demandas no fueron oídas, ni sus denuncias atendidas y que la única manera de resolver el conflicto fue hacer justicia por sus propias manos.

Al final, el enfermo acepta su actuación penal pero en su fuero interno rechaza la responsabilidad subjetiva moral del acto delictivo; por eso, en este caso, es notable como le ruega al Sr. Juez que no lo trate como delincuente, como también es típica la falta de arrepentimiento.

A pesar de aparentar voluntad, ésta se ve monopolizada por el delirio, de manera tal que, frente al delirio, su accionar se encuentra profundamente enajenado.

7 | Tratamiento y pronóstico

Los componentes afectivos de estos delirios, sostenidos y alimentados por el notable temple paranoico, al enfermo lo condicionan a respuestas antisociales que lo tornan peligroso en su vida de relación; considerando, en esta instancia evolutiva, imprescindible su internación en una institución psiquiátrica para su adecuada contención y tratamiento.

El pronóstico, en general, es incierto. El cuadro se ha hecho crónico, la convicción delirante es irreductible, el yo se subordina al delirio, y no se estima que se modifique a pesar de los acontecimientos adversos que conmueven su existencia.

Sin embargo, podría ocurrir que un dispositivo asistencial y un tratamiento psiquiátrico psicofarmacológico adecuado y, sobre todo, la fuerza de los hechos movilice su verdad y enjuicie su conducta desde un punto de vista menos rígido y absoluto.

8 | Corolario

Como resultado de la pericia, investigación y pruebas obrantes en la causa, el Tribunal determina la inimputabilidad y, por su peligrosidad, se le aplica una medida de seguridad curativa bajo régimen de internación en la Unidad 20 del Servicio Penitenciario Federal (SPF).

Como no podía ser menos que todo paranoico, en la última entrevista con el perito de parte, estando en la Unidad 20 del SPF, C. D. lo felicita por la astucia de hacerlo pasar por un enfermo mental, exigiéndole se levante la peligrosidad e inmediatamente se lo libere, no se siente arrepentido y menos culpable por ambas muertes ¡solamente ha hecho justicia!

9 | Reflexión final

Como reflexión final debe recordarse que conductas homicidas, como la expuesta, son una expresión de la patología paranoide, donde el crimen es justificado independientemente de la ley, revelando un código de justicia íntimo, personal y totalmente ajeno al hombre común.

Medidas de seguridad, derechos de las personas internadas y Ley de Salud Mental

por MIGUEL CARLOS CARIDE⁽¹⁾

I | Introducción

El objetivo del trabajo es analizar cuáles son los derechos que nuestra legislación, tanto el bloque constitucional como el derecho interno, ponen en cabeza de quienes tienen problemas de salud mental y se hallan bajo la órbita del derecho penal. Son muchas las aristas que presenta este tema, algunas de ellas muy complejas, por lo cual, el intento será centrarse en lo relativo a la aplicación de la ley 26.657 por parte de los tribunales penales. Por ese motivo, las cuestiones complejas en relación a las medidas de seguridad quedarán en un abordaje acotado.

2 | Regulación en el Código Penal

Para comenzar, corresponde efectuar un pequeño repaso de las normas penales sobre las que se apoyan las medidas de seguridad:

- **Artículo 34 del Código Penal (CP):** Es la norma principal y aplicable en todo el territorio argentino. Como es sabido, este artículo regula las causas por las que no es posible imponer una pena y, especialmente, en lo que aquí

.....

(1) Abogado, Secretario de tribunal oral.

interesa, contempla la exigente de incapacidad psíquica de culpabilidad. Es precisamente para estos casos que se establecen dos supuestos de medidas de seguridad:

- I. "En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.
2. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieren peligroso".

Ambos contenidos en el primer inciso. Corresponden al texto del Código Penal de 1921, detalle que considero muy relevante y al que voy a hacer referencia más adelante.

- **Artículo 76 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN):** Se establece allí una internación provisional cuando se presume que en el caso concreto el autor padece alguna anomalía psíquica que genera su incapacidad de culpabilidad y resulta previsible la aplicación de una medida de seguridad. Es como una prisión preventiva pero para un inimputable.⁽²⁾
- **Art. 77 CPPN:** Constituye una de las alternativas más utilizadas. Se trata de la incapacidad sobreviniente durante el proceso. Se dispone la suspensión del trámite con relación al imputado y si "su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros" se ordenará la internación en un establecimiento adecuado, con informes trimestrales.⁽³⁾

.....

(2) El art. 76 CPPN establece que: "Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hacía inimputable, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros.

En tal caso, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o si no lo hubiere, por el defensor oficial, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de dieciocho (18) años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor".

(3) De acuerdo al art. 77 CPPN, "Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo.

La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputado".

.....

- **Art. 338 CPPN:** Al establecer los supuestos de sobreseimiento durante la instrucción, se aclara que si se impone una medida de seguridad, ésta podrá ser apelada.⁽⁴⁾
- **Arts. 511 al 514 CPPN:** Establecen que el Juzgado de Ejecución deberá supervisar la ejecución de las medidas de seguridad, provisionales o definitivas. El juez que impuso la medida de seguridad debe establecer los plazos en que se informará sobre el estado de la persona sometida. El art. 513 establece algunas pautas adicionales para menores de edad, y el 514 regula las condiciones para el cese. Para ello, debe oír previamente al Ministerio Público Fiscal, al interesado —o a su representante si es incapaz— y en su caso requerir el dictamen pericial.

2.1 | Análisis de las normas

2.1.1. La cuestión de la doble vía

En primer lugar, es inevitable referirse a la polémica que existe sobre la posibilidad de que el Estado reaccione a través de su estructura penal frente a una persona que no es capaz de tener culpabilidad. Se trata de una discusión que aún no tiene definición, y se han adoptado diversas posturas. Así, quienes sostienen que es posible la intervención penal, propugnan un sistema conocido como “**doble vía**” en el que el derecho penal puede imponer no sólo penas, sino también medidas de seguridad. Es la versión que se condice con el texto del código penal. A favor de esta postura, se ha sostenido que “a mi juicio el sistema de la doble vía todavía puede sostenerse. La pena se debe seguir considerando ‘retributiva’, es decir, un castigo aplicado como reprochabilidad al autor culpable, como respuesta al hecho perpetrado. En cambio la medida se impone al sujeto que cometió el hecho en estado de inimputabilidad, con el fin de curarlo y al mismo tiempo evitar que siga dañando a la sociedad”.⁽⁵⁾ En el mismo

(4) Conforme al art. 337: “El sobreseimiento se dispondrá por auto fundado, en el que se analizarán las causales en el orden dispuesto en el artículo anterior, siempre que fuere posible.

Será apelable en el término de tres (3) días por el ministerio fiscal, y la parte querellante, sin efecto suspensivo.

Podrá serlo también por el imputado o su defensor cuando no se haya observado el orden que establece el artículo anterior, o cuando se le imponga a aquél una medida de seguridad”.

(5) DE LA FUENTE, JAVIER E., “Medidas de seguridad para inimputables”, en *Separata de Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IV, n° 8, A, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1998, p. 287 y ss.

sentido, otro de los exponentes nacionales modernos de esta postura es Patricia Ziffer.⁽⁶⁾

Sin embargo, existen importantes diferencias entre quienes aceptan el sistema dualista, que analizaré más adelante. Aquellos que sostienen esta postura señalan que, en definitiva, el derecho penal tiene también una finalidad preventiva y por ello se encuentra habilitado para intervenir en caso de inimputables. La Corte confirmó la validez de las medidas de seguridad en el fallo "A.G.J." del 13/11/2012, oportunidad en que se remitió a los fundamentos expuestos por el Procurador Fiscal.

En la vereda de enfrente se ubican quienes sostienen que la única respuesta posible del derecho penal es la pena. Su postura se funda principalmente en el principio de culpabilidad y se apoya en normas constitucionales. En tal sentido, se sostiene que:

"la medida de seguridad se mantiene como consecuencia jurídica prevista para las personas que son declaradas inimputables por no haber podido comprender la criminalidad de su acto o dirigirse conforme esa comprensión, debido a una insuficiencia o alteración de sus facultades mentales y que por otra parte, resultan peligrosas para sí o para terceros (art. 34 inc. 1, CP). Esta medida por resultar contraria al principio constitucional de culpabilidad, que rige nuestro sistema penal, por el acto, resulta inconstitucional. En efecto, declarar la inimputabilidad del sujeto porque no pudo comprender la criminalidad de su acto o no pudo dirigirse conforme esa comprensión responde a la idea de reconocer la diferencia que existe entre las personas y, consecuentemente, a no aplicar un castigo a quien no puede exigírsele un comportamiento conforme a derecho. Luego, no puede imponerse a esta misma persona una sanción penal, llámese pena o medida de seguridad".⁽⁷⁾

(6) ZIFFER, PATRICIA S., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

(7) HEGGLIN, M. FLORENCIA, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y fallencias del sistema de medidas de seguridad*, Colección Tesis Doctoral, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, p. 360 correspondiente al análisis que efectúa en la Addenda sobre el derecho penal argentino.

Otros expositores de esta tendencia en nuestro derecho con Zaffaroni, Slokar y Alagia,⁽⁸⁾ Guillermina Martínez⁽⁹⁾ en doctrina y también ha sido receptada en jurisprudencia.⁽¹⁰⁾

Desde mi punto de vista, la inclusión de las medidas de seguridad en el marco del derecho penal fue producto de una visión del problema que ya no debe primar. Ellas fueron introducidas por ideas positivistas que buscaban la protección de la sociedad contra la locura.⁽¹¹⁾ Zaffaroni, preguntándose por qué se ha avanzado en relación a los procesos penales, pero cuando se involucra a alguien declarado no punible se continúan afectando sus derechos, razona:

“La incorporación de las disposiciones que establecieron la reclusión penal para incapaces psíquicos reconoce su origen en la idea de peligrosidad positivista, que no hacía otra cosa que otorgar rango científico al prejuicio público y policial que identifica al loco —y a todo diferente— como peligroso (...) La razón es que el prejuicio no ha desaparecido en la opinión pública y, por tanto, el poder punitivo —permanentemente comprometido con la generación de ilusiones de seguridad— es puesto en crisis por la absolución de un incapaz psíquico”.⁽¹²⁾

(8) ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ed. Ediar, 2003, p. 70. Téngase en cuenta, particularmente, que el Dr. Zaffaroni integra la Corte Suprema y el Dr. Slokar ha sido designado, recientemente, en la Cámara Nacional de Casación Penal Federal.

(9) MARTÍNEZ, GUILLERMINA, “Un gran avance hacia la protección de los derecho de los incapaces de culpabilidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, 16/03/2010.

(10) Cám. Nac. de Casación Penal, Sala III, “Antuña, Guillermo Javier s/recurso de casación”, 13/09/2010, voto minoritario de la Dra. Ledesma; Cám. Nac. de Casación Penal, Sala I, “Gómez, Gustavo Daniel s/recurso de casación”, 13/04/2010.

(11) Respecto de la importancia del miedo hacia “la locura” se puede consultar: CIFUENTES, SANTOS; RIVAS MOLINA, ANDRÉS y TISCORNIA, BARTOLOMÉ, *Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1997: “pero después sobreviene un nuevo azote en los miedos seculares que suscita los afanes de separación, de exclusión, de purificación que es la locura” (p. 198). Y HEGGLIN, M. FLORENCIA, *op. cit.*, quien hace un análisis histórico que demuestra como el higienismo tuvo influencia en el control penal de la locura.

(12) ZAFFARONI, EUGENIO R.; SLOKAR, ALEJANDRO y ALAGIA, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Ediar, 2005, pp. 925/926.

Lo cierto es que, al faltar la culpabilidad, el derecho penal se encuentra con un límite. Ahora bien, si debido a una afección psiquiátrica la persona resulta peligrosa, eso no alcanza para que sobre ella se apliquen las herramientas del derecho criminal. La protección caerá sobre el ámbito civil, y será cuestión de darle crédito a los operadores en ese ámbito y a la eficacia de las medidas que se puedan tomar por fuera del derecho penal, no sólo en cuanto a evitar que se dañe a sí mismo el afectado, sino al cuidado de los terceros.

Introduzco el tema de la confianza, porque es una de las cuestiones solapadas que entranpan la solución. El tema es complejo y requiere un cambio de mentalidad. Creo que este conflicto cultural es el que plantea el fiscal Javier De Luca en un dictamen ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Aunque se refiere a los niños en conflicto con la ley penal, pero señala que “la misma situación se viene dando con los inimputables del art. 34 del C.P. sobreseídos en causas penales”. Refiere allí que:

“es probable que razones culturales e ideológicas nos impidan ver con claridad esta situación, porque hace un siglo que se viene haciendo de la manera que entiendo está totalmente superada [y continúa] Ahora, la nueva legislación ha puesto de manifiesto esta situación y énfasis en declarar que para el derecho penal esos casos son atribuibles a personas que carecen de la capacidad exigida por él. Es como si esos hechos fuera atribuidos a la naturaleza. Si alguno de esos menores revela peligrosidad, no intervendrá un juez penal, sino una serie de organismos estatales con control judicial efectivo, ajeno al penal”.⁽¹³⁾

Entiendo que estas palabras resultan plenamente aplicables al tema que intento abordar, y reflejan la dificultad del Poder Judicial —aquí los tribunales penales— para no aferrarse a la potestad de decidir estas cuestiones.

Adhiero a quienes sostienen que no es posible continuar con el modelo de la doble vía. Sin perjuicio de ello, para el caso de que se aceptara el carácter dual del derecho penal, las medidas de seguridad no podrían obedecer a un objetivo terapéutico únicamente, sino que deberían además

(13) Dictamen del fiscal general Javier De Luca N° 6247, en Cám. Nac. de Casación Penal, Sala I, “E.R.J. s/recurso extraordinario”, causa n° 14.941, 29/09/2011.

fundarse en la prevención para los terceros. De esta manera, se estaría reconociendo el verdadero carácter de una internación en el marco de un proceso penal: no puede tomarse como una medida adoptada en beneficio del inimputable, puesto que de esta manera se justifica la violación de los derechos del destinatario, haciendo aparecer la internación como algo benévolo que no debe ser discutido (paradoja que la doctrina llamó “fraude de etiquetas”). Por el contrario, reviste las características de una pena y, como tal, debe ser revestida de todas las garantías penales.

2.1.2. Aplicación de las garantías penales

Los límites claros que imponen algunos principios penales desaparecen en las medidas de seguridad. Este problema se expresa con suma claridad en un fallo de la Corte IDH:

“Hoy día —y desde hace tiempo—, la ley detalla las condiciones para la detención de las personas a partir de una hipótesis de crimen o infracción, y establece los límites y condiciones de la reclusión. Esto forma parte de la legalidad penal, frecuentemente soslayada o distraída.

(...) Menos cuidadoso es el régimen destinado a la legitimación del internamiento de enfermos mentales —aún cuando se hayan multiplicados las reglas, principios y declaraciones sobre la materia—, como si la libertad o el cautiverio de éstos, justificados por el tratamiento —noción que se discute en el caso de los presos, pero campea en el de los enfermos—, merecieran menos la tutela del derecho a la libertad personal. Por el contrario, éste sólo podría decaer cuando exista una justificación bastante que lo autorice, anclada precisamente en la ley y no sólo en la opinión o el arbitrio del tratante, el familiar o la autoridad administrativa”.⁽¹⁴⁾

Las garantías son olvidadas de diversas formas, debido al llamado “fraude de etiquetas”. El razonamiento sería: puesto que se dicta un sobreseimiento y sólo se aplica una medida beneficiosa, qué sentido tendría recalar en las garantías penales. Este camino a veces también es seguido

(14) Del voto razonado del Juez Sergio Garía Ramírez en Corte IDH, “Ximenes López”, cons. 23 y 24.

por las propias defensas, quienes luego de conseguir un sobreseimiento no ponen ya en tela de juicio las órdenes de internación ni sus condiciones de cumplimiento, consintiendo diversas violaciones a los derechos de sus asistidos.

Así, como ya señalé, la aplicación de una medida de seguridad afectaría el principio de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*). Pero no es la única garantía que se ve vulnerada. Paso ahora a detallar algunos recaudos que resultarían mínimos en caso de aceptarse la imposición de medidas de seguridad.

No debe olvidarse que el art. 18 CN, en el cual se establecen las **garantías de la libertad personal**, no se refiere exclusivamente a encierros en virtud de infracciones penales. En efecto, el término “detención” utilizado por la Carta Magna es aplicable a las internaciones forzosas por padecimientos mentales, aplicándose la protección constitucional a estas situaciones. Así lo ha entendido la CSJN en dos precedentes en la materia, al afirmar que sin control de las condiciones que la originaron “la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración”⁽¹⁵⁾ y “que en nuestro sistema constitucional resulta inconcebible que una persona sea restringida en su libertad sino en virtud de resolución adoptada por los jueces designados por la ley”.⁽¹⁶⁾ Este artículo 18 no es la única norma con rango constitucional que ampara la libertad en nuestro sistema de derechos. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su artículo 7, apartado 2, establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. De esta manera, se consagra el principio de legalidad para TODA privación de la libertad. También podemos incluir a las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, que establecen expresamente que se considera privación de la libertad cuando el motivo se relaciona con la investigación de un delito o por enfermedad mental.⁽¹⁷⁾ Agregamos a ello los “Principios y

(15) “R.M.J.”, 19/02/2008, cons. 10 (Fallos 331:211).

(16) “Tufano”, 27/12/05, cons. 4 (Fallos 328:4832).

(17) La CSJN adhirió a las mismas mediante acordada 5/2009.

Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas”, que dedican un apartado especial a las personas que sufren una discapacidad mental.⁽¹⁸⁾

Ahora bien, si se aceptase la imposición de medidas de seguridad, entiendo que resultaría necesario distinguirlas adecuadamente de la internación civil. Así me parece adecuado lo expuesto por De la Fuente, quien señala que las medidas de seguridad no son simples caridades. De lo contrario, estaríamos frente a un fraude de etiquetas. En este camino, señala que la peligrosidad que se requiere es una peligrosidad criminal, en la cual se establezca un pronóstico de comisión de un nuevo delito siguiendo algunas pautas entre las que se hallará la gravedad del injusto ya acreditado.⁽¹⁹⁾ Siguiendo el carácter de *ultima ratio* de la intervención penal, resulta un desacierto imponer una medida de seguridad con base en el peligro que importa la persona para sí misma. Para evitar confusiones, este tipo de intervenciones en la que se otorga meramente un fin terapéutico deberían quedar fuera del derecho penal.⁽²⁰⁾

Punto aparte merece la mención de la necesidad de que el juicio de peligrosidad criminal sea llevado a cabo respetando las garantías del derecho penal y procesal penal. No es posible que una medida de seguridad se

(18) Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo 2008: “Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad”).

(19) DE LA FUENTE, JAVIER E., *op. cit.*: “pese a la letra de la ley, resulta absolutamente irracional la imposición de una medida de seguridad de carácter penal, cuando no existe ningún peligro de comisión de delito por parte del sujeto inimputable. Si existen razones para suponer que el sujeto cometerá actos socialmente dañinos contra sí mismo o terceros, lo que corresponde es recurrir a los medios de protección menos lesivos previstos por el derecho civil”.

(20) Existen diversos pronunciamientos en que se impone una medida de seguridad siendo uno de sus fundamentos la protección del internado, en tal sentido, TOC 21, “causa s/c Casas, Mariana Ezequiel”, 23/03/2009.

fundamente en un dictamen médico que señala que existe una peligrosidad potencial.⁽²¹⁾

Otro aspecto que habría que resguardar, en caso de aceptarse la imposición de medidas de seguridad, sería la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, algunos autores han entendido que nunca la medida de seguridad puede superar en su duración el máximo de la pena establecida para el delito que se imputa.⁽²²⁾ La Corte ha receptado este criterio en el fallo "R.M.J.",⁽²³⁾ en el que afirmó que debían aplicarse en las medidas de seguridad los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, por lo que no podía admitirse que una medida de seguridad con contenido jurídico penal se extendiera más allá del máximo de la pena prevista para el injusto de origen. Esta postura fue ratificada en el fallo "Antuña" que abordaré con mayor profundidad más adelante.

Por último, también se ha descartado la aplicación de tratamientos ambulatorios por entender que, al no estar previstos en el texto de la ley, afectan el principio de legalidad.⁽²⁴⁾

2.1.3. Garantías procesales

Existe otro marco de garantías que muchas veces se ven vulneradas. Son las relativas al derecho procesal. Muchas veces se dejan de lado puesto que en un mismo pronunciamiento se suele dictar el sobreseimiento e imponer la medida de seguridad. Así es habitual que se olvide que en la imposición de una medida de seguridad debe respetarse el debido proceso. En primer lugar, debe realizarse en forma contradictoria, es decir, primero

.....

(21) Aquí nos enfrentamos con graves deficiencias en los dictámenes médicos que no son señaladas por los tribunales intervinientes. La Sala IV de la Cám. Nac. de Casación Penal señaló que: "pretender legitimar la imposición de una medida mediante la consideración de meras potencialidades o probabilidades deja huérfana a tal decisión de la debida fundamentación" ("Echude Gayoso", 22/09/2011).

(22) DONNA, EDGARDO; DE LA FUENTE, JAVIER, "El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad", en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-C- 361; en el mismo sentido, HEGGLIN, M. FLORENCIA, *op. cit.*, p. 360, punto 7.

(23) Fallos 331:211, considerando 14.

(24) DE LA FUENTE, JAVIER E., *op. cit.*

darse vista a las partes para que la parte acusadora postule la medida y luego se pueda realizar una defensa.⁽²⁵⁾

La garantía del **debido proceso**, art. 18 CN y art. 8° CADH, de acuerdo a lo señalado por la Corte en el precedente “Tufano” cobra fundamental importancia. Allí se sostuvo que “en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla”. En particular, allí se destacó que se había afectado el **derecho a ser oído**, establecido en el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, y se recomendó que se apliquen todas las reglas que hacen al respeto del debido proceso en estos casos especialmente atendiendo a la situación de fragilidad, impotencia y abandono en que se encuentran las personas sometidas a tratamientos psiquiátricos coactivos.

Por otra parte, cuando se aplica una medida de seguridad sin acreditar debidamente el hecho antijurídico previamente se deja de lado la exigencia de un juicio previo, contenida en el art. 18 CN.⁽²⁶⁾ Si tomamos en cuenta que nuestro derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor, resulta ineludible la acreditación del hecho antijurídico con todas las garantías procesales correspondientes,⁽²⁷⁾ lo contrario importaría admitir medidas de seguridad pre-delictuales. El mismo art. 34 establece que las causales de inimputabilidad deben referirse al hecho. Por ello, entiendo que no es posible desde una óptica constitucional la disposición de internaciones en procesos criminales en el marco del art. 77 CPPN⁽²⁸⁾ —incapacidad sobreviniente—.

(25) La Sala III de la Cám. Nac. de Casación Penal resolvió revocar una resolución por no cumplir con la exigencia del contradictorio fallo “Antuña, Guillermo Javier s/recurso de casación”, 13/09/2010, voto Dra. Ledesma.

(26) Para mayor referencia, DE LA FUENTE, JAVIER E., *op. cit.* y HEGGLIN, M. FLORENCIA, *op. cit.*, quienes desde diversas posturas concuerdan en afirmar que previamente debe acreditarse el hecho antijurídico.

(27) En rigor de verdad, resultaría muy difícil llevar a cabo un proceso que culmine en juicio oral cuando el acusado es inimputable. Debiera darse el caso de que, pese a la incapacidad de comprender el delito, estuviera en condiciones de entender y desempeñarse en el juicio oral sin que se vea afectado el derecho de defensa en juicio.

(28) HEGGLIN, M. FLORENCIA, *op. cit.*, señala que el art. 77 CPPN resulta inconstitucional.

Lo mismo se plantea respecto del art. 336 CPPN, puesto que se impone una medida de seguridad en el mismo auto por el cual se resuelve sobreseer. En la mayoría de los casos, no se acredita como paso previo la comisión de un hecho contrario a la ley penal.⁽²⁹⁾ Si salimos del ámbito de la inimputabilidad, resultaría impensable que se imponga una pena común a una persona, sin que se acredite que haya cometido un delito. Pero este requisito ineludible se deja de lado en la práctica cuando se interviene en relación a inimputables.⁽³⁰⁾ Más allá de que el Código Procesal lo regula, resulta cuestionable que durante la etapa de instrucción, en la que simplemente se colecta la prueba para finalizar con una acusación, se arribe a una solución asimilable a la pena. Este tipo de medidas por sus características debieran exigir la realización del debate oral, con todas las garantías propias de dicha etapa.⁽³¹⁾ Asimismo, deberá prestarse particular atención a la asistencia técnica del acusado, considerando la particular situación de vulnerabilidad que fuera puntualizada por la Corte al analizar la problemática de las personas internadas compulsivamente.

3 | Otros instrumentos que contienen derechos y que son olvidados

Además de las garantías que surgen del derecho penal, hay otra serie de instrumentos que contienen derechos y debieran aplicarse en estos casos. Rara vez son utilizados.

En primer lugar, los **Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental**,⁽³²⁾ los que fueron receptados por la Corte IDH en “Ximenes Lopes” y por la CSJN en

.....

(29) Así se resolvió Cám. Nac. de Casación Penal, Sala IV; en “Bruna, Darío Abel s/recurso de casación”, causa 2448, 23/02/2001.

(30) En este sentido, por ejemplo, se registran fallos en los cuales se dicta un sobreseimiento y se impone medida de seguridad, limitándose a describir el hecho imputado, pero omitiendo valoraciones sobre la prueba producida.

(31) Aquí nos encontraremos frente al problema de la realización de un juicio con un acusado que muchas veces no estará en condiciones de comprender y defenderse adecuadamente.

(32) Principios de Salud Mental.

“Tufano” y “RMJ”, como el “**estatuto básico**” de los derechos y garantías de las personas presuntamente afectadas por trastornos mentales.

De este reconocimiento, y en atención a la cláusula prevista en el art. 75, inc. 22 CN, que establece que los tratados enumerados gozarán de jerarquía constitucional en “**las condiciones de su vigencia**”, se desprende que los Principios tienen que ser tomados en cuenta como parte del bloque constitucional argentino.⁽³³⁾

Ahora bien la operatividad de otros instrumentos del Derecho Internacional no surge exclusivamente del art. 75 inc. 22, sino que la jurisprudencia ha ido conformando un corpus juris interamericano, integrado por diversos instrumentos, informes, recomendaciones, principios, fallos de los tribunales específicos, que conforman un bloque de convencionalidad.

En particular, resultan aplicables el Principio 16 que establece que un médico debe determinar que existe un **riesgo grave de daño inmediato o inminente** como requisito para una internación compulsiva. Creo que este estándar es más elevado que la peligrosidad establecida por el art. 34 y, por tanto, debe seguirse. Ello por aplicación del **principio pro homine**, que permite también la inclusión de otras normas, costumbres al universo jurídico de protección de los derechos humanos. Así, una norma puede ver completado su contenido por otras fuentes de derecho.⁽³⁴⁾ Insistimos que esto ocurre en el caso de una privación de la libertad en virtud de internación coactiva por trastorno de la salud mental, siendo muestra de ello que tanto la CSJN como la Corte IDH han aplicado otros instrumentos para dar mayor contenido a las prescripciones de la Constitución Nacional y de la CADH.

(33) Esta fue la doctrina de nuestro Superior Tribunal en el año 1995 en el precedente “Giroldi”, en el que se destacó que dicha cláusula establecida por el constituyente para la aplicación de los tratados debía ser interpretada de manera de considerar “particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana funciona como guía para la Interpretación de la CADH. CSJN, “Giroldi”, Fallos 318:514, cons. 11.

(34) PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.

También tienen importancia para el tema de este trabajo los siguientes Principios. El Principio 18 (establece garantías procesales como la necesidad de un defensor, el derecho a presentar pruebas y asistir y ser oído en la audiencia en la que se trate su capacidad). Por su parte, el Principio 1 menciona la asistencia de un defensor, así como el derecho al recurso. Los Principios 3 y 9, hablan del derecho a desarrollar la vida en la comunidad y a que el tratamiento sea lo menos restrictivo posible. El principio 11 se refiere al consentimiento informado y establece pautas para los tratamientos llevados a cabo en internaciones involuntarias. Por último, el Principio 20 hace referencia a las personas que padecen alguna enfermedad mental y se encuentran detenidas en un procedimiento penal. Allí específicamente se señala que deben recibir la mejor atención en salud mental disponible y que se aplican el resto de los principios, aunque señala que existen excepciones contadas impuestas por las circunstancias. Como se puede ver no quedan dudas que todos estos principios resultan condicionantes muy fuertes para la intervención de la justicia penal en caso de declarar una inimputabilidad por problemas de salud mental.

Corresponde mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que si bien aún no goza de jerarquía constitucional, tiene carácter supralegal (art. 75, inc. 22 CN). Principalmente, me interesa destacar los arts. 13 y 14. El primero de ellos se refiere al acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, y el segundo trata de la libertad y seguridad de la persona. Señala que la privación de la libertad debe estar en conformidad con la ley y no puede justificarse en la existencia de una discapacidad. Además, agrega que si una persona con discapacidad (podría ser una discapacidad intelectual) se encuentra privada de su libertad, debe gozar de las mismas garantías.

Esta serie de derechos sólo han sido tomados en cuenta en resoluciones penales en forma muy acotada y casi exclusivamente al resolver en relación al juez competente para intervenir luego de dispuesta una internación en el marco de una medida de seguridad. Así distintos fallos han citado el precedente "RMJ" de la CSJN para sostener que no era posible que se mantuviera el control penal de una medida de seguridad cuando ya se encontraba interviniendo un juez civil en relación a quien fue declarado inimputable, por entender que el doble control no se ajusta a la necesidad de "procedimientos simples, expeditivos, dotados

de la mayor celeridad".⁽³⁵⁾ Resulta llamativo que sólo en relación a este tema puntual los tribunales penales hayan reparado en la existencia del conjunto de normas que detallo en este apartado y, como se advierte fácilmente, resultan de suma importancia a la hora de la imposición de una medida de seguridad.⁽³⁶⁾

4 | La ley 26.657

En diciembre de 2010 se publicó en el Boletín Oficial la Ley De Salud Mental (26.657). La misma norma establece que se trata de una regulación de los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental, en cumplimiento con compromisos internacionales que fijan estándares y son citados como partes integrantes de la ley. Es por ello que, en virtud del principio *pro homine*, constituye un piso mínimo, que no puede ser dejado de lado por tratarse de una ley de orden público (art. 45). Recepta el modelo social de la discapacidad que ya había sido acogido por la CDPD. Esta norma importa un cambio muy grande de paradigma y por ello, es resistida por algunos sectores. Reasigna los papeles de los agentes intervinientes y pone en cabeza de los agentes sanitarios la decisión sobre las internaciones. Para el Poder Judicial importa un cambio radical en el rol que debe desempeñar. Ya no define la internación (lo hacen los profesionales de la salud, quienes deben actuar en equipos interdisciplinarios), sino que los jueces pasan a ejercer un control externo de legalidad, transformándose en agentes que, activamente, deben supervisar el cumplimiento de los derechos y garantías establecidas en la ley.

En relación a las internaciones en el ámbito penal la ley sólo realiza una mención expresa en su art. 23. Allí establece que la única externación que necesitará una autorización judicial será en relación a las interna-

(35) Por ejemplo, Cám. Nac. de Casación Penal, Sala II, "Brois Montani, Jonathan Christians/rec. de casación", causa N° 13.315.

(36) Una excepción a esta falta de aplicación de normas la constituye el voto del Dr. González Palazzo en la sentencia de la Cám. Nac. de Casación Penal, Sala IV, "Echude Gayoso". En efecto, menciona que toma en cuenta los Principios de Salud Mental para rechazar la posibilidad de una internación en virtud de un informe que establece peligrosidad potencial.

ciones del art. 34 del Código Penal.⁽³⁷⁾ Nada más dice en relación a las medidas de seguridad. Entiendo que esta ley desaprovechó una oportunidad histórica de *aggiornar* la regulación en este campo que, como ya señalamos, data del año 1921. Eran varias las cuestiones que pedían a gritos una modificación del legislador. Pero no fue así, al menos expresamente. Sobre la importancia de que las legislaciones sobre salud mental regulen el marco penal se puede consultar el Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación. Allí se señala que:

“la legislación de salud mental puede y debe brindar un marco para el tratamiento y el apoyo de las personas con trastornos mentales, antes que para su castigo. Tal marco debe permitir que las personas con trastornos mentales sean transferidas del sistema de justicia penal al sistema de salud mental en cualquier etapa. Al establecer protecciones para las personas con trastornos mentales en el sistema de justicia penal, y al limitar su encarcelamiento a circunstancias excepcionales, la legislación puede ayudar a proteger la seguridad pública y, al mismo tiempo, promover el trato humano a las personas con trastornos mentales en conflicto con la ley penal, permitiéndoles recibir atención adecuada y rehabilitación”.⁽³⁸⁾

A pesar de ello, entiendo que hay varias de las disposiciones de la ley que importan un cambio muy importante y resultan aplicables en los procesos penales.

Por empezar, el art. 7 establece un decálogo de derechos que son plenamente aplicables en las internaciones por parte de tribunales criminales. El art. 15 señala expresamente que la internación debe ser lo más breve posible.

(37) Se ha cuestionado la validez constitucional de este artículo que impone un sistema más riguroso para la externación en caso de que se trate de una medida de seguridad del art. 34 CP (PLAZAS, FLORENCIA G., “Medidas de seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Leonardo G. Pitlevnik (dir.), tomo 14, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2013).

(38) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Manual de Recursos sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*, 2006, p. 89. Allí también se señala la necesidad de crear establecimientos adecuados fuera del ámbito carcelario, donde puedan recibir el tratamiento necesario.

El art. 20 refiere a la internación involuntaria, señala que se trata de un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios. Debe existir riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Tiene tres exigencias más: 1) un dictamen de un equipo interdisciplinario del servicio asistencial que realice la internación, 2) que no haya otra alternativa, y 3) se informe qué instancias previas hubo.

El art. 21 establece las posibles acciones que puede realizar el juez cuando se lo notifica una internación involuntaria. Señala que el único caso en que puede determinar una internación involuntaria se da cuando se cumplen los requisitos del artículo 20 y el servicio de salud se niega a brindar la cobertura necesaria.

El art. 22 exige la defensa técnica del internado, en consonancia con el reconocimiento del mismo como sujeto de derechos (art. 7.l), lo que implica no solamente ser titular de los mismos, sino también que debe ejercerlos por sí mismo (poder tomar decisiones, art. 7.k). La ley, en este sentido, importa un cambio en el rol de la defensa dejando de lado el modelo tutelar de sustitución de la persona.⁽³⁹⁾

El art. 23 establece que la externación estará a cargo del equipo tratante y no requerirá autorización judicial. Excluye de dicha previsión a las internaciones en el marco del art. 34 del Código Penal. El art. 28 establece que las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales.

Sintéticamente, éstas son las disposiciones que más impactan sobre el tema que analizo en este trabajo. Creo que el cambio total en la función del juez en relación a las internaciones psiquiátricas,⁽⁴⁰⁾ y la serie de recaudos y garantías establecidos al respecto afectan profundamente a las

(39) Sobre la diferencia de los modelos, aun antes de la sanción de la ley y con base en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esp. art. 12. Ver AMENDOLARO, ROXANA y LAUFER CABRERA, MARIANO, "El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental", en *Derechos Humanos en Argentina*, Informe 2009, CELS, p. 360 y ss.

(40) En tal sentido se señaló que: "El rol de la Justicia pasa a ser exclusivamente el de garante de derechos de las personas, y no el de decisor de políticas o tratamientos" (KRAUT, ALFREDO S. y DIANA, NICOLÁS, "Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental", en *diario La Ley*, 08/07/2013).

medidas de seguridad. No se puede interpretar que el legislador haya querido derogarlas, puesto que expresamente fueron contenidas en el art. 23,⁽⁴¹⁾ pero claramente han variado las condiciones de su aplicación. Así, por ejemplo, un juez penal no podrá disponer una internación en virtud del art. 34 si no se acredita que no existen otras alternativas que puedan neutralizar el riesgo. Riesgo que debe probarse cierto y además inminente. En adición, si se dispusiera una internación en virtud de alguna otra norma (art. 77 CPPN, por ejemplo), el alta, externación o permisos de salida quedarán a cargo del equipo de salud sin necesidad de requerir autorización al juez. Por aplicación de la norma, deberán requerirse los informes mensuales que establece el art. 24 de la ley, y requerir el informe previsto en el segundo párrafo de ese artículo. Por otra parte, también resulta ineludible velar por el derecho de defensa, en atención a lo dispuesto en el art. 22. Otra derivación de este artículo será la necesidad de notificar personalmente a la persona cuya internación se ordena, y no alcanzará la notificación a su defensor. Por último, el lugar de internación deberá adaptarse a lo dispuesto en el art. 28 de la ley, es decir, realizarse en hospitales generales.

Recientemente, se ha dictado la reglamentación de la ley⁽⁴²⁾ en la que se agregó que “la Autoridad de Aplicación promoverá que la creación de los dispositivos comunitarios, ya sean ambulatorios o de internación, que se creen en cumplimiento de los principios establecidos en la ley, incluyan entre su población destinataria a las personas alcanzadas por el inciso 1) del art. 34 del Código Penal, y a la población privada de su libertad en el marco de procesos penales”. Este decreto desperdició una nueva oportunidad para aclarar el alcance de la aplicación de la ley en el ámbito penal, conforme lo señalado en el párrafo precedente.

4.1 | Aplicación de la ley por parte de los tribunales penales

Más allá de todo lo expuesto previamente, en el fuero criminal la ley 26.657 es percibida como una norma aplicable en el ámbito civil. Pese a la relevancia de

(41) Me parece interesante destacar que existe un precedente en el que el voto minoritario consideró que las medidas de seguridad se encontraban derogadas por la sanción de la ley 22.914, además de resultar contrarias a las normas incorporadas luego de la reforma constitucional. Voto del Dr. Prunotto en Cám. Penal de Rosario, Sala II, “C.D.F.”, 03/06/2009..

(42) Decreto 603/2013, en BO 29/05/2013.

sus disposiciones, que he intentado remarcar, son muy escasas las resoluciones judiciales que la consideran, y cuando lo hacen, la aplican parcialmente.

Es en relación a la problemática de competencia sobre el control de las medidas de seguridad que ya describí que se empezó a mencionar la Ley de Salud Mental en fallos penales,⁽⁴³⁾ estableciendo la jurisdicción civil. Se trata de una visión sesgada de la norma, puesto que la sanción de la ley 26.657 importa un nuevo universo para las medidas de seguridad adoptadas por tribunales penales, el cual no se limita a determinar cuál es el juez competente para su control.

Algunos tribunales, por el contrario, ya han señalado ese conjunto de modificaciones,⁽⁴⁴⁾ haciéndose cargo de los nuevos estándares y derechos reseñados en este trabajo. Aisladamente también se valoran algunos artículos. Por ejemplo, la Sala III de la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires, resolvió hacer lugar a una acción de *habeas corpus* y, en consecuencia, dispuso el cese de la medida de seguridad. En esa oportunidad, valoró lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley de Salud Mental, en la que se establece el carácter de *ultima ratio* de la internación forzosa.⁽⁴⁵⁾ En el mismo sentido, la Sala II de la entonces Cámara

(43) Entre otros, Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala I, "G., R.D.", expte. 27.798/11, 19/09/2011, se dispone que continúe interviniendo el juez Civil, y para fundar ello se describen algunas de las prescripciones de la ley de salud mental; Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala A de feria, "Bravo, Emanuel Elías s/robo tentado", expte. 26.419/11, 26/07/2011, se dispone que debe colocarse al internado a disposición del juez civil "dando así cumplimiento a la ley de salud mental 26.657"; Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. Sala I, "Flores, Ricardo Ernesto s/medida de seguridad", causa 42.217, 10/04/2012, en la que señaló que "a la luz de la reciente sanción de la ley de Salud Mental (n° 26.657) y de la creación del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA), que importan una modificación en la política de abordaje de esta problemática desde una óptica democrática y velando por el debido respeto y pleno goce de los derechos humanos de las personas", debía cesar la intervención del juez penal luego del sobreseimiento, dando intervención a la Justicia Civil.

(44) En una resolución del Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, del 18/11/2011 se detallaron algunos de los artículos aplicables al caso de la ley 26.657, entre ellos, la posibilidad de otorgar el alta sin necesidad de autorización judicial por no tratarse de una medida impuesta en virtud del art. 34 CP (se fundó en el art. 77 CPPN), y se exigió la realización de los informes previstos en los arts. 16 y 20. También la Sala VI de la Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. hizo un análisis más amplio del impacto de la ley, señalando que lo determinante era que el Juez supervisara efectivamente el cumplimiento de los derechos del interno, y controla los criterios médicos que determinaran la internación. Menciona expresamente la aplicación de los artículos 14, 15, 20 y 21 de la ley ("Corbacho, Imanol s/medida de seguridad", 07/10/2011).

(45) Cámara de Casación Penal de la Prov. de Bs. As., Sala III, "D. S., P. s/ Hábeas Corpus".

Nacional de Casación Penal hizo lugar a un recurso y anuló la resolución que rechazaba el planteo de cese de una medida de seguridad. Para ello invocó los Principios de Salud Mental y la ley 26.657, y se señaló que no se había analizado:

“la razonabilidad y necesidad del mantenimiento de la medida de seguridad ante la propia afirmación de los médicos forenses relativa a la falta de peligrosidad de la nombrada por la contención brindada a través del tratamiento psiquiátrico. Tampoco evaluó la posibilidad de eventuales procedimientos terapéuticos alternativos a la internación que se le podrían prodigar con la mira puesta en mejorar su salud mental y concretar su reinserción comunitaria. En ese sentido, entiendo que el juez pudo haber citado —previo resolver la cuestión— no sólo a los médicos forenses sino también a las autoridades de la institución psiquiátrica, e incluso celebrado una audiencia ‘de visu’ con la nombrada, a efectos de estudiar si podía realizarse un abordaje ambulatorio para su asistencia”.⁽⁴⁶⁾

La importancia del impacto de la norma fue destacada en un fallo de la Sala IV de esa misma Cámara, oportunidad en que se afirmó que:

“de indudable importancia en cuanto a la temática en estudio es la nueva Ley de Salud Mental 26.657, que vino a ratificar en el ámbito legislativo positivo de nuestro país el compromiso asumido por el Estado Nacional al suscribir la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que, en relación al tema que nos ocupa, remarca el principio que concibe a la internación como una medida de carácter restrictivo, sólo tolerable cuando reporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las posibilidades existentes en el entorno familiar del causante (art. 14) y que dicho estado de privación de la libertad debe ser lo más breve posible y que en ningún caso puede ser mantenido para resolver problemáticas sociales (art. 15)”.⁽⁴⁷⁾

(46) CNCP, Sala II, Causa N° 12.302 “Sayago, Lidia Leticia s/ recurso de casación”, 23/08/2011, voto del Dr. Mitchell al que adhieren los Dres. García y Yacobucci.

(47) CNCP, Sala IV, Causa N° 14.439 “Giambisi, Alexis Germán s/recurso de casación”, 21/11/2011.

De particular valor me parecen los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, que destacó que si bien la ley no había derogado norma alguna del código penal, los principios que rigen la materia no pueden ser descuidados ni omitidos en las medidas de seguridad penales. En ese sendero afirmó que “el control judicial de medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores por enfermedad mental, a tenor del art. 34, inc. 1 del Código Penal, debe realizarse teniendo en cuenta los criterios, que inspirados en directrices internacionales, rigen la normativa específica”.⁽⁴⁸⁾ Siguiendo esa línea se resolvió anular la decisión que había rechazado el cese de una medida de seguridad, y devolver las actuaciones para que se efectuara una nueva pericia siguiendo los criterios del fallo que debía determinar adecuadamente la existencia de un riesgo actual de agresión.

Más allá de los distintos criterios jurisprudenciales reseñados, la aplicación sigue resultando muy parcializada y en casos aislados.

4.2 | Precedente “Antuña” de la Corte Suprema

En este panorama el 13/11/2012, casi dos años después de la publicación de la ley, la Corte Suprema de Justicia resolvió la causa “Antuña”.⁽⁴⁹⁾ En el fallo los jueces hicieron lugar a la queja remitiéndose a los fundamentos vertidos por el Procurador Fiscal.

El dictamen analiza, en primer lugar, la cuestión de la doble vía, inclinándose por la constitucionalidad de las medidas de seguridad penales. Se señala que resultan razonables las diferencias con el régimen civil, en razón de que tienen su origen en un “ataque ilícito tal que podría haber dado lugar a una pena privativa de la libertad”.

En segundo lugar, se analizaron las violaciones al debido proceso en el caso, trayendo a colación la doctrina de Corte de Fallos 139:154, “Tufano” y “R.M.J.”, en los que se determinó que las internaciones de-

(48) TSJ Córdoba, Sala Penal, “G., R.A.”, 21/11/2012, publicado en APC 2013-2-250 y APJD 18/12/2012, Abeledo Perrot n° AP/JUR/3627/2012.

(49) CSJN, “Antuña, Guillermo Javier s/ medida de seguridad”, Tomo 46, 13/11/2012.

bían estar protegidas por todas las garantías del debido proceso y en particular de las privaciones de libertad, a lo que se agregaba en el caso del art. 34, de la necesidad de acreditar la comisión de la conducta atribuida, que no obró bajo alguna justificación o excusa y que en caso de no haber sido incapaz de culpabilidad habría sido pasible de recibir una pena.

En un tercer momento, luego de determinar que no se habían alcanzado los estándares del debido proceso en el caso en concreto, se cita la doctrina del fallo "R.M.J.", y se sostiene que debía imponerse un límite máximo a la medida de seguridad. A criterio del Procurador, hay un derecho a conocer con anticipación cuál será el plazo máximo por el cual se extenderá la medida, debiendo existir una razonable proporcionalidad entre el ilícito cometido y la duración de la internación.

Más allá de expedirse sobre la constitucionalidad de las medidas de seguridad penales impuestas a inimputables, también se definieron algunas de las cuestiones analizadas en el trabajo. Se señaló la necesidad de acreditar la comisión de la conducta, así como su carácter penalmente ilícito. Se determinó que el control de la medida debía ser ejercido por la justicia penal, mientras que una vez que venciera el plazo máximo, la persona quedaría sometida al "régimen general del derecho civil".⁽⁵⁰⁾

Con respecto a la Ley de Salud Mental, una vez más se dejó pasar el tren. Era una oportunidad ideal para asentar el alcance de las disposiciones de la norma respecto de las medidas de seguridad penales. En tal sentido, la ambigüedad de algunas consideraciones del dictamen al que la Corte remite, contribuye a la falta de claridad en la materia. En efecto, al inicio del segundo considerando, se reseña el planteo de la defensa como una disyuntiva entre dos sistemas: el sistema penal y el sistema civil, en este último resultarían aplicables el art. 482 CC y la Ley de Salud Mental. De esta forma, se presentan como dos regímenes independientes, de los cuales la ley mencionada pareciera únicamente aplicable en el ámbito civil. Pese a que luego se señala más adelante que los estándares de tratamiento de esa norma resultan aplicables a todos los servicios de salud dirigidos a personas con padeci-

(50) Esta postura de la Corte terminaría con la discusión sobre la competencia para controlar las medidas de seguridad.

mientos mentales “cualquiera sea su naturaleza jurídica”, no termina de determinarse con precisión el papel crucial que debía jugar en el caso en estudio. Lo mismo ocurre en relación a los estándares del debido proceso, puesto que si bien se señalan cuáles fueron las deficiencias del procedimiento llevado a cabo, lo cierto es que solamente se cita el art. 18 de la Carta Magna, cuando el articulado de la ley es muy rico al respecto, y muchas de sus disposiciones resultaban violadas. Debe tenerse en cuenta, además, que según los términos del dictamen, la medida de seguridad fue impuesta por el Juez de Instrucción, cuando no habían transcurrido 48 horas de la conducta atribuida —respecto de la cual no se llevó a cabo un proceso de conocimiento tendiente a acreditarla—, sin intervención de las partes y con base en un único informe, realizado exclusivamente por un médico “quien se entrevistó sólo una vez con el imputado y emitió su informe escrito, de apenas unas pocas palabras, en menos de veinticuatro horas, en el que se recomendaba simplemente un tratamiento bajo algún régimen de internación”. Las particularidades de la forma en que se dispuso la medida de seguridad —la que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y la Cámara Federal de Casación Penal—, reclamaban un pronunciamiento más enfático, máxime teniendo en cuenta los escasos antecedentes sobre la temática.

En definitiva, se perdió una ocasión propicia para marcar el rumbo respecto del conjunto de derechos y garantías del ámbito de la salud mental que deben ser respetados por los tribunales penales al momento de dictar sus resoluciones.

La ley que adecua el ordenamiento interno a los instrumentos internacionales en la materia ya fue sancionada hace dos años y medio, resta ahora el cambio en la mentalidad de los operadores. En particular, aquí se analiza la recepción de la norma por parte de los tribunales criminales, pero también es largo el camino a recorrer por parte de otras instituciones que intervienen en relación a las medidas de seguridad penales.⁽⁵¹⁾ Será cuestión de ir generando conciencia sobre el cambio que ya operó y debe reflejarse en todos los actos relacionados a la ejecución de la ley de salud mental.

(51) Servicio Penitenciario Federal, hasta tanto se creen centros de internación específicos, Cuerpo Médico Forense, personal del PRISMA, etc.

5 | Conclusión

1. En primer lugar, considero que ya no es posible defender la imposición de medidas de seguridad como forma de control penal de la locura.
 2. Subsidiariamente, sólo resulta aplicable el art. 34 CP, debiendo descartarse las internaciones dispuestas en virtud del art. 77 CPPN, así como las medidas de seguridad impuestas durante la instrucción en virtud de sobreseimientos, ya que ellas importan la violación de la garantía del juicio previo. Además, deberán respetarse todas las garantías previstas para el derecho penal en relación a la imposición de penas. Varios son los instrumentos que contienen derechos y deben ser aplicados al imponer una medida en los términos del art. 34 CP, que lamentablemente en contadas oportunidades son citados por los tribunales penales.
 3. Particular atención debe prestarse a la ley 26.657 que hace ya más de dos años y medio ha reformulado el régimen de internaciones en el marco de la salud mental. Sobre todo, resultan directamente aplicables los arts. 7, 20, 21, 22, 23, 24 y 28 de la ley. Por lo que se vuelve inevitable que los jueces penales que dispongan internaciones apliquen todas esas disposiciones que, en definitiva, importan un cambio radical en las condiciones para que se imponga una medida de seguridad, así como el control que debe ejercerse sobre su cumplimiento.
 4. La Corte en el fallo "Antuña" dejó pasar una oportunidad propicia para marcar el rumbo respecto de la aplicación que de la ley deben hacer los tribunales penales.
-

Enrique Marí. Aportes de la teoría crítica del derecho en la encrucijada de los discursos acerca de la locura y el delito

por DÉBORAH EGLE DAMONTE⁽¹⁾

La corriente de la teoría crítica del derecho en la Argentina, cuyos primeros escritos fueron presentados allá por el año 1975, y que contaba entre sus inspiradores a Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos María Cárcova, entre otros, tuvo en la base de sus preocupaciones poner en juego categorías teóricas que permitieran dar cuenta de los anclajes del derecho con las formas históricas de la sociedad. Permeaba la idea de que para dar cuenta de la especificidad de lo jurídico, era menester comprender también la totalidad social estructurada que lo contenía y que para ello era necesario construir un saber multi y transdisciplinario que se desplegara como lugar de intersección de múltiples conocimientos: históricos, antropológicos, políticos, económicos, psicoanalíticos, lingüísticos, etc.

La obra de Enrique Marí sobresale en el campo intelectual y filosófico de nuestro país por razones bien conocidas y que nos es imposible condensar en estas notas. Aunque orientadas principalmente hacia la filosofía y a la

.....

(1) Abogada. Docente UBA y UNLa.

teoría crítica del derecho, que para él se relacionaba con la crítica de teorías, éstas ofrecen aportes que consideramos indispensables para la problemática de esta publicación: locura, delito e inimputabilidad. La riqueza de los textos seleccionados a nuestro juicio está dada por el hecho de que sin provenir de las disciplinas estricta y tradicionalmente vinculadas a los fenómenos del delito y la locura, proporciona herramientas de análisis para la comprensión de los distintos niveles de articulación, integración o desacople de los discursos en juego, aportes que estimamos indispensables para una labor interdisciplinaria crítica y emancipadora.

I | “*Moi, Pierre Rivière...*” y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales⁽²⁾

“El discurso jurídico debe comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión. Es evidente que esto le acuerda una atmósfera de extravagante de clandestinidad. Pero los juristas saben que en el límite esto es así: el discurso jurídico es en gran medida un discurso clandestino”.

El análisis que formula y desarrolla Enrique Marí en este texto está en el núcleo de lo que difusamente se llamó teoría crítica del derecho. De una riqueza extraordinaria para la epistemología de las ciencias sociales, ya que el hecho de que sus conclusiones sean producto del análisis de un caso criminal que tuvo como eje la discusión en torno a la constatación del estado mental de su autor es por demás sugerente y evidencia hasta qué punto puede ser fructífera la exploración en la intersección de los discursos que conciernen a la criminología, a la medicina legal y al derecho penal.

Comienza refiriéndose a la obra colectiva *Moi Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frere* (Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano) trabajo de investigación que bajo

(2) MARI, ENRIQUE, “*Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias sociales*” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1980; reproducido en *Papeles de Filosofía I*, Buenos Aires, Biblos, 1993, pp. 249/290. Todas las citas textuales que aparecen en este título corresponde al trabajo reseñado en esta nota.

la dirección de Michel Foucault en el Collège de France tuvo por objeto de estudio un caso criminal relatado en los “Anales de higiene pública y medicina legal” de 1836. En él se informa que se trata de un parricidio ocurrido en la pequeña comuna de Aunay, región rural de Calvados, al noroeste de Francia en el siglo XIX y que el deseo del grupo de estudio se centró en estudiar las relaciones entre la psiquiatría y la justicia penal por lo que el caso Rivière fue rescatado del olvido.

Marí desempolva el *dossier* criminal de Rivière y a modo de detective es guiado por una sospecha, cuyo contenido interrogativo implica una sustitución —dice— de los modos con los que se indaga y cuestiona la teoría del derecho, es decir, una rotación en la dirección de la crítica que puede ser expresada en distintas preguntas remitidas a la peculiar composición del discurso jurídico no sólo en cuanto ciencia, sino en la multiplicidad de sus usos técnicos y prácticos. Entonces:

“¿Con qué categorías conceptuales hay que dar cuenta de la presencia en el campo de producción semántico del derecho de otros discursos que, no obstante, ser distintos en su origen, forma y función, determinan y fijan las condiciones de su aparición material?, ¿cuál es el principio de control de producción del discurso jurídico que hace que esos otros discursos, después de haber intervenido como trama o como urdiembre en el período de su constitución, desaparezcan del producto final formado o se releguen a una esfera evanescente y secundaria de mera ‘auxiliaridad’?”

Con ello enuncia su tesis: entre el proceso de producción, de formación y constitución del discurso jurídico —que bien puede ser una determinada teoría o una resolución judicial— y en este discurso jurídico como producto final existe una ruptura, una discontinuidad, un desplazamiento cuyo desconocimiento permite a la teoría jurídica o a su enunciador hablar de un objeto jurídico de un campo semántico uniforme, postular una secuencia de homogeneidad y presentar lo que es un efecto de superficie como unidades ininterrumpidas existentes y completas desde su origen.

Antes de formular los desarrollos respectivos a la constatación de su tesis, destaca Marí cuál fue el punto alcanzado por el análisis que del mismo caso hizo Foucault, mencionando que allí anticipó ya las líneas seguidas

en *Vigilar y Castigar* y en *La Voluntad de Saber. Historia de la Sexualidad*. Es decir, el dominio de investigación concerniente a las relaciones entre poder y saber. Y anuncia así el sitio de despegue propio de su análisis que se centra en las relaciones de poder-saber en el punto exacto de inserción de los discursos no jurídicos con las instituciones y roles jurídicos y con la institución judicial.

Tras repasar los antecedentes compulsados y el recuento de los distintos discursos en el expediente (el Juez de Paz, el Procurador, el Presidente del Tribunal, los testigos y pobladores, los Médicos y el propio Rivière en su "Memoria" —suerte de confesión lisa y llana—) Marí advierte que cada uno de ellos, en tanto "piezas formales del proceso" no son meros actos de conocimiento o de resolución susceptibles de clasificar como "estrictamente jurídicos" y como "auxiliares" —entre estos los testimonios o las pericias médicas— sino que generan una compleja red de discursos presentes o ausentes que transportan relaciones de conocimiento y confrontaciones de poder de las que se inviste el campo semántico jurídico.

Promediando el texto Marí formula dos bellísimas digresiones —en cuya reseña no podemos extendernos aquí, pero que sería injusto no mencionar—. Una de ellas en torno a la ausente interpretación psicoanalítica de la confesión judicial de Rivière en la que aparece el temor al incesto y su vinculación a la lectura de los trágicos, en donde desde Freud en la práctica psicoanalítica había encontrado un espacio privilegiado para su articulación teórica. La otra vinculada a la conexión que encuentra Marí entre un rasgo descripto respecto de Rivière —su sadismo hacia animales y niños— con uno de los casos más importantes de la criminología argentina, también desarchivado para la ocasión, el caso de Cayetano Santos Godino de apodo "el Petiso Orejudo".

La cita de esta última digresión es fundamentalmente pertinente porque tanto en el caso de Godino como en el de Rivière la utilización de conceptos de la psiquiatría (sadismo, imbecilidad, locura moral) entró en colisión con otros discursos, con instituciones, con mecanismos de poder y control no escritos en el derecho, con roles y estructuras administrativas y, finalmente, con la lógica misma del llamado 'orden social' (principio defensista y peligrosista). Porque en los dos casos hay mucho para aprender sobre la forma en que se fue metamorfoseando/construyendo el discurso

jurídico que iba de las previsiones legales que eximían de pena a quien comete el crimen en estado de locura, inimputable para los expertos psiquiátricos, hasta las respectivas sentencias condenatorias. Porque se advierte en ellos que el destino del loco- criminal no estuvo en los textos de psiquiatría ni en los de las normas jurídicas, por más abiertas que se consideren sus texturas, sino en los textos de discursos ausentes o mencionados al pasar.

En el caso de Godino —absuelto en primera instancia— no interesó lo que dicen los peritos, Marí cita, entre otros, el voto de un Vocal de la Cámara que dictó la sentencia definitiva condenatoria

“...la absolución del loco moral, por otra parte, en nuestro país sería inconveniente porque sólo podría ser internado en los asilos ordinarios de alienados por la declaración de su incapacidad civil (...) y ello importaría a su vez un peligro social, puesto que esa internación no es permanente y está subordinada a diversos motivos y apreciaciones. Además el tratamiento carcelario y el nosocomial no difiere fundamentalmente en lo que a esos sujetos se refiere (...) la cárcel es la mejor solución del momento, porque brinda mayor seguridad para la sociedad”.

Se constatan también los ecos de la participación en la batalla de la opinión pública y la crónica periodística.

En Rivière, Marí analiza la formación del discurso jurídico indicando que además de los textos jurídico-normativos y psiquiátricos que constituyen el eje básico de confrontación se verifican en el expediente multiplicidad de otros textos de origen y función muy diferente: económico, moral, político religioso, ideológico y periodísticos; amen del texto del imputado que sedujo a los investigadores, recubrió a los otros e impuso su propia lógica sobre los hechos a la montada por los mecanismos judiciales. Destaca que el ingreso de estos discursos no se da armónicamente, sino en relaciones de disputas y luchas de conocimiento-poder cuyo resultado es la verdad, la cual es “redondamente racional” porque representa la “racionalidad” de una sociedad en un momento dado de su desarrollo, sus valores e ideologías que no siempre coinciden, sobre todo en los casos límites, con el sistema jurídico que los expresa.

Particularmente, en relación a la incorporación de la psiquiatría al expediente de Rivière constata Marí que confesados los delitos y probados sin margen de duda sólo quedaba resolver su estado mental, mediante el dictamen del perito oficial, se había agregado el informe de otro de renombre a pedido del defensor y finalmente se requirió una última exploración la de las eminencias de la psiquiatría de París que se pronuncian al ser alertados de que un loco parricida había sido condenado a muerte y a fin de influir en su petición de indulto de la pena capital. En particular, en cuanto al ingreso de este discurso se destaca que no siempre el "conocimiento" puede exhibirse en su máximo desarrollo, sino en la etapa y en el estado en que se lo permite su posición según la relación de fuerzas internas y externas en que está comprometido. Existió entre los psiquiatras intervinientes divergencias y discrepancias médico-legales en torno a la utilización de cierto concepto (monomanía) y, por ello, lo más importante del último informe que se desentiende de la disputa en torno a ese concepto, está dado por las firmas y el papel que buscan desempeñar en el expediente a favor de la nueva ciencia médica. Marí destaca que "por diplomática que haya sido su estrategia siete miembros de la cumbre médica no se movilizan por un criminal cualquiera, sino para hacer una demostración de poder". La pena capital fue conmutada por la de cadena perpetua, no obstante, el saber psiquiátrico no logró arrancarlo de la muerte y Rivière se ahorcaría en la penitenciaria.

Marí explica que, de todos modos, la sentencia capital no se debió a la debilidad del saber psiquiátrico en su inserción en la maquinaria judicial, debilidad de la que sería signo la división de los peritos. La Justicia tenía en 1835 otras razones para mostrarse severa: en el mismo momento en que se juzgaba a Rivière-parricida en Calvados se desenvolvía en París el célebre proceso a Fieschi y sus compañeros por el atentado regicida que en el Código Penal vigente figuraba como delito contra la seguridad del Estado y se lo conminaba con la misma pena que el parricidio, o sea la del crimen capital. Ambos procesos debían entrar en conexión y el parricida Rivière se convierte en la figura simbólica del regicida Fieschi (la tentativa estaba equiparada a la consumación) "...la emoción desencadenada por el atentado de éste va a sellar su destino judicial (...) la atenuación de la gravedad de su crimen podía aligerar el horror por un acto político que pesaba sin rastro escrito en el expediente Rivière".

Retoma Enrique Marí la tesis defendida en su trabajo para concluir que:

“...en el discurso jurídico no hay homogeneidad ni uniformidad semántica. Su modo de constitución es un proceso no continuo. Una decisión judicial (tomada como discurso tipo, aunque no encuentro razones para que no se extienda el análisis a otras unidades de discurso como las normas, por ejemplo) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que diferentes en su origen y función, se entrecruzan con él. Entre el proceso de formación y el producto-final formado hay una distancia, una ruptura una brecha. Este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una ‘creación’ judicial que pueda ser interpretada como decisión individual. En todo caso, tal decisión refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna. En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema productivo) de razones políticas (‘razón de Estado’, etc.) morales, ideológicas, etc.”.

2 | “José Ingenieros: el alienista, su loco y el delito”⁽³⁾

“Palabras sugerentes de José Ingenieros: el discurso del alienista no es psiquiátrico, su mandato no es enteramente médico”

En este trabajo Marí da cuenta del acto político a partir del cual se produce la mutación del estatuto social y antropológico de la locura, del pasaje, primero, de su etiología demoníaca y divina, a la conquista de la medicina para su administración y después a la rotación de sentido a partir de la cual es articulada a semejanza del delito.

Lectura doble y entrecruzada: “la locura se articula a semejanza del delito, a la manera de un ejemplar de la conducta desviada, y el delito se visualiza como enfermedad mental”.

.....

(3) MARÍ, ENRIQUE, “José Ingenieros: el alienista, su loco y el delito”, en Revista *Todo es Historia*, n° 173, octubre de 1981, reproducido en *Papeles de Filosofía I*, Bs. As., Biblos, 1993, pp.185/194. Todas las citas textuales que aparecen en este título corresponden al trabajo reseñado en esta nota.

En este modelo, surgido de los requerimientos y exigencias de la racionalidad de la sociedad contractual en el que la sinrazón desentona, la actividad del alienista —en la que Marí incardina la producción de José Ingenieros— es la de un experto en una práctica específica: promover nuevas formas de bloquear la locura haciéndola administrable.

Destaca Marí que en la obra de Ingenieros desde *Principios de Psicología* hasta su *Criminología* —en las que los términos de la biología y de la psicología sirven para definir también cuestiones sociales— va más allá de las aspiraciones propias del positivismo y sus ideales de ciencia unificada, y que, muy por el contrario, se trata de un engranaje teórico “con función de embrague” de cambio a otro discurso cuya práctica legítima, institucionaliza y reconoce al médico una competencia particular: “...la de intervenir en los problemas sociales que causa la locura a título de mandatario del interés general”.

Centrado en el análisis del programa de la *Criminología* de Ingenieros el autor advierte las mismas referencias biomédicas en las tres ramas en que se encuentra dividida la obra: su etiología criminal —que estudia las causas determinantes de los delitos— no debe presuponer el “libre albedrío” del delincuente, sino que busca el determinismo de su acto social; la clínica criminológica —que estudia los caracteres físico-síquicos de los delincuentes— no trata de establecer su “responsabilidad”, sino de fijar su grado de “temibilidad”, y la terapéutica del delito —relativa a las medidas de profilaxis o represión— no trata de “castigar” al delincuente suponiéndolo libre de preferir el mal al bien; sino que procura asegurar “...la defensa social contra sus actividades morbosas mediante instituciones preventivas y la segregación en establecimientos apropiados a los diversos casos”.

Plantea Marí que de este modo la estrategia del programa de Ingenieros es más amplia que la que enuncia, y que sus fines son plurales.

Por un lado, ganar en el tablero de la escuela clásica la cuestión esencial de los fundamentos de la pena: la biomedicina, la psicología biológica y determinista y el concepto evolutivo genético con que estudia las instituciones jurídicas “...configuran elementos de ataque a la escuela clásica del derecho penal y buscan invertir los principios de responsabilidad y culpabilidad que Cesare Beccaria, en *De los delitos y las penas*, basara el contrato social el consenso y la libre voluntad”.

Por otra parte, en el interior del tablero positivista en el que trabaja disputa con Lombroso por sus exageraciones iniciales relativas a las anomalías morfológicas descritas en *L'uomo delinquente*. Su crítica a éste se centra en la analogía entre el loco y el delincuente: la analogía en Lombroso es morfológica, la de Ingenieros es moral dice Marí, y en última instancia, una categoría de la producción: de su lógica, circuitos y realidad el loco queda excluido y tiene con los otros degenerados descritos por A. Morel un hilo común, el parasitismo y la infertilidad, irresponsable para el derecho penal. En la posibilidad de controlar preventivamente a tales "inadaptados a la vida en general" finca, en definitiva, el prestigio y la multiplicación de los poderes de la medicina.

"Secuestrarlos a título de peligrosidad" es la propuesta de José Ingenieros que Marí evoca.

3 | "Castigo y locura"⁽⁴⁾

"La locura es normativa...nos habla del deber quebrantado, tiene aroma a valores no respetados, a comportamientos marginados. No es una enfermedad simple, si es que hay alguna, ni un conjunto de piezas del tablero nosológico de la psiquiatría"

En este brevísimo trabajo, Marí va construyendo en torno a los personajes y la trama de la novela de Antón Chejov *La sala número seis* una descripción de la locura romántica del surrealismo: "La locura es una larga hilera de actos de fe amorosa por ella" y se pregunta si será posible proponer un camino que cubra la sideral distancia entre la locura romántica de los surrealistas y la locura castigo.

Destaca que la locura es normativa, es decir, que es un registro de funciones normativo y que sí entre castigo y locura existe una relación "necesaria", en el sentido de que es objetivamente producida por las prácticas históricas desde el más remoto trato de las sociedades con sus locos y fomentadas por las creencias, las supersticiones y los prejuicios seculares tejidos a su alrededor, algo relativo a la violación de las reglas, a la subversión del código

(4) MARÍ, ENRIQUE, "Castigo y Locura", en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n° 91, Madrid, Julio de 1989. Reproducido en *Papeles de Filosofía I*, Bs. As., Biblos, 1993, pp. 291/302. Las citas textuales del este título corresponden al texto reseñado en esta nota.

y la ley, a la interdicción y a la moral, tiene que estar presente en este vínculo locura/castigo que justifique al segundo por la primera.

Afirma Marí que de la lectura de los autores surrealistas se identifica como nota común el desorden. Entonces la locura es desorden, ruptura de reglas, se vincula con el deber y con la normatividad. Sólo que los surrealistas toman al desorden como único objeto digno de amor.

“La nota común que asocia la locura con el desorden mucho nos dice sobre la función normativa de la locura. Nos habla de una obcecación histórica que promueve valores sociales a su alrededor, nos habla de este enlace pertinaz entre una enfermedad natural y perteneciente al campo empírico, a las ciencias fácticas (psicología, psiquiatría, medicina mental, neuropsicología) y lo ético-normativo, forma un tejido estampado a fuego en las creencias y las prácticas de la sociedad, con emergencia y efectos en los mismos textos de esas ciencias donde lo fáctico se mezcla y confunde lo moral. Este tejido es, por así decirlo, una constante, un elemento invariable de nuestras respuestas sociales a lo que fascina y aterroriza al mismo tiempo”.

4 | Derecho y psicoanálisis

“Ochenta años necesitaron los juristas para darse por enterados de la existencia, en el sentido que aquí se describe de la teoría psicoanalítica, esto habla del cuidado que los juristas ponen en evitar someter el corpus magistral de su ciencia a sacudidas que puedan modificarla. Pero los juristas no deben sentirse molestos por tal constatación. Mucho tiempo necesitaron otras ciencias sociales, y también los teóricos del psicoanálisis, para comprender que el discurso jurídico es el discurso del poder social, y que en él deben probar sus llaves en el intento de abrir puertas de acceso a la comprensión de las conductas colectivas de los hombres”⁽⁵⁾

Otros aportes que pueden resultar de interés,, para los operadores del derecho, de la psicología y la medicina que nos acercamos a esta publicación son sin duda los que resultan de los trabajos vinculados a la perspectiva psicoanalítica del discurso jurídico.

(5) ENTELMAN, RICARDO, “Introducción”, en AAVV, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Bs. As., HACHETTE, 1982.

Señalaba Ricardo Entelman, en la primera publicación que se realizó específicamente bajo esta perspectiva, que el discurso jurídico apoyado en la fecundidad de sus propios mitos implementó siempre el ejercicio del poder social a través del silencio y el secreto, cuidando que no sea dicho lo que no debe decirse, distribuyendo con el poder la palabra y recortando las conductas sociales en la misma medida que se ocupa de la libertad y la justicia. Discurso altamente codificado, expresado a través de símbolos tendientes al desplazamiento permanente de los conflictos hacia lugares menos visibles, requiere una relectura capaz de “redescifrar” tales códigos y de iluminar los mecanismos de poder social. Destacaba que también la teoría psicoanalítica se ocupa del poder, aunque de manera distinta. Del poder allí donde se fusiona con el deseo, y que también el psicoanálisis requiere entonces acceder al discurso que ejerce el poder para acceder a la institución social y contribuir a la descripción de las relaciones poli-facéticas entre los que mandan y los que obedecen, desenganchando la explicación de las conductas sociales de los hombres de los ocultamientos estructurados por el discurso jurídico.

También aquí se distinguen los trabajos de Enrique Marí, entre los que merecen ser especialmente mencionados “La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham”⁽⁶⁾ en donde incluye un capítulo relativo a las ficciones en la lectura de Jacques Lacan y Pierre Legendre; “Una lectura freudiana de Hans Kelsen. A la búsqueda del banquete perdido” y “Hans Kelsen. La doctrina del eros platónico como un tratado freudiano de la sexualidad”.⁽⁷⁾

He aquí el lugar de una interdisciplinariedad fecunda a la que esperamos puedan contribuir estas apostillas a los encuentros de esta publicación colectiva, no en el sentido de la utilización de datos de una disciplina por la otra, sino en el sentido de una producción conjunta de nuevos conocimientos que no pierdan de vista la estrecha vinculación entre la práctica teórica y la historia del desarrollo real de las instituciones sociales en y para las cuales la misma se realiza, bajo el riesgo de olvidar, de otro modo, que la tarea teórica es una tarea política.⁽⁸⁾

.....

(6) AAW, *Derecho y psicoanálisis*, Bs. A., HACHETTE, 1987.

(7) Los dos trabajos publicados en AAW, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1991.

(8) ENTELMAN, RICARDO, *op. cit.*

La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad

por M. FLORENCIA HEGGLIN⁽¹⁾

I | Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "RMJ", del 19 de febrero de 2008, en pleno, y ya desde antes en el fallo "Tufano" (Fallos: 328:4832), del 27 de diciembre de 2005, ha dejado debidamente establecido que las personas con padecimientos mentales, especialmente cuando son recluidas coactivamente, sin distinción de la razón que motivó su internación, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros.

Conforme advirtió la Corte Suprema, estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole; por ende, erigiéndose como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla (Fallos: 328:4832, considerando 4).

.....
(1) Abogada. Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Defensora Pública Oficial a cargo de la Defensoría Pública Oficial N° 4 ante los Juzgados Nacionales de Instrucción y ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Co-titular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación.

Más recientemente, en el fallo “Antuña”, del 13 de noviembre de 2012, volvió a sostener que “la garantía del debido proceso que rige para toda privación de libertad en virtud del art. 18 de la CN adquiere un vigor especial cuando la razón que motiva el encierro es la incapacidad psíquica de la persona de cuya libertad se dispone”. Insistió en que toda internación, sea de origen civil o penal, debe ser evaluada en relación a su oportunidad, limitación temporal y condiciones de ejecución.

Sin embargo, en contra de los cuestionamientos constitucionales que, sobre las medidas de seguridad de índole penal (art. 34 CP), se realizaron desde la doctrina y la jurisprudencia,⁽²⁾ reafirmó la legitimidad de imponer una medida de seguridad penal a una persona declarada inimputable por haber cometido un “ataque ilícito” y con ésta, la legitimidad de mantenerla privada de su libertad en una unidad penitenciaria, bajo las mismas condiciones de detención y de trato que a las personas que fueron condenadas a una pena de prisión.

Más allá de ello, en miras de restringir su aplicación, en este mismo fallo, la Corte fijó pautas para asegurar una limitación temporal, pero además para acotar su imposición a los casos en que se haya demostrado

“...con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal de que el imputado ha cometido un ataque ilícito, que no ha obrado en virtud de alguna justificación o excusa y que por él habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad. En ausencia de una determinación así, no estaría justificado someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad”.⁽³⁾

(2) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2000, p. 67; y HEGGLIN, MARÍA FLORENCIA, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2006, p. 334 y ss. En igual sentido crítico, ver análisis del fallo “Antuña” realizado por PLAZAS, FLORENCIA en “Medidas de seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Ed. Hammurabi, T. 14, p. 149 y ss.; CNCP, Sala I, “Gómez, Gustavo s/ recurso de casación”, 13/04/2010; CCC, Sala I, “FRE s/ medida de seguridad”, 10/04/2012; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala B de feria, 14/01/2010 M., L. R.

(3) Ver dictamen del PGN, cuyos fundamentos y conclusiones comparten los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

En un contexto en el que la Corte Suprema ha reafirmado la legitimidad de mantener a aquellas personas, que fueron declaradas inimputables y "absueltas" del delito acusado, privadas de su libertad en una unidad penitenciaria, bajo un régimen de internación y de externación más severo del que le correspondería por su condición de persona con padecimiento mental (art. 482 del Código Civil y Ley Nacional de Salud Mental), las exigencias y restricciones previstas para su imposición adquieren una relevancia insoslayable.

Estas exigencias marcan la necesidad imperiosa de asegurar un reconocimiento pleno a la garantía del debido proceso que, en "Tufano" y "RMJ", se le reconoció a las personas que padecen una discapacidad psíquica y que se encuentran sometidas a proceso, con la consecuente obligación de demostrar, bajo las "reglas del contradictorio" y en resguardo del derecho de defensa, que la persona que resulte afectada por una medida de seguridad haya cometido un hecho típico y antijurídico, que no haya actuado bajo ninguna excusa, y que por éste, sino hubiera sido declarado inimputable, habría podido ser objeto de una pena privativa de libertad.

2 | Las reglas del contradictorio, el derecho de defensa y el derecho a ser oído

La obligación de respetar las "reglas del contradictorio" en un proceso penal, que puede derivar en una medida de seguridad de índole penal, se corresponde con distintos compromisos internacionales que, nuestro país asumió en materia de derechos humanos.

Por un lado, al suscribir la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 12 establece que "los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona", y cuyo art. 13 impone a los Estados el deber de asegurar "que las personas con discapacidad tengan acceso a la

justicia en igualdad de condiciones con las demás". Por el otro, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP). El art. 8.1 CADH reconoce a "toda persona, el derecho a ser oída con las debidas garantías (...) por un juez o tribunal competente (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella" y el art. 8.2.d. establece el "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". A su vez, el art. 14.1 del PIDCyP afirma que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

La persona con discapacidad cuenta con el derecho a ser oída y de poder ejercer su defensa en igualdad de condiciones con las demás personas. Y, en resguardo de este derecho, se construye el señalamiento que introduce la Corte Suprema cuando limita la imposición de la medida de seguridad a que "con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal" se demuestre que el imputado ha cometido un ataque ilícito, antijurídico y que, por éste, habría podido ser objeto de una pena privativa de libertad.

La persona tiene el derecho de defenderse de la acusación que media en su contra y de poder alegar y demostrar —personalmente y valiéndose de asistencia técnica— que el hecho no se cometió, o que no se participó en su ejecución, o que la conducta fue atípica porque actuó bajo un error de tipo, por ejemplo, o justificada porque se actuó en legítima defensa. También puede alegar razones que descartarían la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad y, en consecuencia, de conformidad con lo expuesto por la Corte, una medida de seguridad. Y todo ello, previo a considerar si actuó sin capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y si corresponde, entonces, imponer una restricción de su libertad.

En resguardo de la contradicción y del derecho de defensa, se debe garantizar el derecho de toda persona acusada a ser oída, especialmente si consideramos que, bajo la fachada de una absolucón, será privada compulsivamente de su libertad en una unidad penitenciaria, en las mismas condiciones que de haber sido condenada.

En resguardo del derecho de defensa de la persona con discapacidad, se ha expresado históricamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha establecido, expresamente, el derecho del sujeto afectado a ser oído y a defender su causa. Así, desde el fallo "Winterwerp", del 24 de octubre de 1979, se ha establecido como necesario que "el interesado pueda comparecer ante un órgano judicial y tener la posibilidad de ser oído personalmente o en su caso, mediante alguna forma de representación" y, en ese sentido, se aclara que "las enfermedades mentales pueden restringir o modificar este derecho en la forma de ejercerlo pero no pueden justificar un ataque a lo que es su propia esencia".

Acordarse de este derecho y defenderlo fortalece la condición de persona del sujeto imputado en un proceso penal, cualquiera sea su condición mental.

3 | Capacidad procesal para estar en juicio y derecho de defensa

Vinculado al derecho a ser oído y al derecho de defensa, aparece la capacidad procesal para estar en juicio como requisito de legitimación para intervenir como imputado en un proceso penal. Si el acusado carece de esta capacidad procesal, se encuentra, como veremos, impedido de actuar, de ser oído y defenderse.

El análisis de este recaudo procesal que impone la legislación procesal deja en evidencia, por un lado, los distintos problemas que se plantean en la defensa de las personas acusadas de cometer delito que padecen una discapacidad mental y, por el otro, la falta de una adecuada regulación procesal sobre las consecuencias que se derivan de los supuestos en que la persona carece de esta capacidad.

Por lo demás, la incapacidad procesal del sujeto para estar en juicio, y las consecuencias que de esta incapacidad pueden derivarse para el derecho de defensa, es transversal tanto a la etapa de instrucción y de juicio como a la misma ejecución de la medida de seguridad, ya que en esta etapa también el imputado cuenta con derechos cuya defensa debe garantizarse.

3.1 | La incapacidad procesal afecta el derecho de defensa

En primer lugar, corresponde precisar de qué hablamos cuando nos referimos a capacidad procesal para estar en juicio. Sobre el punto, Castex destaca que

“este tema nada, nada, absolutamente, nada tiene que ver con la condición mental del acusado en el momento en que se produce el hecho ilícito imputado (...) las condiciones psicopsiquiátricas exigidas para valorar una conducta (la imputada) como no punible (art. 34, inc. 1º CP) debe considerarse totalmente diversas cuando se pregunta acerca de la capacidad que debe tener el imputado para comprender las características del injusto que se le enrostra y, asimismo, de la capacidad que debe gozar para responder de modo razonable a la acusación a lo largo del juicio. La capacidad de un imputado para estar en juicio, inquiera sobre el ahora en el inicio del proceso, mientras que la determinación de la culpabilidad o inculpabilidad por razones psíquicas remite necesariamente en el pasado, a la conducta que, enrostrada, funda el procedimiento”.⁽⁴⁾

Así, pues, no se trata de determinar la imputabilidad penal de una persona (si tiene o no capacidad de culpabilidad en relación con el hecho investigado). Se trata de averiguar si la persona acusada tiene capacidad de ser sometida a investigación o enjuiciamiento, con independencia de si en el momento de realizarse el hecho investigado esa persona era o no imputable; en definitiva si tiene o no lo que Castex llama capacidad para intervenir en el juicio o “capacidad procesal” o “capacidad de autodefensa” o lo que en el derecho anglosajón se conoce como “*competence to stand trial*”.⁽⁵⁾

Al evaluar la capacidad procesal de la persona, durante el proceso o en el momento de iniciarse, y no con anterioridad a él, debemos colocarnos desde el momento del hecho. Se trata de determinar si una persona que

.....

(4) Ver CASTEX, MARIANO, *Capacidad para estar en juicio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2007, p. 24.

(5) Ver GRIMA LIZANDRA, VICENTE, “El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas”, en *Revista jurídica de la comunidad valenciana*, n° 34/2010.

tiene gravemente comprometidas sus capacidades mentales, de tal modo que le impidan participar eficazmente en su defensa, puede ser sometida a proceso penal. De manera que, como señala Grima Lizandra, podemos encontrarnos ante tres situaciones:

1. la persona es inimputable al momento de comisión del hecho y durante el proceso no tiene capacidad procesal;
2. es inimputable al momento del hecho, pero tiene capacidad procesal;
3. es imputable respecto del hecho realizado pero, por causa de una anomalía psíquica sobrevenida, no tiene capacidad de defenderse en el proceso.⁽⁶⁾

Está claro que si la persona es inimputable al momento del hecho pero cuenta con capacidad procesal para estar en juicio, podrá ejercer debidamente su defensa en resguardo de su derecho a ser oído y de defensa. Podrá alegar, por ejemplo, que por efectos de un cuadro de intoxicación agudo por consumo abusivo de alcohol o estupefacientes obró bajo los efectos de un error psíquicamente condicionado o sin capacidad de comprender la criminalidad de sus actos o de adecuar su conducta a dicha comprensión. Y, en consecuencia, podrá aportar información que dé cuenta de esa perturbación mental transitoria (cuánto tiempo antes en relación al hecho consumió, qué cantidad, las limitaciones que tal consumo le trajo en su capacidad de percepción y en su conducta, las personas que lo acompañaban, entre otros aspectos), que le permitirá a su defensor fundar jurídicamente su descargo, así como también podrá aportar elementos para justificar la falta de necesidad de imponer una medida de seguridad restrictiva de su libertad.

El problema y la discusión se presentan en la primera y última situación, en las cuales la persona acusada no cuenta con capacidad procesal para responder de modo razonable a la acusación a lo largo del juicio.

Tradicionalmente se ha entendido que el imputado presenta capacidad de intervención si sus condiciones biopsicológicas le permiten defenderse personalmente, con poder de entender o de querer y, por tanto, de ejercitar sus derechos y hacer valer sus intereses jurídicos en el proceso.⁽⁷⁾

.....

(6) *Ibid.*

(7) Ver CLARIA OLMEDO, JORGE, *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., Ediar, 1960, p. 398.

La doctrina moderna⁽⁸⁾ ha generado acuerdo en definir como capacidad procesal para estar en juicio a la capacidad para responder la acusación, de comprender los detalles de evidencia en su contra y de poder seguir el curso del proceso entablado en su contra, con la posibilidad de instruir debidamente a sus letrados defensores y de enfrentar sólidamente al fiscal. Esta capacidad incluye, además, la posibilidad de discernir sobre las alternativas (procesales y no procesales) de su caso. No alcanza con comprobar que el sujeto tiene capacidad de responder preguntas, o de prestar declaración, o de que su declaración se entienda. Se trata de algo diferente: de la capacidad del imputado de decidir —previa comprensión de los consejos de su abogado— si declara o no, así como el contenido de la declaración que más le convenga.

Resulta, entonces, evidente que para negar la capacidad procesal no basta con constatar la presencia de una discapacidad mental. Se exige, además, que esa alteración afecte sus posibilidades de ejercer su defensa.

3.2 | La incapacidad para defenderse no puede ser suplida por el abogado defensor⁽⁹⁾

En segundo lugar, debemos tener presente que nuestro sistema procesal, puntualmente el Código Procesal Penal de la Nación, permite al abogado defensor intervenir autónomamente en el procedimiento, pero con excepción de determinados actos procesales que son de exclusiva incumbencia del acusado: la declaración indagatoria y la oportunidad de declarar en la audiencia de debate.

Por lo demás, el sistema procesal prevé la finalización del proceso a través de institutos procesales distintos del juicio oral: la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado. Se trata de institutos en los cuales el imputado compromete su comportamiento futuro o incluso, en el juicio abreviado,

(8) Ver GRIMA LIZANDRA, *op. cit.* El autor refiere que en Estados Unidos la "capacidad procesal" (*competence to stand trial*) se determina según el llamado "Dusky Standard", fijado por la Suprema Corte en el caso "Dusky c/ Estados Unidos" (1960), en el que se dijo que esta capacidad existe si el acusado tiene suficiente capacidad actual para consultar con su abogado con un grado notable de comprensión racional, y si la tiene para comprender las razones y los hechos del procedimiento contra él.

(9) El razonamiento que desarrolló a continuación supone una revisión de las ideas presentadas, sobre este punto, en el libro *Los enfermos mentales en el derecho penal*, *op. cit.*, p. 356 y ss. Profundizar en el estudio de este problema me hizo revisar esta posición.

renuncia a la realización de un juicio y confiesa su participación en el hecho a cambio de una pena solicitada por la fiscalía que actuará como límite para el Tribunal. Estos institutos exigen del imputado una acabada comprensión no sólo de los hechos sino también de sus consecuencias jurídicas; ello por cuanto el abogado no puede actuar autónomamente sino como mero asesor letrado de una decisión que debe ser tomada exclusivamente por el imputado. Es el imputado quien compromete comportamientos futuros y renuncia a la realización de un juicio oral y público donde probar su inocencia.

Concurren dos sujetos procesales: el primero, en virtud de su defensa material; el segundo, llevando a cabo la defensa técnica —entendiendo por defensa material la suma de actividades a través de las cuales el imputado contribuye personalmente a la reconstrucción del hecho y a la individualización de la consecuencia jurídica, y por defensa técnica, la asistencia brindada al imputado por su abogado defensor, que desarrolla su propia función en el procedimiento, invocando a favor de aquél—. Sin embargo, ello no implica que el abogado defensor pueda desvincularse por completo del interés ni de la opinión de su asistido en el modo de conducir la línea de defensa; por el contrario, “el defensor se debe al imputado, y en el marco de respeto a la ley que le impone su profesión interviene autónomamente en el procedimiento de la manera más beneficiosa para los intereses de su asistido que es el destinatario de los efectos de su actividad, no pudiendo desconectarse ni de las solicitudes ni de las indicaciones de aquél”.⁽¹⁰⁾

Como ha dicho la Corte Suprema, “es evidente el derecho de quien ocurre ante la justicia como actor o demandado, querellante o acusado, para elegir la persona, que llenando las condiciones legales, produzca en su nombre los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, conforme a la garantía de la libre defensa en juicio que menciona el art. 18 de la CN”. Sin embargo, agregó, “no es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio, aun cuando éste sea inteligente, diligente y recto, porque solamente la parte interesada esa la dueña de las condiciones en que, dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuanto estos sea, como en el juicio criminal, los esenciales de vida, libertad y honor” (CSJN, “Fernández, Mario R.”, 27/06/1989).

(10) Ver LÓPEZ PULEIO, MARÍA FERNANDA, “Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente”, en *Penas y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal: Defensa Pública*, n° 5, p. 34.

En resumen, podemos concluir con la doctrina,⁽¹¹⁾ que a) el titular del derecho de defensa es el imputado; b) la defensa técnica es un complemento de la autodefensa. El derecho de asistencia letrada tiene carácter instrumental: el imputado tiene derecho a que un abogado le defienda, le asesore para su mejor defensa; c) la asistencia letrada ni sustituye ni consume la autodefensa. La imposibilidad o incapacidad de autodefensa no puede ser suplida ni subsanada por la defensa técnica.

Esta restricción guarda directa relación con el derecho del imputado de “hallarse presente en el proceso”, derecho previsto en el apartado d) del art. 14 del PIDCyP. Cafferata Nores⁽¹²⁾ expresa que la defensa presupone el derecho del imputado de intervenir personalmente en su caso, de “hallarse presente en el proceso”. Es por eso que, si bien la investigación preliminar puede comenzar a desarrollarse en ausencia de aquél, no podrá producirse la acusación, ni realizarse el juicio oral y público si esa ausencia se mantiene.

Así como resulta imposible llevar adelante un juicio en rebeldía, en igual sentido, resultaría imposible llevarlo adelante si no cuenta con capacidad física y mental para comprender la imputación, elegir los argumentos de descargo o para discernir sobre las alternativas procesales y la estrategia de defensa.

La conclusión es, entonces, que resulta contrario al derecho de defensa y a los derechos que lo conforman —entre ellos, el derecho de hallarse presente en el proceso y el derecho a ser oído—, la tramitación de un proceso penal contra una persona desde el momento en que se constata su incapacidad para ejercer con eficacia su derecho de defensa.

3.3 | Regulación normativa

En el Código Procesal Penal de la Nación hay una única norma que regula el supuesto en que el imputado carece de capacidad procesal para estar en juicio, y lo hace de un modo insuficiente y contradictorio con otras normas del sistema.

(11) Ver GRIMA LIZANDRA, VICENTE, *op. cit.*

(12) Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Proceso penal y derechos humanos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2000, p. 110.

El art. 77 regula que si la incapacidad mental del imputado sobreviniere durante el proceso, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa, y que si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquel en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento en que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados. Si curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto.

En esta norma, el legislador reguló la situación del imputado sin capacidad procesal para estar en juicio, pero lo hizo en exclusiva referencia al supuesto de incapacidad que sobreviene al inicio del proceso.

Por otro lado, corresponde señalar que el art. 77 no se refiere a la misma capacidad de comprensión que se menciona en el art. 76 CPPN. El art. 76 se refiere a la capacidad de comprender la criminalidad del acto, que presupone el juicio de imputabilidad; por su parte, el art. 77 se refiere a la capacidad procesal para estar en juicio, pero con expresa mención de la incapacidad sobreviniente —esto es, la incapacidad procesal que sobreviene al inicio del proceso—. El imputado inicia el proceso con capacidad procesal, pero durante su desarrollo se torna incapaz.

El art. 76 no regula las consecuencias de la falta de capacidad procesal, sino que regula la situación del imputado sobre el cual, a primera vista, surgen indicios de inimputabilidad en el hecho. En tanto la inimputabilidad todavía no se ha demostrado, todavía no puede imponerse una medida de seguridad con internación en los términos del art. 34, inc. 1 CP. Ahora bien, este mismo artículo prevé la posibilidad de “disponer provisionalmente su internación en un establecimiento especial si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros”.

Si la persona cuenta con capacidad procesal, y está en condiciones de ser oída y de ejercer su defensa, esta internación provisional se comporta como una medida cautelar que, bajo los mismos presupuestos restrictivos de la prisión preventiva, está dirigida a asegurar la realización de un juicio en el que se analizará si el sujeto cometió un acción típica (“ataque ilícito”) y antijurídica no culpable por carecer de capacidad de culpabilidad (inimputabilidad). En ese caso, la regulación se ajustaría al supuesto previamente analizado (situación 2), que no presenta discusión.

De considerar que también encuadra en este supuesto normativo, el caso en que hay sospecha de que la persona actuó sin capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y que carece además de capacidad procesal para estar en juicio, corresponderá analizar, en función de lo previsto en el segundo párrafo de ese artículo, si el abogado defensor puede suplirlo en su defensa personal y si corresponde mantener a esta persona privada de su libertad de forma “provisional” o “cautelar” bajo el sistema penal. Adelanto desde ya que la respuesta es negativa por las razones que se dieron —y sobre las cuales volveremos—, debiéndose suspender el curso del proceso, sin posibilidad de mantener una medida cautelar de índole penal.

El art. 77 se refiere exclusivamente a la incapacidad procesal sobreviniente —esto es, a aquella que surge a partir de una anomalía psíquica sobrevenida—; así las cosas, esta norma no ofrece solución respecto de aquella incapacidad procesal ya presente desde el inicio del proceso y que se mantiene a lo largo de su sustanciación. Una interpretación respetuosa del derecho de defensa impone también en estos casos proceder a la suspensión del proceso.

Más allá de su literalidad, debe aplicarse a todos los casos en los que conste la incapacidad procesal del imputado para estar en juicio por causa de anomalías psíquicas. El fundamento de la procedencia de la suspensión y de la imposibilidad de continuar el proceso está en la incapacidad de autodefensa del imputado. Es irrelevante el momento en el que surgió; lo determinante es que exista durante el trámite del proceso.

4 | Falta de capacidad procesal para estar en juicio, suspensión del trámite y ¿medida de seguridad?

El art. 77 CPPN prevé que el juez o tribunal no sólo se encuentran facultados para suspender el trámite, sino que además se encuentran autorizados para imponer una internación “si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros”. Una interpretación constitucional del texto sólo habilita la imposición de una medida de internación encauzada bajo las pautas de internación y externación del sistema civil y de la Ley Nacional de Salud

Mental. Esta medida restrictiva de su libertad, en tanto se trate de una medida de seguridad de índole penal, resultaría, como se demostrará, contraria a las "reglas del contradictorio", al derecho de defensa y al derecho a ser oído, así como también al principio de legalidad.

En España se planteó esta misma discusión. En ese país, la solución legislativa incluye, expresamente, la posibilidad de imponer una medida de seguridad de carácter penal fundada en la peligrosidad del sujeto, a aquellas personas respecto de las cuales se suspendió el trámite por falta de capacidad procesal. Se remite a la medida de seguridad prevista como consecuencia de una declaración de inimputabilidad.⁽¹³⁾

Y, ante esta posibilidad legislativa, se dirigieron críticas centradas en distintos argumentos. Por un lado, se destacó que no puede ser sometido a juicio el imputado que tiene alteradas gravemente sus facultades psíquicas, y que carece de capacidad procesal y de autodefensa. Eso sería un juicio sin las debidas garantías, que no sólo no tendría validez, sino que tampoco tendría utilidad en tanto la sentencia dictada tras un juicio sin garantías es injusta. Por el otro, se impugnó la posibilidad de imponer una medida de seguridad por cuanto este tipo de consecuencias jurídicas sólo podrían imponerse luego de un juicio en el que se demuestre que el sujeto participó en la comisión de un hecho típico y antijurídico.⁽¹⁴⁾

Esta posición también fue sostenida por el Tribunal Supremo Español, pero luego de ir y venir en propuestas manifiestamente cuestionables.

En 1927, el Tribunal Supremo Español planteó la cuestión en un caso de demencia sobrevenida. En ese caso, si bien los informes médicos habían concluido que, por el carácter progresivo de su enfermedad, era imposible que el procesado entendiera y contestara las preguntas que le harían en el juicio, éste se celebró en prisión, con el procesado con camisa de

(13) Conforme señala Grima Lizandra, los principales problemas surgen en torno a la interpretación y aplicación del art. 383-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en tanto ésta dispone que "si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia".

(14) Ver GRIMA LIZANDRA, *op. cit.*, y GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, NICOLÁS, "Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 9, Bs. As., Ad-Hoc.

fuerza puesta y dos custodias a su lado. La audiencia lo condenó a pena de prisión, y el Tribunal Supremo Español revocó la condena por entender que el juicio requería la consciente presencia del acusado, lo que no se daba cuando estaba en ausencia intelectual y moral. Sin embargo, impuso una medida de seguridad de internación.⁽¹⁵⁾

El 2 de abril de 1993 se planteó un caso similar, en el cual la mayoría del Tribunal declaró la nulidad del fallo condenatorio por afectación del derecho de defensa e impuso también una medida de seguridad. Los jueces coincidieron respecto de la nulidad del fallo condenatorio por afectación al derecho de defensa. Así, entre otros argumentos, señalaron que

“...la celebración del juicio dado el estado del proceso le había colocado en una posición de absoluta inferioridad e indefensión para afrontar un juicio de tan extraordinaria importancia para el mismo —acusado de un delito de asesinato, había dado 28 puñaladas a la víctima— lo que ha supuesto clara y terminantemente infracción al derecho de tutela efectiva en el ejercicio de su derecho a defenderse y consecuentemente a no sufrir indefensión, así como su derecho a un juicio justo”.

Y agregaron que también se había quebrantado el principio de igualdad de armas. Sobre el punto dijeron que

“las facilidades para dotar a una persona de la debida asistencia técnica de letrados aparece recogida en el ordenamiento procesal, pero el complemento ineludible de esta garantía viene constituido por la posibilidad efectiva de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa siguiendo con la debida atención todas las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al Tribunal aquellas observaciones que fuesen pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia que pudiese surgir en el desarrollo del juicio. No existió una verdadera igualdad de armas procesales”.

La mayoría no se refirió a la medida de seguridad.

Por el contrario, el Juez Bacigalupo compartió el voto de la mayoría en cuanto a la afectación del derecho de defensa, pero impugnó la constitucionalidad

(15) Citado y analizado por GRIMA LIZANDRA, VICENTE, *op. cit.*

de la medida de seguridad. Así, señaló que las medidas de seguridad son consecuencias penales que exigen constatar no sólo si el acusado presenta peligrosidad que justifique la medida sino, además, con carácter previo, si es autor de una acción típica y antijurídica. Ello sólo puede demostrarse en un juicio celebrado con todas las garantías. En resumen, resulta imposible realizar el juicio por falta de capacidad procesal del imputado, pero tampoco resulta posible la imposición de una medida de seguridad puesto que, para su aplicación, resulta imprescindible la realización de un juicio en el que se demuestre la materialidad del hecho y la participación del imputado en su ejecución.⁽¹⁶⁾

El criterio del Tribunal Supremo Español tuvo sus vaivenes. El 23 de julio de 2004 (STS 5510/2004) se ordenó la realización de un juicio oral aún cuando se había demostrado que el imputado carecía de capacidad procesal. Se concluyó en base a un criterio utilitarista: como era necesario imponer una medida de seguridad por cuanto el imputado revestía peligrosidad para sí y para terceros, y como esto sólo podía hacerse en sentencia, procedía celebrar el juicio a pesar de que el acusado no pudiera defenderse de él.

Y finalmente, en 2006 (STS 669/2006, del 14 de junio), la solución fue diferente. En este caso, los problemas mentales que el acusado tenía al momento de los hechos se agravaron durante la tramitación del procedimiento, hasta el punto de llegar a ser declarado incapaz absolutamente por sentencia de un juzgado civil. La audiencia condenó y el TS anuló por entender que la defensa del imputado exige la participación del imputado en el proceso y su presencia activa: el derecho de autodefensa no queda consumido por la defensa técnica. Si bien no declaró la inconstitucionalidad de la norma, tampoco impuso una medida de seguridad.

El repaso de la discusión en España demuestra la entidad del problema, y las palabras de Bacigalupo revelan la solución más respetuosa de las "reglas del contradictorio", del derecho de defensa y del límite que la Corte Suprema estableció a las medidas de seguridad, en cuanto señaló que no se pueden imponer sin haberse demostrado que el sujeto realizó un "ataque ilícito" y antijurídico, y sin que medien excusas que lo absuelvan.

.....

(16) Ver STS 2265/1993, publicado en el Centro de Documentación Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Documentacion_Judicial/Jurisprudencia_/Sentencias_de_actualidad/Tribunal_Supremo

Como expuso el Magistrado: “las medidas de seguridad son consecuencias penales que exigen constatar no sólo si el acusado presenta peligrosidad⁽¹⁷⁾ que justifique la medida, sino además, con carácter previo, si es autor de una acción típica y antijurídica. Ello sólo puede demostrarse en un juicio celebrado con todas las garantías”.

En definitiva, resulta imposible imponer una medida de seguridad penal previo a haberse realizado un juicio en el que se garantice el derecho de defensa al acusado con un padecimiento mental. Si el imputado carece de capacidad procesal para estar en juicio —y en resguardo del derecho de defensa, del derecho a ser oído y a la igualdad de armas—, el trámite del proceso debe suspenderse sin posibilidad de imponerle una medida de seguridad.

En ese sentido, es indiferente que esa discapacidad haya comprometido, además, su capacidad de culpabilidad (imputabilidad). La imposibilidad de realizar el juicio bajo “las reglas del contradictorio” clausura la posibilidad de evaluar la participación del sujeto en el hecho, la tipicidad de la conducta y su antijuridicidad; y, con ésta, toda posibilidad de restringir la libertad bajo una medida de seguridad.

5 | El principio de legalidad: otra razón constitucional que clausura las “medidas de seguridad predelictuales”

El art. 34, inc. 1° CP establece la inimputabilidad de quien, en el momento del “hecho”, ya sea por insuficiencia de sus facultades, ya por alteraciones morbosas de las mismas, no haya podido comprender la criminalidad del “acto” o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

(17) En nuestro sistema, a partir de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, el juicio de peligrosidad debe ser reemplazado por “situación de riesgo cierto e inminente”. En igual sentido, ver PLAZAS, MARÍA FLORENCIA *op. cit.*

La imposición de la medida de seguridad está condicionada a una declaración jurisdiccional de inimputabilidad del sujeto que cometió el acto. En efecto, esta última ha sido concebida como la primera condición exigida para la imposición de las medidas de seguridad; siendo necesario que dicha declaración sea realizada jurisdiccionalmente en forma expresa. Sólo una declaración jurisdiccional en tal sentido puede dar fundamento a tan seria interferencia en la libertad del individuo.⁽¹⁸⁾

En segundo lugar, corresponde recordar que la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto. De allí que a la persona pueda imputársele un injusto y no otro. Un débil mental puede tener capacidad de pensamiento en abstracto para comprender la antijuridicidad de un homicidio, que no demanda gran nivel de abstracción, pero no tenerla para comprender el contenido injusto de ciertos delitos económicos que exigen, por lo general, una capacidad de pensamiento abstracto de mayor alcance.⁽¹⁹⁾

En el mismo sentido, el Código Penal hace referencia a la insuficiencia de las facultades y de alteración morbosa de las mismas —que, en definitiva, no son más que los efectos psicológicos que requiere para que haya inimputabilidad—, pero siempre que esas circunstancias hayan impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, lo cual demanda claramente la valoración jurídica de la intensidad de esos estados en referencia al contenido injusto del hecho concreto. La inimputabilidad penal es un concepto psicológico-jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito sólo ilustra con los datos de su saber.⁽²⁰⁾

De allí que para determinar la inimputabilidad no alcance con saber que la persona acusada de cometer un delito padecía, al momento del hecho, una insuficiencia de o alteración morbosa de sus facultades mentales; es además necesario conocer las circunstancias que rodearon al hecho, así como cuál fue su concreta participación en la ejecución. Sólo así podrá saberse la incidencia que tales estados tuvieron en su comportamiento.

(18) Ver Causa N° 2448, caratulada "Bruna, Darío Abel s/ recurso de casación", del 23/02/2001.

(19) Ver ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *op. cit.*, p. 658.

(20) Ver ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 665.

Asimismo, en tanto la imputabilidad es la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión, su ubicación sistemática se encuentra en el mismo nivel analítico en el que se halla, por un lado, la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad y, por otro, la ausencia de situación constelacional reductora o constrictora por otro —esto es, en la culpabilidad—. ⁽²¹⁾

En función de la ubicación sistemática otorgada a la imputabilidad, debe sostenerse que el inimputable debe beneficiarse con todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal. La ausencia de cualquiera de los elementos del delito, será un obstáculo que impedirá la imposición de medida alguna. ⁽²²⁾

Righi agrega que, previo a analizar la imputabilidad del sujeto, como primera condición de una medida de seguridad, debe demostrarse:

1. La realización de una acción u omisión.
2. Que se haya integrado el tipo sistemático. En el caso del delito doloso, además de la comisión del hecho previsto en la ley, será necesario que el inimputable haya conocido los elementos del tipo objetivo y querido realizarlos.
3. La realización del tipo debe ser antijurídica, esto es, no amparada por causas de justificación.
4. Es preciso, además, que no hayan mediado causas de inculpabilidad que resulten compatibles con el estado de inimputabilidad. No es dudoso que un enfermo mental pueda tener miedo o ser víctima de una coacción y de mediar estas circunstancias que explican la realización del injusto, no es posible someterlo a una medida de seguridad.

Mayores problemas se presentan en el ámbito del error sobre la existencia de la prohibición. Salvo el caso de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, ⁽²³⁾ que es posible que afecte a un inimputable,

.....

(21) La ubicación sistemática de la imputabilidad ha sido objeto de discusión doctrinaria. Aquí se parte de la ubicación que, hoy por hoy, tiene más consenso en nuestro sistema jurídico penal.

(22) Ver RIGHI, ESTEBAN, "Derecho penal de inimputables permanentes", en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. I, n° 1, p. 227.

(23) Debo destacar que suscribo aquellas posiciones que definen a este tipo de error como un error sobre el aspecto objetivo de la justificación y no como un error de prohibición que debe analizarse en la culpabilidad.

no resultarían admisibles los restantes, ya que presuponen una capacidad de comprensión del sentido de las normas de las que carecería la persona con discapacidad.⁽²⁴⁾

Por ello, sólo es posible someter a medida de seguridad a quien ha realizado un injusto penal y ha sido declarado inimputable. Si en la realización del hecho ha mediado, más allá de la discapacidad mental del sujeto, una circunstancia excluyente de la responsabilidad, no existe base suficiente para imponer la medida.

La imposición de la medida de seguridad prevista en el art. 34, inc. 1º, requiere una declaración jurisdiccional de inimputabilidad para la cual se necesita, por un lado, conocer las circunstancias del hecho y el grado de participación que la persona tuvo en su comisión y, por el otro, demostrar que, en su realización, no medió una circunstancia excluyente de la responsabilidad distinta de la inimputabilidad —error de tipo, error sobre los presupuestos de la causa de justificación, la configuración de una causa de justificación o de otra causa que haya excluido la culpabilidad (estado de necesidad exculpante), por ejemplo—. Una declaración jurisdiccional que, a la vista de todas las condiciones que impone demostrar, sólo podrá dictarse después de la celebración de un juicio oral, público y contradictorio con todas las garantías.

Así, dictar en la etapa de instrucción, o previa al debate, una resolución de sobreseimiento por inimputabilidad que incluya una medida de seguridad porque se considera a la persona criminalmente peligrosa⁽²⁵⁾ supone una solución contraria a los principios de inocencia y de legalidad. En efecto, el principio de inocencia se afecta en tanto se impone una medida restrictiva de la libertad sin haberse realizado previamente un juicio oral, contradictorio y respetuoso del derecho de defensa y de las garantías del debido proceso, en el que la persona pueda alegar y demostrar su inocencia. Por otro lado, la no celebración del juicio oral y la consecuente no comprobación de la existencia del hecho, de la participación del imputado en su ejecución y de que este hecho sea típico y antijurídico convierte a la medida de seguridad en una medida predelictual contraria al principio de legalidad.⁽²⁶⁾

(24) Ver RIGHI, *op. cit.*, p. 227.

(25) Tal como hizo el Juez de Instrucción N° 30 en el fallo “Antuña”.

(26) Ver DEL ROSAL BLASCO, B. “Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad y de la imputabilidad disminuida en el derecho español”, en AAVV, *La imputabilidad en general en el derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 258 y 260 (ver nota 102).

Aun quienes insisten en considerar a la peligrosidad como el fundamento de la medida de seguridad requieren la configuración de un hecho típico y antijurídico como presupuesto para sostener su imposición. La peligrosidad para operar como fundamento de una medida de seguridad requiere de la comisión previa de un hecho previsto en la ley como delito. Ello así a fin de excluir cualquier intención de alcanzar en el concepto de peligrosidad un “estado peligroso sin delito”, lo que atenta contra el principio de legalidad.

En consecuencia, la persona que no cometió un hecho previsto en la ley como delito —en tanto hecho típico y antijurídico— no podrá verse sometida ni a un proceso ni a una medida de seguridad de carácter aflictivo impuesta prescindiendo de su consentimiento y fundamentada en su peligrosidad criminal.⁽²⁷⁾

Hay quienes, sin embargo, en sentido contrario, si bien rechazan la posibilidad de aplicar una medida de seguridad predelictual fundada en un “estado peligroso sin delito”, no ven en la imposición de una medida, sin declaración judicial previa sobre la existencia del injusto, una vulneración del principio de legalidad.

Vives⁽²⁸⁾ precisa que las medidas de seguridad predelictuales únicamente son aquellas medidas que se imponen antes de que se haya cometido un delito. Las medidas que responden, en cambio, a la previa comisión de un delito y que se imponen antes de que éste haya sido declarado en un juicio no pueden ser consideradas predelictuales ni, por ende, resultan, a su juicio, contrarias al principio de legalidad.

Ahora bien, conforme la garantía jurisdiccional derivada del principio de legalidad, la sentencia penal es la única forma de declarar o determinar la existencia de delito y de señalar a un sujeto como autor del hecho punible o partícipe de él, y por tanto, la única forma de imponerle una medida de seguridad.⁽²⁹⁾

(27) Ver TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal, 1981, p. 198 y ss.; CASABONA, ROMEO, “Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo”, Barcelona, Bosch, 1986, p. 44.

(28) Ver VIVES, “Constitución y medidas de seguridad”, en *Revista Poder Judicial*, n° 3, 1986, Madrid, p. 94.

(29) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª edición corregida, Barcelona, PPU, 1997, p. 77.

Como destaca Maier⁽³⁰⁾ de esa garantía no se desprende que el delito no se haya cometido o que la persona sea, en verdad, inocente, sino que ni la existencia de delito ni la culpabilidad de la persona pueden ser consideradas hasta arribar a la decisión que pone fin al procedimiento declarando formalmente su existencia y la culpabilidad; y por ello hasta entonces, ninguna consecuencia penal le es imponible, permaneciendo su situación frente al derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. En otras palabras, a los fines de la aplicación de la medida de seguridad, resulta indiferente que el hecho típico y antijurídico realmente se haya o no se haya cometido; lo importante es que su existencia haya sido formalmente reconocida tras la realización del proceso.

Adherir a estos argumentos no necesariamente supone coincidir en que el juez deba continuar por su cauce normal la tramitación del procedimiento penal hasta su conclusión con el acto del juicio oral y la sentencia. Dictar un auto de sobreseimiento por inimputabilidad, sin adoptar en consecuencia una medida de seguridad restrictiva de derechos no afecta ni el principio de presunción de inocencia ni el principio de legalidad reconocidos en la Constitución Nacional.

Como señala Quintero Olivares,⁽³¹⁾ el proceso penal constituye un doloroso trance para el ciudadano —al margen de que finalmente sea declarado culpable o inocente—, durante el cual puede sufrir la prisión provisional y, en todo caso, la estigmatización y la pesadumbre por cuál haya de ser la decisión final de la jurisdicción. De allí que excluir a una persona del proceso a través del sobreseimiento pueda ser visto como el mejor favor que se le puede hacer al imputado. Con estos argumentos se acepta el sobreseimiento siempre que esta decisión, a su vez, no contenga la aplicación de una medida de seguridad.

Por el contrario, imponer una medida de seguridad como consecuencia de un sobreseimiento por inimputabilidad afecta los derechos constitucionales mencionados y, con ellos, el derecho del sujeto afectado de controlar y cuestionar en un juicio oral, público y contradictorio la prueba

(30) Ver MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, p. 492.

(31) Ver QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Locos y culpables*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 31.

producida en su contra y a formular su propia defensa para evitar así la imposición de la medida. Un juicio en el que, además, el imputado podría fundar su absolución, no ya en su discapacidad mental y en la ausencia de imputabilidad al actuar, sino en la falta de participación en el hecho o en la configuración de una causa de justificación.

Por otro lado, tampoco puede recurrirse al juicio de peligrosidad —tal como lo hace el art. 77 CPPN— para justificar una medida penal privativa de libertad. Conforme se expuso, a fin de salvaguardar el principio de legalidad, la peligrosidad para operar como fundamento de una medida de seguridad requiere de la comisión previa de un hecho previsto en la ley como delito. Ello —insisto— a fin de excluir cualquier intención de alcanzar en el concepto de peligrosidad un “estado peligroso sin delito”, lo que atenta contra el principio constitucional mencionado. Es necesario demostrar, al menos, que el sujeto cometió un hecho típico y antijurídico para poder justificar una medida de seguridad penal fundada en la peligrosidad.

En consecuencia, la persona respecto de la cual no se demostró la comisión de un hecho previsto en la ley como delito —en tanto hecho típico y antijurídico— no podrá verse sometida a una medida de seguridad de carácter aflictivo impuesta prescindiendo de su consentimiento y fundamentada en su peligrosidad criminal. La única solución posible, respetuosa del principio de legalidad, es su inmediata libertad, sin perjuicio de la posibilidad de que se acuerde en vía civil, conforme las disposiciones de la Ley Nacional de Salud Mental, su internación.

5 | Reflexiones finales

Así las cosas, y a modo de resumen, corresponde precisar que:

1. En principio, si se demuestra que la persona carece de capacidad procesal para estar en juicio, sobre la base de una discapacidad mental sobreviniente al inicio del juicio o que comprometa además su capacidad de culpabilidad (inimputabilidad), corresponde suspender el trámite del proceso hasta tanto el imputado recupere su capacidad procesal. Ello en resguardo del derecho de defensa, del derecho a ser oído y, en palabras de la Corte Suprema, de las “reglas del contradictorio”.
2. Sin embargo, si la discapacidad mental que afecta su capacidad procesal para estar en juicio compromete, además, su capacidad de culpabilidad y

determina un juicio de inimputabilidad respecto del hecho que se le atribuye, no habría agravio en que se dicte una resolución de sobreseimiento, sin necesidad de realizar un juicio previo, siempre que esta decisión liberatoria no incluya una medida de seguridad de índole penal restrictiva de su libertad.

3. La imposición de una medida de seguridad penal exige, en palabras de la Corte Suprema, que se haya demostrado “con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal de que el imputado ha cometido un ataque ilícito, que no ha obrado en virtud de alguna justificación o excusa y que por él habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad. En ausencia de una determinación así, no estaría justificado someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad”.⁽³²⁾ Esta exigencia responde además al principio de legalidad que prohíbe todo intento de imponer sanciones penales restrictivas de libertad, llámense penas o medidas de seguridad, ante “estados peligrosos sin delito”. En resguardo del principio mencionado y del principio de inocencia, toda medida restrictiva de índole penal requiere de la comisión previa de un hecho previsto en la ley como delito, por lo cual resulta imprescindible demostrar, al menos, que el sujeto cometió un hecho típico y antijurídico para poder justificar una medida de seguridad penal.
4. Cuando los arts. 76 y 77 CPPN establecen la internación del sujeto en un establecimiento adecuado sobre la única base de una peligrosidad, sin exigir la previa demostración de un injusto penal, no se refiere a la posibilidad de imponer una medida de seguridad de índole penal. La persona respecto de la cual no se demostró la comisión de un hecho previsto en la ley como delito —en tanto hecho típico y antijurídico— no podrá verse sometida ni a un proceso ni a una medida de seguridad penal de carácter aflictivo impuesta prescindiendo de su consentimiento y fundamentada en su peligrosidad criminal. La única solución posible, respetuosa del principio de legalidad, es el archivo de la causa —por lo menos, hasta tanto el sujeto recupere su capacidad procesal— y su inmediata libertad, sin perjuicio de la posibilidad de que, simultáneamente, se acuerde por vía civil su internación en un establecimiento adecuado, de conformidad con los lineamientos previstos en la Ley Nacional de Salud Mental.

Para terminar, voy a referirme, una vez más, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en tanto en dos de las sentencias mencionadas, el imputado había sido declarado incapaz en sede civil y sobre este punto específico, los jueces no hicieron ninguna referencia. Este aspecto llama la atención.

La ley 26.657 de Salud Mental sancionada en diciembre del 2010 incorporó el art. 152 *ter* que establece que “las declaraciones judiciales de

(32) Ver dictamen del PGN, cuyos fundamentos y conclusiones comparten los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni en el fallo “Antuña”.

inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". Esta norma no ha sido acompañada, todavía, de una reforma integral de las disposiciones civiles que regulan la incapacidad, las que se mantienen vigentes.

Más allá de ello, con anterioridad a la sanción de esta ley, todas las declaraciones de incapacidad vigentes no especificaban las funciones y actos que se limitan. La sentencia de incapacidad dictada por juez civil determina que su discapacidad mental priva al sujeto de la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Con la declaración de incapacidad, el sujeto pierde toda posibilidad de comprar o vender bienes personales, administrar su dinero, elegir su hogar, ejercer la patria potestad de sus hijos, votar y reclamar el cumplimiento de una obligación (art. 54, inc. 3° CC, CNCivil, sala F, del 10 de septiembre de 1984).

Los declarados incapaces sólo podrán adquirir derecho o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da ley (art. 56 CC) y la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no sean expresamente exceptuados en el Código Civil (art. 62).

En un proceso civil, la persona declarada incapaz tampoco podrá ejercer por sí una acción ni tampoco oponerse a ella. El art. 43 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expresamente establece que "cuando la parte que actúe personalmente falleciere o se tornare incapaz, comprobando el hecho, el juez o tribunal suspenderá la tramitación y citará a los herederos o al representante legal". El art. 347 CPCC incluye como excepción admisible la falta de personería en el demandante, demandado o sus representantes, por carecer de discapacidad civil para estar en juicio. La persona declarada incapaz carece de capacidad para estar en juicio civil y será su curador quien ejercerá, en su representación, las acciones y defensas judiciales (art. 489 CC).

En este contexto, corresponde preguntarse si la persona declarada incapaz no carece, por la misma razón que se lo inhabilita de ser actor o demandado civil, de capacidad procesal para estar en juicio penal. O, incluso, pregun-

tarse también si la declaración de incapacidad no inhabilita, por sí sola, toda posibilidad de que el imputado celebre actos jurídicos típicos de un proceso penal con consecuencias mucho más lesivas para su vida y su integridad física que el reclamo de una deuda económica, como por ejemplo la celebración de un juicio abreviado. En ese caso, la persona realiza un acto autónomo en el cual el abogado sólo presta un consejo profesional. Es el imputado quien reconoce, ni más ni menos, que su responsabilidad en la comisión de un delito, consiente incluso la calificación y no discute una pena. Se trata de un acto jurídico en los términos del art. 944 CC. Se trata de un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la renuncia al derecho a un juicio oral, público y contradictorio.

La persona no podría vender una motocicleta, pero sí podría declararse culpable de la comisión de un delito. Carece de toda lógica y obliga a profundizar la reflexión.

Por otro lado, el art. 151 CC establece que la demencia y su cesación sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones. De allí que la jurisprudencia haya señalado que "la declaración de incapacidad civil por demencia no supone la pérdida de la capacidad para delinquir" (CNCrim y Correc., sala 6ª, 08/09/1983).

Sin embargo, estas normas parecen circunscribirse a la capacidad de culpabilidad que, como vimos, tiene un alcance distinto de la capacidad para estar en juicio. En los términos de la ley, la declaración de incapacidad no tendría efectos para excluir una imputación de delitos. Nada se dice de la declaración de incapacidad como muestra de una incapacidad procesal para estar en juicio. Recordemos la advertencia expuesta por Castex en el inicio de esta presentación, en cuanto distinguía entre capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y capacidad procesal para estar en juicio. Así, la persona podría tener eventualmente capacidad de culpabilidad de un acto básico que no exige mayor poder de abstracción, pero carecería de capacidad para comprender el alcance de un juicio y las alternativas del proceso.

Pero, por otro lado, tampoco podemos desatender que la persona puede estar interesada en demostrar su inocencia en un juicio realizado con todas las garantías, sin querer ser excluida de esa posibilidad por el hecho de haber sido declarada incapaz en sede civil. En otras palabras, la persona

puede resistirse, con buenas razones, a la anulación que, para su vida en general, ha supuesto una declaración de incapacidad en cuanto supone una incapacidad absoluta de actuar.

Más allá de ello, lo cierto es que esta declaración de incapacidad debe comportarse como una advertencia de falta de capacidad de estar en juicio; y no sólo de estar, sino de participar como protagonista de una obra que compromete directamente su vida y su libertad.

Sin dudas el tema es sumamente complejo y exige una discusión profunda en el que la persona sea entendida como sujeto de derechos en el que se debe constatar capacidad de ejercitar sus derechos desde el comienzo de cualquier actividad persecutoria dirigida en su contra. Desde el punto de vista procesal, ha de tener atribuciones y deberes que lo caracterizan como un verdadero y propio sujeto del proceso a iniciarse o ya en marcha, debiéndose así rechazar cualquier vestigio de procesos inquisitivos en los cuales el imputado era un mero objeto de la persecución, para reconocer, en su lugar, las formas propias del acusatorio en el que se lo considera un contradictor del acusador, igualándolo en sus facultades y restricciones.

Un fantasma recorre el Código Penal

Significantes lacanianos en el estrato de la culpabilidad

por **PABLO E. LACHENER**⁽¹⁾

Cuando el sistema de lo que llamamos justicia **reprocha**, lo hace trasponeando la **dignidad** de la persona reduciéndola a un significante que funciona en la estructura. Todo reproche articulado por las pretensiones universalizantes del discurso del derecho coloca a la persona en posición de objeto, en contrario de su dignidad dada por la singularidad del **uno por uno** que una verdadera culpabilidad debería cuantificar al integrar a la persona junto a la responsabilidad por su acto. Sin embargo, la responsabilidad del sujeto que piensa el psicoanálisis **no es la misma** que está implicada en el reproche penal. El sano criterio de introducir en el sistema una **culpabilidad por la vulnerabilidad** pone obstáculos a las pretensiones punitivas basadas en criterios moralizantes que las justifican. Finalmente, y es por lo que se comienza, la **pasión** nos recuerda que hay un cuerpo que habla y que la **falta** producida en un acto **no sería posible sin ley**.

I | La pasión, presencia de un cuerpo

El derecho penal tiene un lugar privilegiado en el discurso que atraviesa nuestra porción de realidad. Es un fenómeno interesante de observar porque pareciera dirigirse en dirección opuesta a lo que se constata diariamente
.....

(1) Abogado. Docente UBA.

como hecho social contemporáneo: a la par que las posibilidades de la trasmisión y el almacenamiento de datos crece vertiginosa y exponencialmente, se observa como la palabra, las identificaciones ideales y los discursos **universales** asisten a su propia disolución, atados de pies y manos al debate colectivo y público, donde el posmodernismo acentúa el costado de artificio de lo ideológico, bajo el mandato engañoso de la transparencia y lo visible. En nuestra porción de realidad, donde todo se debate, donde el panel y el cartón escenográfico asedian el valor del discurso y se relativizan los ideales, no todo puede ser desmentido: "*habeas corpus*" ha de ser el mínimo punto de partida, el anclaje cierto, irreductible, que no puede ser eliminado a pesar de todas las ortopedias y los injertos que se le intente realizar. Es por eso que el **discurso de lo penal** y el psicoanálisis⁽²⁾ desmienten la desmentida colectiva: aquello que sufre, que es explotado y que es penado siempre vuelve al baldío con el mismo ladrillo para reconstruir nuevamente la estructura que lo determina.

Pero decíamos que el **discurso de lo penal** tiene un lugar privilegiado. En efecto, es el discurso que se erige sobre las condiciones de posibilidad que habilitan al estado a descargar dolor sobre un cuerpo: es el discurso por antonomasia que se erige sobre la **pasión**.⁽³⁾ Y aunque la **pasión** sea consecuencia del discurso, estos dos son elementos heterogéneos en los que, tanto aquel que se apropia de los significantes del tipo penal para determinar su acto lesivo como aquel que los utiliza para castigar, se aferran en un esfuerzo por unir lo que sólo puede recubrirse a medias: siempre queda un resto que no puede significarse. Este resto es lo que desmiente al posmodernismo.

Nos preguntamos si debajo de la racionalización del fenómeno punitivo no se esconde un núcleo irracional, absoluto,⁽⁴⁾ común a todas las sociedades, cuya consecuencia es una deshumanización total en el altar signifiante de

(2) Creemos que el marxismo también participa de esta desmentida, pero es una formulación que escapa al presente artículo.

(3) La pasión puede ser entendida, al mismo tiempo, como una afición vehemente sobre algo, pero también como padecimiento, incluso como pasividad. La pasión marca la presencia de un cuerpo. "La función activa del signifiante en la producción del significado se ejerce sobre 'lo significable'; esta función es definida como 'pasión' causada por el padecimiento de la marca signifiante; luego de esta pasión surge el significado. (...) La pasión signifiante se convierte en una dimensión de la condición humana, en tanto que su naturaleza —lo significable— queda entretrejida con la función de la palabra y el campo del lenguaje", RABINOVICH, D., *Sexualidad y Signifiante*, Bs. As., Manantial, 2008, p. 40.

(4) Absoluto en el sentido de no ligado e imposible de ligar, no dependiente.

las determinaciones del poder; cuya manifestación concreta son las condiciones de posibilidad que hacen contemporáneos a los individuos y que, por otra parte, se ubica como causa y efecto de relaciones sociales. Nos preguntamos si no es esa misma desvitalización la causa que le otorga vida propia a ese producto del hombre y que se yergue amenazante frente a él, del que ha perdido todo dominio porque es una criatura que engorda deglutiendo sujetos “**significanticizados**”, reducidos a un lugar de la **estructura**.

Con la misma **pasión** con que la mayoría social⁽⁵⁾ sufre por el delito (y la pasión aquí no es homogénea en **cada uno** de la mayoría social, aunque sean homogéneos los significantes con la que se busca atraparla), se demanda **justicia** al punto tal que esta sólo existe como **demanda a la autoridad** y su **respuesta en forma de sanción, de puntuación**. Es la forma que adquiere la **justicia** cuando hay **relación de desigualdad**.

Creemos que prevenir al penalista de la irracionalidad que anida en el núcleo mismo de la lógica del **discurso penal**⁽⁶⁾ conduce, por un lado, a la pregunta acerca de la estrategia a seguir para evitar el engorde de la **criatura**,⁽⁷⁾ constituyendo una resistencia, indigestándola eventualmente, para que no siga devorando cuerpos y estampándole una marca; y por otro lado, a la pregunta por aquel que ha escogido para su **goce** (y para el de los demás) un párrafo del Código Penal.

2 | La imposibilidad del discurso universal se concreta en la culpabilidad

En este marco, la **culpabilidad** se puede entender como aquella categoría que, en el discurso que trata sobre la teoría del delito, busca unir los elementos significantes pertenecientes al **injusto penal** con la **pasión**

(5) La mayoría social es una encuesta en la que interviene como agente de su producción los medios masivos de comunicación. Es una **encuesta** cuyo texto se redacta con mayor precisión a medida que aumenta el poder tecnológico. Como todo texto, como toda palabra, comparte la imposibilidad de “decirlo todo”; en particular, lo que es lucha estructural por la apropiación del producto social.

(6) Discurso penal no es en absoluto el derecho penal. El derecho penal es una parte de eso que aquí llamamos discurso penal y que es el saber de las pretensiones punitivas.

(7) Criatura porque es creación humana. Es responsabilidad propia de la especie hablante producir un objeto al que le otorga vida propia: lo hace criatura que se vuelve contra sí.

producida en un acto.⁽⁸⁾ Y este es el principal límite de esta categoría que busca unir **lo imposible**: traducir un reproche cuyas condiciones son **singularísimas** en un discurso penal que se pretende **universal**.⁽⁹⁾

La imposibilidad de la que hablamos, no obstante, requiere un matiz. El discurso se articula con significantes,⁽¹⁰⁾ y la sola presencia del significante introduce una distorsión, una distancia frente a la realidad,⁽¹¹⁾ ya que el significante sólo puede referirse a otro significante, y lo real se produce entre sus intervalos. Esa cadena de significantes produce efectos de sentido que intentan orientar al sujeto en un mundo, en su porción de realidad. El desacople entre el significante y el cuerpo del ser hablante produce que no pueda decirse **todo**, que la verdad sólo aparezca **entre-dicha**, como puro efecto de lógica. De hecho, el deseo siempre se presenta como inefable, donde su aparente cumplimiento deja un resto de insatisfacción,⁽¹²⁾ porque el deseo se sitúa en esa brecha entre la demanda articulada de un sujeto y una satisfacción que por estructura es imposible.⁽¹³⁾ El sujeto es **sujeto de un lenguaje**, sujeto entre dos significantes que componen la mínima estructura de una cadena. Es la diferencia radical con el reino

.....

(8) La culpabilidad es "...un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste, es decir, si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse una pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche", ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2012, p. 507.

(9) Universalidad que se manifiesta en todo su desarrollo con la aplicación casi exclusiva del único castigo para conductas heterogéneas realizadas por sujetos singulares. En la pena de prisión, con la reducción de un sujeto a puro tiempo y espacio, se busca ponerle una proporción al goce, pero esto es imposible en tanto se podría afirmar que no existe goce idéntico a otro: este es el resultado de la contingencia por la cual el lenguaje se introduce en cada cuerpo produciendo así un sujeto siempre remiso a la armonía con su medio.

(10) Según la clásica definición de Jacques Lacan, un "significante es lo que representa a un sujeto frente a otro significante".

(11) La realidad humana, en el paradigma lacaniano, se constituye a partir de la interconexión de tres órdenes que constituyen un nudo borromeo: lo real, lo simbólico y lo imaginario.

(12) El deseo, desde el momento en que el objeto aparece como perdido, desmiente la competencia por el objeto que algunos autores buscan en la génesis de la violencia interpersonal, y que entienden que una mejor distribución estaría en lo que podríamos decir una génesis de la pacificación.

(13) Esa satisfacción imposible es la que el sujeto busca repetir, es una satisfacción primaria, mítica en algún punto: es el goce perdido para siempre por la introducción del lenguaje en el cuerpo del hablante.

animal: el lenguaje introduce una pérdida de lo que es instinto, saber **objetivo**,⁽¹⁴⁾ e inaugura la **pulsión**⁽¹⁵⁾ para el hablante, un rodeo que trata sobre la reproducción de la especie, pero a través de un discurso que socializa.

Decimos que la culpabilidad intenta obturar un imposible en tanto el **injusto penal** pertenece a un orden simbólico que permanece irreducible frente a un sujeto que, con su acto, intenta poner un límite a la remisión infinita de significaciones. Es decir, la única personalización entre un injusto sancionado socialmente y un autor, sólo puede operar en un discurso **universalizante** como significantización del sujeto, su reducción a la identificación bajo la marca del **delincuente**. A diferencia del discurso penal, el psicoanálisis, en tanto avanza **uno por uno**, puede articular esa operación integrando el acto a una verdad **singular**.

3 | Discontinuidad en la causalidad objetiva de un acto subjetivo

Quien trata con el discurso penal debe hacerlo con la mayor cautela, sabiendo que cada paso que se da puede derivar en racionalizaciones imposibles que fundamenten un genocidio planificado o una masacre por goteo, en pos de otorgarle vida propia a un orden simbólico que reduce a la persona a un rol⁽¹⁶⁾ dado normativamente.

.....

(14) Un saber que está orientado a la reproducción de la especie, a sus ciclos de nacimiento, alimentación, reproducción y muerte. Un saber que se da como *spezifische Aktion*. El instinto, a diferencia de la pulsión, posee objetos inamovibles para su satisfacción.

(15) La Pulsión (*Trieb*) —mal traducido por López Ballesteros como “instinto” pero que, en realidad, remite al término “deriva”— en Freud aparece como un montaje de cuatro conceptos que se dan juntos: presión (*drang*), objeto, fuente y meta. Se actualiza en su recorrido, en los bordes de las zonas erógenas, en un circuito pulsional. El goce es la satisfacción de una pulsión. Una vez satisfecha, vuelve a comenzar. El goce aparece como plus-de-gozar porque el goce originario es perdido para siempre (de eso trata la castración) con la introducción del lenguaje que distorsiona un sentimiento intransferible para el cachorro humano, así como imposible de comprender en la persona que tiene en frente, y de lo que se trata para el sujeto es volverlo a encontrar mediante suplementos, que en Lacan será el objeto a. Ese suplemento es tomado del Otro. El Otro es el tesoro de los significantes, donde aparece el código, que a su vez puede corporizarse en otro semejante, en otro-madre, etc.; pero también como Otro social.

(16) Rol que, en definitiva, se reduce al de productor y apropiador del valor social: las ideologías del rol son las ideologías que fundamentan las relaciones entre objetos, entre mercancías.

Zaffaroni, Alagia y Slokar⁽¹⁷⁾ sentaron las bases para que se pueda avanzar más allá sobre un concepto que, reducido simplemente a la **culpabilidad por el acto**, en su pureza, era el último bastión que en este estrato de la teoría del delito, conservaban las teorías legitimantes del poder punitivo en tanto omitían tratar el carácter selectivo y desigual con que el poder criminaliza y selecciona personas.

Hay límites que se deben conservar en cualquier teoría de la culpabilidad y que son infranqueables. **El acto**, y no el autor, es la condición de posibilidad de cualquier reproche punitivo. Se reprocha el injusto penal, el daño producido, y no lo que se **es**⁽¹⁸⁾ como autor.

El derecho penal de **autor** proyecta con mayor fuerza sus tintes autoritarios cuando persigue, o reprocha a personas por lo que son, por su goce individual, e intenta ver el injusto como un **signo** de la personalidad, un **signo** de la desviación de un rol dado normativamente. De ahí que su contrario, el derecho penal **de acto**, postula que el reproche ejercido por la autoridad estatal sobre una persona, en nuestro sistema constitucional que sienta las bases de un estado republicano de derecho, sólo puede ser realizado en virtud de un **acto lesivo**. En este sentido, para el derecho penal surge la pregunta por la autodeterminación que tuvo la persona para decidir una acción, si dentro de parámetros objetivables era esperable de él, en la situación constelacional dada, otra conducta o si la determinación era de tal entidad que no le dejaba más margen que emprender la acción típica y antijurídica. Es decir, aquí aparece la pregunta sobre el actor detrás del acto, que no desaparece como referencia principal del análisis. Frente al resultado lesivo, el actor ¿podía comprender la antijuridicidad de su conducta? ¿Podía motivarse en valores jurídicos **internalizados**? en definitiva, ¿se le puede reprochar a determinada persona su obra propia?

.....

(17) ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002.

(18) De hecho, puede decirse que todo sujeto es el producto de frustraciones infantiles, demandas que no llegaron a buen término, amenazas "introyectadas", pérdida de goce, forclusiones (psicóticos), privaciones (perversos) o represiones (neuróticos). En definitiva, somos el producto de una contingencia inserta en una estructura. El positivismo, en una de sus variantes psicologicistas, ha tratado de remontarse hasta el niño para prever el surgimiento de un delincuente y así intentar ejercer un control sobre él desde el inicio, inclusive mediante la provisión de fármacos.

En la década del 50 del siglo pasado, Jacques Lacan hacía su último texto dedicado a la criminología.⁽¹⁹⁾ Su interés estaba centrado en discutir la **clínica del acto** en contraposición al positivismo aún imperante en el psicoanálisis europeo de posguerra que ubicaba determinaciones infantiles del crimen, conjuntamente con teorías evolutivas y desarrollistas, marcadas fuertemente por el higienismo social. En un estudio sobre la época, François Sauvagnat,⁽²⁰⁾ plantea que inclusive autores como Daniel Lagache, a pesar de tener en sus desarrollos teóricos marcadas influencias de la sociología de Durkheim, no lograba escapar de esta dinámica de posguerra, e intentaba con su concepto de **criminogénesis** poner el psicoanálisis al servicio de las agencias judiciales con la aspiración de que las identificaciones normativas (inauguradas por el conflicto edípico) permitieran asegurar en el interior de un individuo el control social.

Para Sauvagnat las escuelas psicoanalíticas de la época se alejaban de los postulados freudianos que insistían en analizar el propio acto del sujeto más que las supuestas determinaciones infantiles al crimen. De este modo, las escuelas psicoanalíticas de la época:

“...tienden a descargarse de la herencia freudiana, que insiste para entrever la responsabilidad únicamente en acto, los términos de punición infligida, y la referencia a la noción paradójica del superyó. Es precisamente esto lo que quiere decir la auto-punición: que la responsabilidad, en la tradición freudiana, tiene menos que ver con la toma de conciencia, de determinación calculada, en resumen de deliberación penal, que de punición realizada en directo —castigo— en el inconsciente, del cual el sujeto propiamente hablando es el resultado”.⁽²¹⁾

(19) LACAN, J., “Premisas para todo desarrollo posible de la criminología”, en *Otros escritos*, trad. de G. Esperanza, revisión a cargo de: G. Esperanza/ G. Trobas, Bs. As., Paidós, 2012, pp. 135/139.

(20) SAUVAGNAT, F., “Jacques Lacan y la criminología en 1950”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 18, Octubre/Noviembre 2008, pp. 1/6. Ver texto en: <http://virtualia.eol.org.ar/018/template.asp?dossier/sauvagnat.html>. [Última consulta: mayo de 2013].

(21) Ver *Ibid.*, p. 4.

En ese marco teórico, irrumpe Jacques Lacan. En su escrito,⁽²²⁾ empieza diciendo que no se puede eludir la relación dialéctica que liga el **crimen** a la **ley** en tanto esta es, a la vez, imperativo categórico⁽²³⁾ y ley positiva (contingencia). “El lazareto es la solución ideal del problema que plantea el crimen al idealismo cientista”. Y sigue: el psicoanálisis “...manifiesta la existencia de crímenes que sólo tienen sentido cuando están comprendidos en una estructura cerrada de la subjetividad, (...) estructura que lo deja cautivo [al neurótico] de esta raíz trunca de la conciencia moral que llamamos **superyó**”, es decir, “de la ambigüedad profunda del sentimiento que aislamos con el término culpabilidad”.⁽²⁴⁾ En estos casos, queda la posibilidad de una “integración por el sujeto de su responsabilidad verdadera, y es también aquello a lo cual él tiende por vías confusas cuando busca un castigo que puede a veces ser más humano permitirle hallar”,⁽²⁵⁾ es lo que se va a denominar **asentimiento subjetivo**. “La denuncia del Universo mórbido de la falta no puede tener por corolario ni por fin el ideal de una adaptación del sujeto a una realidad sin conflictos”⁽²⁶⁾ y “esto porque la realidad humana no es solamente el resultado de la organización social, sino una relación subjetiva que, por estar abierta a la dialéctica patética que debe someter lo particular a lo universal, tiene su punto de partida en una alienación dolorosa del individuo a su semejante y encuentra sus caminos en las retorsiones de la agresividad”⁽²⁷⁾ (alienación fundamental “**en la cual las especulaciones ridículas de los utilitaristas sobre el valor intimidante de la pena acaban por fracasar**”).⁽²⁸⁾ En estos criminales no se encuentra absolutamente **nada** que destacar como anomalía psíquica: “la sociedad en la que estos criminales se producen los toma, no sin mala conciencia, como chivos emisarios...”, de

(22) Ver LACAN, J., “Premisas para todo desarrollo posible de la criminología”, *op. cit.*

(23) Las tres formulaciones principales del imperativo categórico en KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Bs. As., Eudeba, 1998, (p. 63): “...obra como si la máxima de tu acción debiera volverse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza”; (p. 84) “...obra según la máxima que pueda hacerse a sí misma al mismo tiempo ley universal”; (p. 84) “...obra según máximas que puedan al mismo tiempo tenerse por objeto a sí mismas como leyes universal. Así está constituida la fórmula de una voluntad absolutamente buena”.

(24) LACAN, J., “Premisas para todo desarrollo posible de la criminología”, *op. cit.*, p. 136.

(25) *Ibid.*, p. 136.

(26) *Ibid.*, p. 136.

(27) *Ibid.*, p. 136.

(28) *Ibid.*, pp. 138/139. El destacado me pertenece.

ahí que la sociedad prefiera considerarlos alienados, antes que ver en ellos las intenciones de todos. Para el psicoanálisis “la determinación principal del crimen es la concepción misma de la responsabilidad que el sujeto recibe de la cultura en la que vive”.⁽²⁹⁾ Y, a pesar de que el psicoanálisis hace posible el **asentimiento subjetivo**,⁽³⁰⁾ afirma también que “ninguna ciencia de las conductas puede reducir la particularidad de cada devenir humano”. Finalmente, Lacan rehúsa de comprometer al psicoanálisis como apéndice de la organización judicial, y menos aún de la acción policial, mientras estas prácticas se guíen por un sueño de tratamiento enteramente **objetivo** del fenómeno criminal. El utilitarismo de la civilización capitalista que adquiere en la prisión una forma paradigmática, con ribetes sanitaristas, conlleva a una deshumanización total del condenado. El psicoanálisis revela significaciones en el sujeto culpable que no lo excluyen de la comunidad humana, antes bien lo humanizan, lo “integran a un sentido vivido”.

Jacques-Alain Miller⁽³¹⁾ retoma la problemática planteada por Freud en “Algunas notas adicionales a la interpretación de los sueños en su conjunto”⁽³²⁾ donde se pregunta si el sujeto debe sentirse responsable por el contenido de su sueño absolutamente inmoral. Todos los sueños aparecen como transgresión al derecho, a la **ley**, y en el sueño se trata del propio sujeto soñante

.....

(29) *Ibid.*, p. 138. En el mismo texto Lacan afirma: “La responsabilidad, es decir el castigo...”, p. 138.

(30) Juan Pablo Mollo explica que el asentimiento subjetivo es la responsabilidad, la implicación subjetiva del sujeto en su acto al que le otorga una singular significación nada tiene que ver con la patología proveniente del superyó, traducida en necesidad de castigo. El desarrollo utilitarista del capitalismo no puede reconocer la significación expiatoria del castigo. Ver MOLLO, J. P., “Variantes del asentimiento subjetivo”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 18, Octubre/Noviembre 2008, pp. 1/4, ver texto en: http://virtualia.eol.org.ar/018/pdf/dossier_mollo.pdf. [Última consulta: mayo de 2013]. Vale agregar a esto que, a pesar del asentimiento subjetivo, siempre queda un resto inasimilable por el significante. Por otro lado, esa significación expiatoria del castigo parte del propio sujeto y nada tiene que ver con las pretensiones expiatorias sacrificiales que pueden rastrearse en otras sociedades históricas donde el sujeto es entregado en sacrificio a los dioses, etc.

(31) MILLER, J. A., “Nada es más humano que el crimen”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 18, Octubre/Noviembre 2008, pp. 1/4, ver texto en: <http://virtualia.eol.org.ar/018/template.asp?dossier/miller.html> [Última consulta: mayo de 2013]. El texto corresponde a la intervención realizada en la mesa redonda del 29 de abril de 2008 en la Facultad de Derecho (UBA) con motivo de la presentación del libro de Silvia Elena Tendlarz y Carlos Dante García *¿A quién mata el asesino? Psicoanálisis y Criminología*, Bs. As., Grama, 2008.

(32) FREUD, S., “Algunas notas adicionales a la interpretación de los sueños en su conjunto”, en *Obras Completas*, tomo XIX, Bs. As., Amorrortu, 1976, pp. 121/140.

y no de otro. Freud responde afirmativamente por la existencia de responsabilidad por parte sujeto. “Somos criminales inconscientes y eso aflora en la conciencia —principalmente en la conciencia obsesiva— como sentimiento de culpa”.⁽³³⁾ Para Miller, de algún modo, **nada es más humano que el crimen**, ya que es lo conflictivo entre la vertiente de la ley y la del goce. Para los analistas, la **responsabilidad jurídica** es una simple construcción social, de modo que en la singularidad de un análisis la definición de responsabilidad para el bien de la sociedad no es conveniente. Lo útil, que aparece como significativo en nuestras sociedades, lleva al rebajamiento de la dignidad humana del agente, y a una pretensión científica de objetivar el crimen y al sujeto destituyéndolo de su subjetividad. Para Miller, un derecho inspirado en el psicoanálisis es “un derecho que matizaría su creencia en la verdad” para tener conciencia de que es una construcción social, y que **“el sujeto constituye una discontinuidad en la causalidad objetiva, que nunca se puede recomponer totalmente la causalidad objetiva de un acto subjetivo”**.⁽³⁴⁾

4 | “La responsabilidad, es decir, el castigo...”

La responsabilidad del sujeto que piensa el psicoanálisis **no es la misma** que está implicada en el reproche penal donde se busca analizar si la persona pudo motivarse en los valores jurídicos, comprender la antijuridicidad de su acto y el grado de autodeterminación para realizar la conducta finalmente lesiva.

Según Lacan, lo que se busca en el testimonio jurídico es “...que el goce se confiese, y precisamente porque puede ser inconfesable”.⁽³⁵⁾ Que la verdad buscada es la ley que regula el goce.⁽³⁶⁾ Y la verdad sólo puede decirse a medias. El goce es el límite, que “sólo se interpela, se evoca, acosa o elabora a partir de un semblante”,⁽³⁷⁾ a partir de las formas imaginarias

(33) *Op. cit.*, J. A. Miller, “Nada es más humano que el crimen”, p. 2.

(34) *Ibid.*, p. 4. El resaltado me pertenece.

(35) LACAN, J., *El Seminario 20. Aún*, Bs. As., Paidós, 2009, p. 111.

(36) *Ver Ibid.*, p. 111.

(37) *Ibid.*, p. 112.

con las que se manifiesta lo simbólico, semblante que no deja de tener un carácter de artificio, de ficción. El psicoanálisis busca poder marcar la **verdad del goce en juego de los actos del sujeto** y desde ahí se puede vincular al sujeto del derecho, que debe responder por sus actos.⁽³⁸⁾

La frase de Lacan, “la responsabilidad, es decir el castigo...” no puede entenderse como la justificación de la pena en un sentido consensual⁽³⁹⁾ porque la posición del derecho es la de un discurso de alcance universal sobre el propio funcionamiento utilitario del poder punitivo. Una pena común prevista en la legislación (y en los principios: *nullum poena sine praevia lege*) es irreductible al sujeto castigado en tanto el castigo para él sólo puede tener formas singulares que son la condición de su humanidad, en tanto cuerpo atravesado **contingentemente** por el significante. En este punto, **el derecho carece de herramientas de castigo acordes a la dignidad humana**. Y legitima la aplicación de pura violencia sobre un cuerpo para marcar **pasionalmente** lo inefable de un sujeto. De modo que, el reproche que ejerce el derecho como discurso universal sólo es parte de la lógica del orden simbólico en el que está inserto, de sus silogismos, axiomas y deducciones donde el cuerpo de quien delinque, la pluma de quien castiga y las demandas punitivas de la encuesta social aparecen como meros elementos de una red discursiva. La pretendida autodeterminación no es más que la “**logicificación**” de un menú de conductas posibles pertenecientes un sujeto abstracto, **normal**. Y el castigo se ejerce sobre esa lógica. Esto no conduce a afirmar que la autodeterminación⁽⁴⁰⁾ no existe, pero esa búsqueda en el derecho es la propia confesión de la inhumanidad de un castigo homogéneo, de un castigo que no puede ir **uno por uno**, sino que **está atrapado por las propias condiciones utilitarias del reino de la mercancía y del valor**. Y es la inhumanidad a la que se presta el

(38) LUKA, A., “Personalidad y Marginalidad”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 17, Enero/Febrero 2008. Ver texto en: <http://virtualia.eol.org.ar/017/default.asp?miscelaneas/luca.html>. (Última consulta: mayo de 2013).

(39) La justificación de la pena en un sentido consensual es lo que pretende Carlos Nino. Ver NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1989, p. 287.

(40) Nótese, sin embargo, que autodeterminación, autonomía de la voluntad, libertad, etc., no dejan de ser significantes amos que estructuran un discurso, que demandan un saber, pero cuya función ideológica impide su tratamiento, su análisis, que permita ir más allá del semblante que producen. No es en el campo del derecho donde encuentran su realidad.

propio auto-determinado al objetivarse en el significante, al tratar de entregarle todo lo que aún le quedaba como goce y por lo cual pide a gritos su castigo.

5 | La culpabilidad por la vulnerabilidad: anti-humanismo teórico y humanismo práctico

Zaffaroni, Alagia y Slokar le dan una nueva oportunidad al derecho penal a partir de su teoría agnóstica y negativa de la pena.

Hasta hace poco, el derecho penal estaba empantanado en la escolástica de la argumentación del castigo, lo que lo llevaba a intentar armonizar un castigo social con un merecimiento objetivable, y que con el avance del derecho internacional de los derechos humanos y las garantías constitucionales se había solidificado en una **culpabilidad por el acto**. Con eso, los penalistas se iban a dormir sin remordimientos. Sin embargo, en sus sueños aparecían como verdugos implacables, violentos y sádicos. Despertar era la mejor manera de evitar esa realidad, para seguir soñando con el merecimiento del castigo que día a día firmaban en sus despachos.⁽⁴¹⁾

Ese grado de irrealidad autocomplaciente en la que estaba sumergida la dogmática penal fue conmovido por la criminología crítica y los autores del *Tratado de Derecho Penal* al resaltar el carácter **selectivo** con el que opera el poder punitivo. De este modo, la culpabilidad por el acto es **negada** en el sentido en que se **conserva como límite máximo del reproche** pero se critica su aplicación abstracta en tanto violenta la moral al hacer caso omiso de la selectividad con la que el poder punitivo atrapa sujetos sobre los que descarga su castigo. En tanto el Código Penal es un catálogo extremadamente enorme de conductas prohibidas, el poder punitivo, siguiendo una lógica de clase y burocrática, sólo atrapa a los más vulnerables a su peligrosidad innata: los delitos más torpes y burdos, los delitos aberrantes y aquellos delitos en los cuales la persona, partiendo de una posición de poder, sufrió

(41) "...un sueño te despierta justo en el momento en que podría soltar la verdad, de manera que nos despertamos sólo para seguir soñando-soñando en lo real, o para ser más exactos, en la realidad". En LACAN, J., *El Seminario 17. El Reverso del Psicoanálisis*, Bs. As., Paidós, 2012, p. 60.

un retiro de cobertura. La **culpabilidad por vulnerabilidad** es “el juicio de reproche por el esfuerzo del agente por alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad”.⁽⁴²⁾

La **culpabilidad por vulnerabilidad** introduce varios elementos importantísimos en la lógica del sistema: por un lado, el **esfuerzo** que hace el sujeto por deshumanizarse en el sentido en que lo veníamos planteando más arriba; por otro lado, la imposición de condiciones estructurales, pertenecientes al orden simbólico, que ponen un freno a la lógica infernal que guía el sistema penal y su aplicación arbitraria de castigo. De este modo, aparece como una garantía para ganar tiempo, para evitar que la búsqueda de un goce imposible, materializado en las propias exigencias lógicas del sistema penal como culpabilidad por el acto, arrase con lo que aún queda de humanidad. Es, en términos althusserianos, **anti-humanismo teórico** en tanto le impone al sistema condiciones estructurales de operatividad y legitimación, y **humanismo práctico** en tanto inaugura la pregunta en el derecho penal por el propio **esfuerzo**⁽⁴³⁾ del sujeto por colocarse en tal estado.

6 | “...mudar de tiranos sin destruir la tiranía”

Quedan algunos desafíos para seguir pensando, a pesar de que entendemos que este texto no cierra ninguno de los temas tratados y su objetivo se reduce a pensar estas problemáticas en el campo de la interdisciplinariedad. Los escritos que analizábamos de psicoanálisis parten del concepto de “**crimen**” influenciado por el derecho anglosajón y el derecho francés. Nuestro derecho penal tiene como única categoría la del delito, en la cual el crimen está subsumido. Generalmente, el crimen es lo que parece seleccionar el poder punitivo en tanto es allí donde aparece más implicado el cuerpo y donde más se escandaliza la encuesta social. **Crimen y pasión** van de la mano. Sin embargo, existe una gran cantidad de delitos en los que la pasión no aparece tan viva-

(42) ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 520.

(43) El esfuerzo del agente es, a nuestro entender, la presencia de la pulsión.

mente y pueden pensarse como pertenecientes a la propia **estructura social**, en los que el sujeto aparece más desdibujado y donde la categoría de la culpabilidad puede ser más problematizada aún. Es más, son los delitos que mayor daño hacen a la sociedad pero que, sin embargo, su persecución haría peligrar las bases mismas del sistema o, en caso de una persecución hiper-selectiva, coadyuvar a un mayor grado de concentración del capital. Para éstos, el derecho penal no parece que sea la solución, al contrario, su aplicación agravaría la situación sobre la que eventualmente podría operar. Sin embargo, **hay delitos**.

¿Qué sucede, por ejemplo, con los empresarios que se vieron beneficiados durante la última dictadura militar y que fueron los que aportaron al Estado terrorista logística, dinero e intelectuales y tuvieron una participación destacada en el plan sistemático de exterminio e imposición de un modelo económico neoliberal cuyos efectos aún perduran? Está claro que también merecen las mismas condenas que sus empleados de las Fuerzas Armadas, sin embargo, ¿qué sucede con los beneficios integrados a la acumulación del capital y que sirven de base a su actual reproducción ampliada? O también, ¿qué sucede con el lavado de dinero o la evasión en economías que funcionan mayormente en la informalidad? ¿Qué sucede con la inflación planificada desde las altas esferas del *establishment* económico y que condena a millones de personas a la carestía? Así se podría seguir hasta el infinito.

Podríamos rastrear los tipos penales aplicables a cada una de estas situaciones y encontrar a las personas que las operan, sin que su eventual exclusión ponga coto a la situación lesiva, lo que sería un **mudar de tiranos sin destruir la tiranía**. La resolución punitiva en estos casos, además de constituir una fantasía altamente peligrosa⁽⁴⁴⁾ de cierta tercera vía europea, también pone en duda la presencia de un sujeto en tanto deja de actuar como cuerpo que habla y sólo aparece jugando un **rol** que no parecería escandalizar, por ejemplo, al funcionalismo alemán más preocupado por lo que hace el alcohol paralizando el tránsito que por quién subió a la construcción como si fuese pájaro.⁽⁴⁵⁾ Estas consideraciones no van en desmedro de la condena y de lo

(44) Su peligrosidad reside en que tratar de regular la economía mediante la aplicación selectiva de poder punitivo sólo puede derivar en mayor concentración de capital, quiebras de pequeñas empresas y mayores niveles de desocupación, y aplicación de garantías penales que harían ineficaces cualquier regulación estatal.

(45) BUARQUE, C., *Construcción. Canción*, 1971.

repudiable de estas conductas altamente lesivas, pero cuestionan la eficacia del derecho penal como aquello llamado a resolver los mayores males de la sociedad. En todo caso, vale para seguir pensando.

7 | Un fantasma recorre el Código Penal

Es moneda corriente en la etnología y en algunos desarrollos criminológicos el referirse a Freud como aquél que pensó *Totem y Tabú* para rastrear en ese texto una realidad histórica que se encontraría en la base de la civilización. Es preciso, sin embargo, realzar el **valor mítico** de esta elaboración teórica: lo que está indicando, de algún modo, es que el **nacimiento mismo de la civilización es el nacimiento mismo del delito, del pecado, de la falta**. En carta a los romanos, San Pablo logra resumir esto en una reflexión que condensa el núcleo traumático inasimilable por el discurso penal: **la Ley funda el Pecado**.⁽⁴⁶⁾ Esta teología paulina bien puede prevenir a nuestros penalistas, horrorizados por su sueño, sobre lo que realizan cuando **reprochan** a un criminal. Tal vez haya una respuesta ahí, en el sueño, al fin y al cabo, para aquel que se enfrenta al **fantasma perverso** que anida en el reverso de la ley:

“A decir verdad, [la perversión] es un efecto invertido del fantasma. El sujeto se determina a sí mismo como objeto, en su encuentro con la división de la subjetividad. (...) Justamente porque el sujeto se hace objeto de una voluntad ajena, ocurre que no sólo se cierra sino también se constituye la pulsión sadomasoquista (...) el sádico ocupa él mismo el lugar del objeto, pero sin saberlo, en provecho de otro, y ejerce su acción de perverso sádico en aras del goce de ese otro”.⁽⁴⁷⁾

(46) La formulación paulina original afirma: “La ley, en verdad, intervino para que abundara el delito; pero donde abundó el pecado sobreabundó la gracia” Rom 5, 20. Ver también Gál. 3, 19-22, *Biblia de Jerusalén*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1975.

(47) LACAN, J., *El Seminario 11. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis*, Bs. As., Paidós, 2012, p. 192. S. Žižek analiza en profundidad esta formulación lacaniana y su vinculación con los totalitarismos, explicando que el perverso se coloca como instrumento de la voluntad del Otro: Dios, la Historia, el Líder, la Ley. Ver ŽIŽEK, S., *Cómo leer a Lacan*, Bs. As., Paidós, 2010, pp. 113/127.

Medidas de seguridad y derecho penal

El caso de Rodolfo desde una perspectiva antropológica

por **ANDREA N. LOMBRAÑA**⁽¹⁾

Rodolfo y Leonardo⁽²⁾ se conocían y habían desarrollado en los últimos tiempos fuertes lazos de amistad. Ambos vivían en la plaza Flores, donde solían compartir a diario largas rondas de mate mientras discutían cómo procurarse la comida del día y el refugio de la noche. Leonardo vivía en la plaza junto con su compañera y de vez en cuando recibía la visita de su hermano; Rodolfo, en cambio, no frecuentaba a su familia.

El 15 de septiembre de 2005 Leonardo murió internado en el Hospital Peña de la Ciudad de Buenos Aires, al cual había llegado tres días antes con varias lesiones producidas por un arma blanca. A partir de la muerte de Leonardo, Rodolfo desapareció de la plaza; no se lo vio más en los lugares donde solía estar y suspendió todo contacto con sus pocos allegados. Algunos días después fue detenido por la Policía Federal mientras dormía en otra plaza de la ciudad, siendo inmediatamente trasladado a declarar.

Rodolfo negó absolutamente toda responsabilidad por el homicidio de su amigo y mostró una profunda angustia por el hecho ocurrido. Explicó que se

.....
(1) Antropóloga, UBA. Investigadora, CONICET.

(2) El nombre del acusado y de la víctima han sido cambiados a fin de preservar sus identidades. Los nombres de los magistrados intervinientes, peritos, oficiales de justicia, agentes penitenciarios y profesionales tratantes han sido reservados.

había mudado a otro lugar ya que la plaza que compartían con Leonardo le resultaba “llena de recuerdos”. La jueza a cargo de la instrucción ordenó la realización de un informe pericial para conocer si Rodolfo se encontraba en condiciones de afrontar un proceso penal y los resultados fueron contundentes. En marzo de 2007 la jueza lo sobreseyó en los términos del art. 34, inc. 1 del Código Penal y dispuso una medida de seguridad curativa “a fin de resguardar la integridad física del imputado como así también la de terceros” (tal como quedó registrado en la sentencia de Instrucción), de cumplimiento en la Unidad 20 del Servicio Penitenciario Federal.

La defensora oficial a cargo del caso apeló la sentencia aduciendo tres cuestiones: la ausencia total de discusión sobre la autoría material del hecho durante el proceso, la ausencia de pruebas que incriminaran a su defendido, y la falta al derecho de legítima defensa en la que se incurrió al no permitirle tales discusiones. Con estos argumentos la defensora solicitó el inmediato cese de las medidas penales aplicadas sobre su defendido y la derivación del tratamiento de Rodolfo a una institución de salud mental no penitenciaria.

Los Tribunales Superiores de Cámara y Casación ratificaron la decisión de la jueza en relación a la inimputabilidad declarada en la instrucción, y también las medidas de seguridad. A fines de abril de 2008, su defensora interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia. La muerte le llegó a Rodolfo en la Unidad 20, antes de que la Corte se expidiera sobre el recurso. En consecuencia, se declaró extinguida la acción penal disponiendo su definitivo sobreseimiento por fallecimiento.

I | La regulación normativa de las medidas de seguridad: la peligrosidad como fundamento

Los sistemas jurídicos modernos erigen un poder de castigar que para desplegarse requiere de racionalidad; y esto, en dos sentidos. En primer lugar, exige el “estado de razón” del sujeto que ha cometido un crimen; en segundo lugar, y simultáneamente, precisa de un acto criminal intelligen-

ble y descifrable.⁽³⁾ Es justamente esta doble condición lo que hace que el crimen sea plausible de ser traducido en una pena.

Tanto el derecho romano como el derecho germánico ya reconocían, en ciertas circunstancias subjetivas, la condición mitigadora o exoneradora de responsabilidad penal, pero fueron los canonistas del siglo XII quienes por primera desarrollaron reglas específicas de eximición de responsabilidad por estados momentáneos que hubieran impedido saber "que lo que se hacía era malo", entre los que se contaban la ebriedad, la equivocación o el sueño.⁽⁴⁾

Sin embargo, es más adecuado remitirse a la Teoría del Derecho Natural del siglo XVII para alcanzar un contacto más próximo a las discusiones actuales. Según esta perspectiva, el basamento de la imputación debía ser discutido alrededor del principio de "libre voluntad del hombre". El criminal de este tiempo es "el sujeto hedonista y racional, libre y bien informado sobre las leyes claras de su comunidad, que toma la decisión responsable de violarlas"⁽⁵⁾. De modo que cualquier acción en donde esa "libertad" estuviera condicionada debía considerarse eximida de imputación.

Estas nociones se presentaban en un contexto donde comenzaba a asentarse una estrecha oposición entre los comportamientos violentos y las nuevas maneras de subjetividades esperadas, acordes a la implementación de modernas formas de poder político: "Lo más característico del hombre civilizado es que, debido a una autoacción sociogenética, se le prohíbe tratar de agarrar de modo espontáneo lo que desea, lo que ama o lo que odia (...) las manifestaciones impulsivas y de placer socialmente indeseadas aparecen reprimidas...".⁽⁶⁾ Así, entre las causas de supresión de la imputación se contaban estados tales como el error, la coacción, la necesidad, y cualquier otra circunstancia que impidiera el libre ejercicio de la voluntad. Aún así, no es hasta mediados del siglo XVIII que el derecho moderno toma estos argumentos y los convierte formalmente en

(3) FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, Bs. As. FCE, 1999.

(4) BERMAN, HAROLD L., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México, FCE, 1996.

(5) CAIMARI, LILA, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 35.

(6) ELIAS, NORBERT, "Las transformaciones de la agresividad", en *El proceso de civilización*, Bs. As., FCE, 1993, p. 297.

categorías jurídico-penales, introduciéndolos como causas de exculpación o mitigación de la pena, o exclusión de intencionalidad y ausencia de dolo en las grandes reformas penales europeas de la época.⁽⁷⁾

Hacia la segunda mitad del siglo XIX, el fortalecimiento de la psiquiatría como ciencia secularizada acompañó el surgimiento de la idea de "individuo" y la revalorización de éste como sujeto de derecho. Simultáneamente, este nuevo impulso generó la proliferación de conocimientos referidos a enfermedades mentales y patologías asociadas, ampliando al mismo tiempo el espectro de quiénes podían padecerlas. En este contexto surge la constitución del sujeto "degenerado"⁽⁸⁾ —no ligado ya a la enfermedad sino a la anomalía— que habilitó la posibilidad de referir cualquier desviación, diferencia y/o retraso a un estado de degeneración: "...todo alienado constituye un peligro para sus circundantes y ellos son los inductores de los crímenes contra el pudor, de incendio, de robos, estafas, etc".⁽⁹⁾ Se instaló entonces la discusión en relación a qué hacer con este nuevo grupo de sujetos que aparecían en la escena social, y fundamentalmente en los centros urbanos, a fin de crear intervenciones concretas en el tejido social que permitieran anticipar, prevenir y neutralizar estos comportamientos.

Nuestra legislación nacional respondió a estas situaciones a través del establecimiento de dos reacciones jurídico-penales diferentes, que aún se mantienen con algunos matices en los *corpus* actuales.⁽¹⁰⁾ Por un lado, cuando

(7) MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

(8) La idea de "degeneración" fue postulada por primera vez en 1857 en el *Tratado de las degeneraciones de la especie humana* de Benedict Morel.

(9) KRAEPELIN, EMIL, "On the question of degeneration", en *History of Psychiatry*, n° 18, London, pp. 398/404.

(10) Los primeros antecedentes en materia de inimputabilidad y medidas de seguridad en el derecho penal argentino, pueden rastrearse en el Código Tejedor (P. 1ª, L. II, tít. III, art. 2, inc. 2, 3 y 5; N° 147 de Bs. As.), donde son contemplados los casos de incapacidad psíquica y se avanza inclusive sobre la categoría de "semiimputables" (en relación a la "debilidad natural de la inteligencia") (De La Rúa, 1972). El Proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García de 1881 (art. 93, inc. 3) modificó esta consideración ofreciendo un acercamiento a la inimputabilidad definida biológicamente y disponiendo que dichas personas, en el caso de cometer hechos en perjuicio de terceros, habrían de ser encerradas en alguna de las casas destinadas a los de su clase o podrán ser entregados a sus familias para sus cuidados, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad (art. 95) (Bisquet, 2008). Hacia 1886 un nuevo proyecto de Código Penal consagra la regla de impunidad para el inimputable (art. 81, inc. 1) integrando en su consideración, tanto la falta de capacidad como la falta de conciencia

la culpabilidad está probada y el nexo de responsabilidad no se encuentra cuestionado, la comisión de un delito importa, como consecuencia, la imposición de una pena. En cambio, cuando la racionalidad se prueba perturbada, los mecanismos de castigo se inhiben formalmente y, eventualmente, se aminoran las consideraciones en relación a la gravedad de la falta.

Sin embargo, en este último caso, el derecho penal se atribuye la potestad de gestionar diversas medidas sobre los sujetos eximidos de culpa. Así, instituye el sistema de medidas de seguridad (en paralelo con el sistema de penas) no ya bajo el fundamento de la culpabilidad, sino del reproche social en términos de “peligrosidad”, lo cual significa que el sujeto será considerado a nivel de sus potencialidades y no de sus actos, o al nivel de las virtualidades de comportamiento que ellas representan y no de las infracciones efectivas a la ley como en el caso de las penas.⁽¹¹⁾

Emitir un pronóstico sobre la posible conducta nociva de un sujeto, constituye un juicio acerca de la probabilidad de que éste cometa un daño a un bien jurídicamente protegido, y conlleva el riesgo de confundir la magnitud real del daño causado con la posibilidad real de producción del mismo, dándole a la norma el carácter de una verdadera legislación preventiva de, además, dudoso diagnóstico. En este sentido, Hegglin asegura que: “...el juicio de peligrosidad se reconoce como un juicio valorativo sin demasiada certeza científica incluso cuando los psiquiatras y psicólogos insisten en el valor de la práctica pericial”.⁽¹²⁾

.....

(Díaz, 1926). Posteriormente, hacia 1891 nace un nuevo Proyecto de Código Penal donde se profundiza el basamento biológico de la inimputabilidad y se liga su consideración a enfermedades y trastornos mentales fundados en la psiquiatría de la época (art. 59) (De la Rúa, 1972). Siguiendo la orientación de éste último, el proyecto de Código Penal de 1906 asigna una particular amplitud a la fórmula de inimputabilidad (art. 41) y establece un nuevo sistema de medidas de seguridad: “En caso de enfermedad mental, el juez ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe asimismo o a los demás (art. 41, inc. 1). El proyecto de 1917, convertido en Código Penal en 1921, acoge las críticas de las obras de Julio Herrera, quien recuperando la fórmula del Código Ruso expresada en su art. 35, rechaza la semiimputabilidad y corre la discusión exclusiva de la inimputabilidad en términos de enfermedad mental; instalando el texto normativo actualmente vigente (Bisquet, 2008).

(11) NAVARRO, DANIEL, “La peligrosidad de los enfermos mentales”, en <http://psiquiatriaforense.wordpress.com/la-peligrosidad-de-los-enfermos-mentales/>

(12) HEGGLIN, FLORENCIA, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, p. 293.

Las medidas de seguridad se encuentran clasificadas en nuestra legislación, según la finalidad a la que responden, en tres tipos distintos:⁽¹³⁾ **educativas y tutelares** (previstas para los menores que delinquen y para las personas con probada tenencia de estupefacientes que no dependen de ellos); **curativas** (previstas para personas que, en estado de inimputabilidad cometen una acción penada por la ley y son consideradas “peligrosas”, para sí o para terceros; pero también para aquéllos que, aún condenados por un delito, dependen física o psíquicamente del consumo de estupefacientes, a fin de desintoxicarlas y rehabilitarlas); y **de mejoramiento** (aplicadas luego de cumplida una pena, para los sujetos con multireincidencia). En todos los casos, el ejercicio de control sobre quienes recaen este tipo de medidas (que abarca procesos de identificación, marcación, corrección y vigilancia) es llevado adelante por toda una serie de instituciones que apoyan la decisión judicial e incluye la intervención tanto de instituciones psiquiátricas, como pedagógicas, criminológicas, médicas y penitenciarias.

En el caso bajo análisis la medida en cuestión es del tipo curativa,⁽¹⁴⁾ por lo cual resulta necesario dar cuenta de la normativa específica al respecto.

En primer lugar, es interesante resaltar que la fórmula expresada en el Código propone lo que la ciencia del derecho denomina propuesta “mixta”, refiriéndose a la combinación de causas psiquiátricas (insuficiencia de facultades mentales, alteraciones morbosas o estado de inconsciencia) con consecuencias psicológicas (comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones) en el proceso de determinación de inimputabilidad. Sin embargo, la interpretación judicial de este artículo en el ámbito nacional ha

.....

(13) SEITÚN, DIEGO, “La indeterminación temporal de las medidas de seguridad para inimputables y el principio de proporcionalidad”, en *Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal y Criminología*, n° 7 y 8, 2005, pp. 29/77.

(14) El artículo se refiere al “sistema de medidas de seguridad curativas para inimputables” como al conjunto de dispositivos penales que regulan, administran y aplican las medidas previstas para personas que, en estado de inimputabilidad y cometiendo una acción antijurídica, son sujetos de una reclusión penal distinta a la pena privativa de la libertad debido a sus condiciones particulares. El sistema incluye entonces la normativa que las reglamenta los procesos judiciales que las administran y las prácticas penitenciarias que las aplican (que, en este caso, incluye no sólo la intervención de agentes penitenciarios, sino también la participación de equipos interdisciplinarios conformados por una variedad de profesionales como médicos psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales).

estado frecuentemente reducida al método psiquiátrico.⁽¹⁵⁾ Es decir que, si bien la norma acepta que la inimputabilidad se establece sobre un sujeto pero siempre en relación a un acontecimiento en concreto, no es extraño encontrar en la jurisprudencia alusiones a la inimputabilidad como una "incapacidad general de actuar de acuerdo a la norma" atribuible a determinados sujetos en particular, ligados por lo general a la drogadicción, el alcoholismo, la mendicidad o la locura.

Por otro lado, surge de la norma que no sería suficiente la evidencia de enfermedad mental en el sujeto para la declaración de inimputabilidad, si no que debería probarse que la misma ha impedido la captación del disvalor (valor jurídico) de una conducta concreta. Lo mismo ocurre con aquellos sujetos no alienados que, a pesar de su "sanidad", no tuvieran conciencia de la criminalidad de sus actos por cualquier motivo o alteración circunstancial.⁽¹⁶⁾

Ahora, si bien es cierto que la inimputabilidad propuesta por el Código argentino conlleva en su discusión una base extra jurídica, también expresa claramente que tanto el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad, como la decisión del levantamiento de una medida de seguridad, no son cuestiones que le correspondan resolver a la psicopatología, a la psiquiatría o a la psicología, si no que dichas valoraciones son de naturaleza puramente jurídica.⁽¹⁷⁾ Por esa misma razón, esta cosmovisión del derecho espera una actitud activa y determinante del juez en su administración; y, si bien el asesoramiento de peritos en torno a la existencia de cierta realidad mental del sujeto en un momento determinado, o al carácter "peligroso" que pudiera serle diagnosticado, son datos importantes en la conformación de una sentencia, la valoración jurídica de las mismas es función exclusiva del magistrado interviniente, quien deberá considerar los alcances de estos estados.⁽¹⁸⁾

(15) La gran influencia de una psiquiatría forense con perspectiva naturalista e intelectualista en el derecho argentino ha sido determinante en este sentido (Silva, 2008). Sobre este tema en particular pueden consultarse FRIAS CAVALLERO, J., *Inimputabilidad penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Bs. As., Ediar, 1981; y NAVARRO, DANIEL, "La peligrosidad...". *op. cit.*

(16) LEVENE, RICARDO, *El delito de homicidio*, Bs. As., Depalma, 1977.

(17) VANINI, F., DEL CERO, M. Y SAULNIER, A., "Imputabilidad disminuida", en <http://www.derechopenalonline.com>

(18) FRIAS CAVALLERO, J., *Inimputabilidad penal...*, *op. cit.*

En el caso de Rodolfo, la instrucción sostuvo su sentencia de inimputabilidad sobre este artículo; y justificó sobre la misma legislación el levantamiento de una medida de seguridad curativa. La argumentación de la jueza incluyó la cita de una lectura de Cámara sobre las medidas de seguridad:

“...el art. 34, inc. 1 CP establece una medida de seguridad obligatoria cuando el sujeto actúa sin culpabilidad (...) el derecho penal no sólo aplica penas, sino también medidas de seguridad, cuya utilización abre paso siempre que se de aquella circunstancia de peligrosidad”.⁽¹⁹⁾

La misma sentencia incorporó también entre sus argumentos el art. 336 del Código Procesal Penal,⁽²⁰⁾ el cual reglamenta las condiciones de sobreseimiento. Llamativamente, la jueza indica el inciso 5 como aquel pertinente de ser aplicado en el caso bajo resolución; es decir aquel que habilita el sobreseimiento por causas de inimputabilidad, pasando por alto el inciso 4 (anterior en orden de prelación) que establece sobreseimiento si “el delito no fue cometido por el imputado”, cuestión que en este caso no fue siquiera discutida. Este punto será uno de los ejes de la fundamentación de los diversos recursos presentados por la defensora de Rodolfo.

Otra de las características sugestivas de la regulación normativa del sistema de medidas de seguridad es su falta de precisión en relación a la duración temporal de las mismas: se indica únicamente que el inimputable continuará recluido hasta tanto se determine, por intermedio de dictamen pericial, que ha cesado su peligrosidad. Dice Zaffaroni al respecto:

“El enajenado es sometido a reclusión, pues no saldrá del manicomio —es decir que permanecerá encerrado— hasta decisión judicial, o sea, por tiempo indeterminado, que puede ser el resto de su vida. En rigor es la única pena realmente perpetua que existe en el código, pues su término no depende de nada que pueda hacer la

(19) Fragmento de la sentencia de instrucción.

(20) Art. 336 CPPN. El sobreseimiento procederá cuando: inc. 1: La acción penal se ha extinguido; inc. 2: El hecho investigado no se cometió; inc. 3: El hecho investigado no encuadra en una figura legal; inc. 4: El delito no fue cometido por el imputado; inc. 5: Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absoluta. En los incs. 2, 3, 4 y 5 el juez hará la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado.

persona para ponerle fin. La idea rectora es que el enfermo mental requiere internación manicomial mientras sea peligroso y, siendo peligroso porque es enfermo, deberá permanecer en reclusión mientras continúe la enfermedad”.⁽²¹⁾

Bauman interpreta el encierro como un método para neutralizar o deshacerse de una parte importante de la población a la cual el capital no necesita como productora ni para la cual hay trabajo, y asegura que:

“...lo que hacen los presos dentro de sus celdas (...) no tiene importancia. Lo que sí importa es que permanezcan allí. No fue diseñada como fábrica de disciplina ni de trabajo disciplinado, sino de marginación y de personas habituadas a su estado de marginados; la característica del marginado en la era de la comprensión espacio-temporal es la inmovilidad”.⁽²²⁾

2 | La administración judicial de las medidas de seguridad: la construcción del sujeto inimputable

Como fue mencionado con anterioridad, al menos desde los tiempos de los canonistas los sistemas normativos han puesto de relieve a través de conceptos complejos y elaborados la importancia de evaluar los factores subjetivos en la indagación de la responsabilidad criminal. Desde aquel momento, para evaluar el acto, era necesario analizar la intención del autor: “Lo que les interesaba [a los canonistas], ante todo, no era la culpa, sino el pecado. Una vez más, la evaluación de justificaciones y excusas por actos se fundió con la evaluación de motivos, actitudes y carácter”.⁽²³⁾

La observación de los procedimientos judiciales contemporáneos que se despliegan al momento de la determinación de inimputabilidad de un acusado, y sobre todo ante la evaluación de la posibilidad de imponer

(21) ZAFFARONI, EUGENIO, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Bs As, Ediar 1987, t. V, p. 885.

(22) BAUMAN, ZYGMUNT, *La globalización, consecuencias humanas*, Bs. As, FCE, 1998, p. 147.

(23) BERMAN, HAROLD L., *La formación de la...*, op. cit., p. 202.

una medida de seguridad, parecen ser espacios privilegiados para la observación de las herencias recibidas de aquellos cánones en este sentido. No porque en otras instancias del accionar judicial la perspectiva del "derecho de autor" no sea también lo bastante evidente, si no porque conocer si un hecho se produjo bajo cierta perturbación de ánimo suficiente para provocar un estado de incomprensión de la criminalidad, y más aún, si dicha actitud es inherente al sujeto y factible de ser repetida, agrega condiciones óptimas para ver su despliegue. La tarea de indagación de intenciones ya acabadas y la investigación de las condiciones personales del acusado que fundamentan las medidas penales sobre estos sujetos, exceden al hecho en sí mismo y están más bien ligadas a la determinación de su carácter "pecaminoso" y, fundamentalmente, a su reforma moral.

Uno de los sujetos privilegiados en la tarea de aportar elementos de demostración en estos casos es el perito. Las sentencias de los magistrados y los discursos producidos por distintos operadores de justicia en cualquier expediente judicial que discuta la inimputabilidad suelen recuperar, citar, referir e interpretar las narrativas periciales presentadas durante el proceso: "Son enunciados con efectos de verdad y poder que les son específicos: una especie de supra legalidad de ciertos enunciados en la producción de la verdad judicial".⁽²⁴⁾ Estos discursos poseen la capacidad de influir de manera contundente en las decisiones de la justicia sólo por el hecho de ser formulados por personas calificadas; es decir, en función de quien los enuncia y no particularmente por su estructura racional. Tienen además la particularidad de presentar fuentes indeterminadas que no remiten directamente ni a los saberes de la ciencia ni a los del derecho, sino que son producto de una práctica particular que adultera tanto la regularidad de la institución científica como la legal, configurando un cuerpo de conocimientos legitimados exclusivamente en ese contexto: "...calificaré de grotesco el hecho de poseer por su status efectos de poder de los que su calidad intrínseca deberían privarlos".⁽²⁵⁾

Rodolfo fue sometido sólo a un peritaje oficial a cargo de un psiquiatra integrante del Cuerpo Médico Forense, y aunque asistió también a varias entrevistas con los profesionales tratantes del equipo médico pertene-

(24) FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, op. cit.

(25) FOUCAULT, MICHEL, *Ibid.*, p. 25.

ciente a la institución en la que fue recluido desde el inicio del proceso, ninguno de estos informes fueron tenidos en cuenta al momento de argumentar sentencia de instrucción, ni tampoco en las respuestas a los diversos recursos de apelación presentados por la defensa.

El peritaje oficial arrojó, en síntesis, las siguientes conclusiones: 1) que Rodolfo presentaba criterios de trastorno por dependencia de alcohol, deterioro cognitivo asociado, y trastorno paranoide de la personalidad; 2) que, a su vez, evidenciaba criterios de peligrosidad para sí y para terceros potenciados por la posibilidad de consumo étílico; 3) que requería internación psiquiátrica en alguna institución psiquiátrica penitenciaria o psiquiátrico de puertas cerradas; 4) que no se encontraba en condiciones de comprender los alcances de una declaración indagatoria; y 5) que, finalmente, basado en sus antecedentes, posiblemente no había podido comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones en los hechos que se investigan.

La jueza de instrucción tomó conocimiento de esta información y, haciendo uso literal de los dichos del perito, construyó su sentencia de inimputabilidad aduciendo que:

“... toda vez que las dificultades para comprender la criminalidad (...) hacen clara alusión a la afección de la inteligencia y la voluntad de un imputado, eliminando así la culpabilidad del hecho perpetrado e impidiendo la reunión de los tres requisitos del ilícito penal, esto es tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y en virtud de la inexistencia de ésta última, es que corresponde declarar a [Rodolfo] inimputable y sobreseerlo en consecuencia.

Atento a las categóricas conclusiones médicas se impone, a fin de resguardar la integridad física del imputado como así también la de terceros, disponer (...) medida de seguridad...”.⁽²⁶⁾

Se presentaban también otras pruebas que reforzaban tibiamente la motivación de la sentencia, todas basadas en la declaración de testigos no presenciales del hecho. Un grupo de éstos testimoniaron haber visto alguna vez a Rodolfo portando un arma blanca similar a la que habría dado muerte a Leonardo; otro grupo hizo referencia a haber tomado conocimiento de su

.....

(26) Fragmento de la sentencia de instrucción.

responsabilidad en el homicidio por comentarios de terceros (de los cuales no pudieron brindar datos ciertos de identidad) declarando cuestiones tales como: "...hay un comentario que es que en la plaza hablan los árboles, y así fue como me enteré".

Por el contrario, la declaración del propio acusado, quien negó rotundamente la autoría material del hecho, fue por completo desestimada como acto indagatorio válido por las condiciones mentales de Rodolfo y, por lo tanto, no fue tomado en cuenta en la elaboración de las argumentaciones de la jueza. El hecho de que los dichos del imputado hayan sido negados por la palabra autorizada de la sentencia no es menor. Si valoramos correctamente al derecho como sancionador de la visión dóxica,⁽²⁷⁾ debe entenderse que la desvalorización pública de ciertos dichos tiene como efecto el menoscabo de los valores que quedan disminuidos en esta apreciación; y, por ende, de aquellos que los detentan. Kant de Lima se refiere en este sentido al concepto de "argumento de autoridad", del cual se vale para explicar los mecanismos del sistema jurídico moderno, develando en éste la presencia de conflictos de intereses en franca contienda y tesis opuestas en la que sólo una se impone bajo pretexto de contener un saber de mayor autoridad que la otra: "El sistema, así, coloca a todos juntos, pero separados y jerarquizados en la conquista de los mejores lugares en una estructura (...) constituida por partes desiguales..." (1999: 3).

La decisión fue apelada por la defensora oficial de inmediato, quien solicitó la revisión del sobreseimiento por causas de inimputabilidad, y el pronunciamiento de uno nuevo por falta de prueba que acreditara la culpabilidad de Rodolfo en el hecho. La defensora criticaba también la falta de explicitación por parte de la jueza de las valoraciones realizadas sobre la prueba,⁽²⁸⁾ que le habían permitido dar por cierta la materialidad del hecho. Como consecuencia de ello, también se solicitaba la revocación de las medidas de seguridad impuestas sobre Rodolfo, aduciendo que: "...por más peligrosa que parezca una persona, la jurisdicción penal no

(27) SANDOVAL, M., *Diacrítica del terror*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 2007.

(28) El sistema penal prevé la obligatoria fundamentación de las resoluciones judiciales como "condición de su control y autocontrol, sino cognoscitivo al menos político y moral", en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona, Trotta, 1995, p. 174. Dicha fundamentación no es nada más ni nada menos que la explicitación de la motivación de las sentencias donde los jueces "están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente", en (Gavie 1961: p.13).

puede intervenir si no ha incurrido el imputado en alguna de las figuras del catálogo punitivo”.⁽²⁹⁾

La sentencia de Cámara confirmó la decisión de la instrucción y agregó elementos que permitieron reforzar la construcción de Rodolfo como sujeto inimputable y esencialmente peligroso:

“Si bien es cierto que no se ha podido recolectar prueba directa que acredite el extremo aludido, una razonada valoración de los indicios reunidos por la investigación permitiría avanzar con el grado de reproche contra el imputado. Así, todos los testigos afirman que era vox populi en la zona que [Rodolfo] había matado a [Leonardo], lo que se condice con la **personalidad violenta** del primero, con el hecho de que éste **solía portar un arma blanca** y con su **desaparición de los lugares que solía frecuentar** con posterioridad a la agresión”.⁽³⁰⁾

La “personalidad violenta” a la cual hace referencia la sentencia fue obtenida a través de la inferencia sobre los informes médicos realizados sobre Rodolfo. Sin embargo, resulta evidente que se puede padecer una personalidad agresiva, y no por ello ser autor de un delito de homicidio. La “portación del arma blanca” es otro elemento cuestionable, sobre todo si se considera que Rodolfo vivía en situación de indigencia y por lo tanto era esperable que llevara consigo un cuchillo para desarrollar sus actividades diarias. Algo similar ocurre con la sospecha surgida en relación al “abandono de los lugares que frecuentaba”. Rodolfo no tenía domicilio fijo, ni una ocupación formal, ni vínculos sociales estables, por lo tanto difícilmente pudiera aducirse el abandono del hogar o del lugar de trabajo como indicio de responsabilidad. Sin embargo, todos estos argumentos van elaborando una historia de vida particular, seleccionando trayectorias específicas de esa vida, configurando una personalidad determinada, ofreciendo posibles explicaciones sobre la presunta acción cometida e, inclusive, proyectando posibles reacciones futuras del acusado; y todo esto no necesariamente limitándose a ofrecer su conocimiento experto, sino muchas veces echando mano a

.....

(29) Fragmento de recurso de apelación ante Cámara.

(30) Fragmento de sentencia de Cámara, el resaltado es mío.

valoraciones morales e ideológicas de origen claramente indeterminado como “la palabra de los árboles” o “la voz del pueblo”.

De todo lo dicho se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: la determinación de punibilidad implica siempre un margen de incertidumbre y de libertad de interpretación sobre la prueba, así como también disputas entre los diversos discursos en torno al acercamiento a la “verdad”. En estos espacios de incertidumbre entra en juego la subjetividad del juzgador y el despliegue de la discrecionalidad judicial, que tiene lugar justamente en la distancia existente entre la abstracción de la tipicidad legal y el caso concreto bajo juzgamiento. Dice Cossio: “Esto significa que el mundo valorativo personal del juez es un dato inexcusable para la ciencia del derecho”.⁽³¹⁾

Ahora bien, en este sentido, la intervención de la subjetividad del juez —de su sensibilidad, inteligencia y moralidad— podría ser valorada como el elemento que permite el acceso a la persona humana juzgada tanto como a la comprensión de las particularidades del caso individual; y por lo tanto, el elemento que introduce la equidad en el proceso judicial: “...en fin la justicia del hombre, en contraste con la justicia de la ley”.⁽³²⁾ Para Cossio, sólo a través de la subjetividad, y particularmente desde el compromiso emocional del juez, es posible la comprensión del sentido del objeto juzgado. Sin embargo, este espacio de disposición puede ser entendido, al contrario, como expresión irreductible del carácter extra jurídico de las decisiones que expresa, y ligado de manera contundente con la estructura político-social en la cual se inscribe. Siguiendo a Baratta, podríamos decir que:

“...las diferencias de actitud emotiva y valorativa de los jueces (...) lleva (...) a tendencias de juzgamiento diversificadas, según la pertenencia social de los imputados y relativas tanto a la apreciación del elemento subjetivo del delito (dolo, culpa), como al carácter sintomático del delito frente a la personalidad (...) y, por tanto, a la individualización y a la conmensuración de la pena desde estos puntos de vista”.⁽³³⁾

(31) COSSIO, CARLOS, *Teoría de la verdad jurídica*, Bs. As., Librería El Foro, 2007.

(32) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 157.

(33) BARATTA, ALESSANDRO, “Introducción a la sociología jurídico-penal”, en *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2003, p. 187.

La defensora presentó entonces recurso ante Casación aduciendo una vez más la falta de fundamentación de la sentencia, la afectación del principio de inocencia, y la falta de certeza en relación a la autoría material del hecho. Nuevamente se solicitaba el sobreseimiento por la falta de vinculación de Rodolfo en la ejecución de la agresión y el revocamiento de las medidas de seguridad interpuestas.

Casación operó de manera similar a la Cámara, y no sólo ratificó la resolución del *a quo*, sino que agregó elementos en la misma línea de argumentación casi todos ellos extraídos de las declaraciones testimoniales de la causa. Así, cita en su resolución los dichos de varios habitués de la Plaza Flores recabados por un inspector de la policía encomendado a recoger información sobre el homicidio. Se desprenden de estos testimonios varios elementos exclusivamente relacionados a la personalidad y las actitudes cotidianas del acusado —y no al hecho en sí—, y se lee, por ejemplo, que Rodolfo “era de pelearse y andar con cuchillo”, que “era una persona agresiva porque tomaba y le pegaba mal el vino”, que “ya había tenido problemas con la mayoría de las personas que paran en la zona”, y que “desde el hecho no volvió al lugar”. Marcó que el Tribunal valoró como “incendiario, contundente y conducente a un mismo sujeto” —según la sentencia de Casación— y fue suficiente como para acreditar el suceso y la autoría de Rodolfo.

Figari plantea que “...todo lo que debe ser evitado, separado y hasta eliminado; lo peligroso, lo inmoral y obsceno entra en la demarcación de lo hediondo y asqueroso” y que el tipo y la densidad de emociones implicadas en cierta relación, determinaría si tal relación supone la generación de un sujeto abyecto.⁽³⁴⁾ No cabe duda en este caso de que es éste el tipo de subjetividad que termina de delinear la sentencia de Casación, y que ha sido elaborada paulatina y acumulativamente por la administración judicial a través del paso por sus diferentes instancias. Esta particular condición queda reflejada en la carencia de una palabra exacta que defina la situación particular de estas personas, encontrando referencias a ellos como pacientes-presos o internos-pacientes, pero sin un término preciso que pueda dar cuenta de su existencia o de su futuro, posicionándolos en la condición de verdaderos “innombrables” para la Justicia.

(34) FIGARI, CARLOS, “Las emociones de lo abyecto: repugnancia e indignación”, en *Cuerpos, subjetividades y conflictos: hacia una sociología de los cuerpos y las emociones desde Latinoamérica*, Bs. As., CLACSO/CICCUS, 2009, p. 133.

Esto podría ayudar también a explicar la perseverancia de todos los jueces involucrados en el proceso, ...proceso en sostener las medidas de seguridad aplicadas sobre Rodolfo; dice Bauman: "...a lo largo de los siglos (...) el confinamiento espacial (...) ha sido una reacción visceral, casi instintiva, ante todas las diferencias, en particular aquella que no se podía o deseaba alojar en la red del trato social habitual. En su sentido más profundo, significaba prohibir o suspender las comunicaciones y, por consiguiente, perpetuar el extrañamiento".⁽³⁵⁾

Finalmente la defensora presentó recurso ante la Corte argumentando una cuestión federal directa que consistía en la vulneración del debido proceso (al no haber hecho lugar al debate oral y público donde discutir la materialidad del hecho y las condiciones del delito), la vulneración de los principios de inocencia y de *in dubio pro reo*⁽³⁶⁾ y la transgresión del principio de legalidad de la pena en relación a la imposición de las medidas de seguridad. La respuesta a este recurso no llegó a ser tramitada ya que Rodolfo falleció en ese lapso de tiempo y, por ende, la causa fue cerrada.

Queda claro a través del análisis de este caso que la actitud de "juzgamiento de autor" aún persiste en la práctica judicial nacional contemporánea, y es particularmente visible en los argumentos judiciales que discuten la inimputabilidad y la aplicación de medidas de seguridad a pesar de que dicha intervención resulta absolutamente incompatible con el principio de derecho penal de acto al cual nuestra Constitución⁽³⁷⁾ adhiere y que nuestros jueces juran aplicar. Dice Terragni: "Nuestro ordenamiento es derecho penal de acto. No se puede castigar una manera de ser, una característica personal, racial, religiosa, ideológica, o la enfermedad, sino la realización de una acción concreta".⁽³⁸⁾

.....

(35) BAUMAN, ZYGMUNT, *La globalización...*, op. cit., p. 139.

(36) El principio de *in dubio pro reo* señala cuál debe ser el criterio si existe duda racional sobre la real concurrencia de elementos del tipo penal a pesar de haber practicado las pruebas válidas con las necesarias garantías. El principio indica que cuando estas dudas no pudieran resolverse, deberá decidirse en el sentido más favorable para el acusado, ver ÁLVAREZ LOPEZ, J., "In dubio pro reo y presunción de inocencia", en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/in-dubio-pro-reo-y-presuncion-de-inocencia>.

(37) Art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...".

(38) TERRAGNI, MARCO A., *Régimen penal de los estupefacientes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, p. 77.

3 | El tratamiento penitenciario de las medidas de seguridad: entre prácticas carcelarias y procedimientos médicos

La medida de seguridad levantada en la instancia de ejecución sobre Rodolfo y que fuera reconfirmada por diversos tribunales superiores, implicó su internación en el Servicio Psiquiátrico para varones del Servicio Penitenciario Federal (Unidad 20); la sentencia inicial ya confirmaba, además, que dicha medida quedaría sujeta a: "...criterio del Sr. Juez de Ejecución Penal que habrá de intervenir en el controlador de la medida dispuesta".⁽³⁹⁾

Vale aclarar que, como la Justicia penal sólo tiene injerencia en instituciones penales, mientras las sentencias judiciales mantengan bajo su ámbito el control de la evolución de los tratamientos, las medidas de seguridad pueden ser exclusivamente desarrolladas en ámbitos penitenciarios;⁽⁴⁰⁾ y en el caso particular de los inimputables, suelen hacerlo en unidades psiquiátricas-penitenciarias que alojan a reclusos de este tipo, junto con otros internos que, aun teniendo condenas, demuestren algún tipo de alteración psíquico-emocional que requiere de una atención profesional más intensa que la que puede ser ofrecida en las unidades comunes (drogodependencia, intentos de suicidio, problemas de conducta graves, serias dificultades de convivencia).

La historia de esta unidad se remonta al año 1880 cuando el Dr. Lucio Meléndez, director por aquel entonces del hospicio José T. Borda, hizo notar la urgente necesidad de crear un departamento especial para "locos criminales". Su requerimiento fue concretado dos años más tarde por su

(39) Fragmento de la sentencia de ejecución.

(40) Existe jurisprudencia que demuestra que es posible en términos normativos, que una vez declarado el levantamiento de una medida de seguridad sobre un inimputable, el juzgado de ejecución penal declare su incompetencia y traslade a la órbita de la justicia civil el seguimiento de las medidas y la potestad de decidir sobre el tipo de tratamiento, el lugar donde desarrollarlo y los tiempos del mismo; ámbito natural para la administración de este tipo de situaciones, que cuenta no sólo con la experiencia necesaria sino fundamentalmente con operadores de justicia y personal adecuado en sus juzgados para gestionar estas cuestiones (en este sentido se puede consultar por ejemplo la sentencia de la causa N° 6936/11 del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 15, sec. 146). Sin embargo en la práctica, estas situaciones son las menos frecuentes.

sucesor, el Dr. Domingo Cabred, quien esgrimía un pensamiento bastante adelantado para su época: "Los alienados llamados delincuentes deben ser asistidos en los asilos comunes y no en secciones especiales de las cárceles...", según expresara en el Congreso Nacional de Antropología Criminal celebrado en Ginebra en 1896.

Su construcción demandó al menos siete años, siendo finalmente inaugurado en 1899, con el nombre de "Pabellón Lucio Meléndez". Este pabellón estuvo a cargo del hospital neuro-psiquiátrico hasta 1962, cuando debido a una huelga del personal de Salud Pública, la dirección del hospital solicitó la colaboración de la Dirección Nacional de Institutos Penales, la cual resolvió enviar cuatro enfermeros del Instituto de Clasificación, un oficial del Cuerpo General y dos subayudantes dependientes de la que fuera la Prisión de la Capital Federal (Unidad N°16), a los fines de dar resolución al conflicto.

En 1967, por razones ligadas a la falta de alojamiento adecuado, los convictos padecientes de enfermedades mentales que se encontraban bajo la supervisión del Instituto de Clasificación en la Cárcel de Encausados fueron derivados al pabellón Lucio Meléndez, hasta que a través de un convenio celebrado el día 31 de mayo de 1968 entre la Secretaría de Estado de Salud Pública y el Instituto Nacional de Salud Mental del por entonces Ministerio de Bienestar Social por un lado, y la Secretaría del Estado de Justicia y la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal del Ministerio de Justicia por el otro, ratificado por decreto 1962/1969, se transfirió en forma gratuita el edificio, las instalaciones y los bienes muebles de los Pabellones Lucio Meléndez y Chiarugi del hospital Borda a la órbita de la Dirección Nacional. Dicho convenio fue ampliado en 1979 incorporando la transferencia del pabellón "Servicio Trece", y a partir de entonces se resolvió denominar a esta unidad así conformada como Servicio Psiquiátrico Central De Varones Unidad 20, siendo la única unidad federal de este tipo.

Los internos que en los últimos años han sido alojados allí tienen una procedencia diversa. La primera vía de ingreso a la unidad es la derivación directa desde comisaría, circunstancia que se da "cuando una persona comete un delito y es apresado en el momento, y las circunstancias dan para pensar que padece algún desequilibrio psiquiátrico, entonces el juez ordena que sea trasladado aquí para que lo evaluemos".⁽⁴¹⁾ Otra forma de

(41) Fragmento de la entrevista con un alto funcionario penitenciario de la Unidad 20, abril de 2011.

recibir internos es desde Tribunales; en estos casos son derivados ya con un diagnóstico especificado por los médicos forenses que han participado del proceso judicial y han aconsejado al juez su internación. Por último, la unidad también recibe internos de otros penales (algunos ya con sentencia firme y otros procesados) que "en un momento dado se desequilibran y los traen para acá".⁽⁴²⁾ La falta de atención psiquiátrico-psicológica en las unidades penitenciarias ordinarias del servicio federal, reflejada en los escasos profesionales contratados para tal fin tanto como en la ausencia de recursos terapéuticos disponibles para afrontar casos de este tipo, explican este último tipo de derivaciones. De esta forma, los diagnósticos de los internos de la Unidad 20 incluyen una gran diversidad de situaciones, habiéndose podido relevar durante el trabajo de campo la presencia tanto de pacientes psicóticos o con patología orgánica cerebral, como pacientes con problemas de drogodependencia o trastornos de la personalidad (siendo estos últimos la gran mayoría).

Al contrario de lo que ocurre en otras unidades, este servicio en particular contaba, para la época en que Rodolfo fue internado allí (octubre de 2005 a mayo de 2008), con un equipo interdisciplinario muy vasto y diverso de profesionales de la salud. Según los dichos de su director,⁽⁴³⁾ en el año 2011 prestaban sus servicios 60 profesionales civiles, además de 130 agentes penitenciarios para el control de una población de, por ese entonces, 87 internos, lo cual deja en claro que "...la atención y el control (...) es mucho mayor que en cualquier otra unidad".⁽⁴⁴⁾ Es importante aclarar que, luego de la reforma de 2007,⁽⁴⁵⁾ el servicio cuenta con un Director Penitenciario a

(42) *Ibid.*

(43) Dicho director fue relevado de sus funciones a mediados de 2011 luego de que, en circunstancias poco claras, un incendio que se produjo en una de las habitaciones de aislamiento terminó con la muerte de dos jóvenes internos por la prolongada inhalación del humo. Ver el comunicado de la Procuración Penitenciaria de la Nación del 31 de mayo de 2011, en: <http://174.142.214.165/~ppn/?q=node/1290>

(44) Fragmento de la entrevista con un alto funcionario penitenciario de la Unidad 20, abril de 2011.

(45) Luego de un informe exhaustivo y de gran divulgación pública confeccionado por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) y el MDRI (Mental Disability Rights International) acerca de la situación de las personas detenidas en las instituciones psiquiátricas argentinas, que incluyó el relevamiento y la documentación de una tremenda cantidad y variedad de violaciones a los derechos humanos tanto como de prácticas médicas abusivas y cruentas, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario decidió emprender una importante reforma en la Unidad 20 a través de la implementación del Programa Nacional de Atención al Interno con Enferme-

cargo de la organización de los agentes y la organización del penal en general, y un Coordinador Médico civil (nombrado y supervisado directamente por la dirección nacional) encargado de la articulación de los equipos de salud y del seguimiento de los casos; ambos poseen formalmente un rango de autoridad similar.

Una de las dificultades señaladas por el equipo médico para la intervención terapéutica en un marco carcelario de este tipo, es la diversidad de cuestiones clínicas a abordar y las diferencias con respecto de la imputabilidad de los pacientes, lo cual dificulta la posibilidad de establecer un marco coherente para llevar adelante un tratamiento: “El fin último es respetar al paciente psiquiátrico y su espacio de tratamiento, ya que como persona que padece se encuentra doblemente vulnerado en su situación de encierro y la convivencia con trastornos graves de la personalidad no hacen más que condicionar su tratamiento y evolución”.⁽⁴⁶⁾

.....

dad Mental Grave. Entre las medidas más destacables pueden nombrarse las modificaciones edilicias (se retiraron las puertas enrejadas de las celdas —aunque se mantuvieron las que ofrecían acceso a los pabellones— y se modificaron las celdas de aislamiento en sus dimensiones y servicios sanitarios, etc.); la incorporación del cuerpo de profesionales civiles (hasta esa fecha el servicio sólo contaba con la presencia de tres psiquiatras del cuerpo penitenciario para la atención de 150 internos); la confección de un programa de formación, perfeccionamiento y actualización de los profesionales médicos, no médicos y penitenciarios a los fines de capacitarlos sobre las problemáticas específicas de salud mental; y finalmente, la implementación de un dispositivo SOEP (Servicio de Observación y Evaluación Psiquiátrica) a fin de organizar la admisión a la unidad que contaría con la presencia de al menos dos médicos psiquiatras, un neuropsicólogo y un trabajador social en todas evaluaciones, quienes luego de 72 horas como máximo de observación debían explicitar en todos los casos un diagnóstico, el motivo de admisión o no admisión y el riesgo de auto o heteroagresión del paciente (debían ingresarse en adelante a la unidad sólo los pacientes con **episodios psicóticos agudos y subagudos** de cualquier etiología, pacientes con **elevado riesgo de suicidio** a quienes se intentaría derivar lo más rápidamente posible al lugar de origen luego de su estabilización y los **cuadros de excitación psicomotriz** de tipo maniaco, maniforme, esquizofrénico o tóxico). Se creaba a su vez, a fin de alojar a todos aquellos que cayeran por fuera de esta clasificación pero que aun así, no estuvieran en condiciones de ser alojados en unidades comunes, el Anexo Unidad 20 dentro del complejo N° 1 de Ezeiza; el cual admitiría personas con trastornos de personalidad, retrasos mentales, síntomas cerebrales orgánicos de cualquier origen incluidos demencia y epilepsias, trastornos por abuso de sustancias o antecedentes de adicciones, autolesionadas o con diagnóstico de ideación suicida o ideación de muerte. La Unidad 20 tampoco aceptarían en adelante ingresos ordenados por la Justicia civil ni se mantendrían dentro de la misma a los internos bajo la órbita de dicha competencia. Simultáneamente, la Defensoría General de la Nación creó la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Psiquiátrico; “con el objetivo de coordinar las tareas tendientes a verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos” y a la cual se le otorgaba la competencia en materia de control de legalidad de las mismas (según resolución DGN N° 1421/07).

.....

(46) Fragmento de entrevista a integrante del equipo médico de la Unidad 20, octubre 2011.

Otra de las problemáticas que atraviesa la intervención terapéutica en este contexto es la generalizada inactividad de los internos. Es común observarlos acostados sobre sus camas o en el piso por largos períodos de tiempo, con escasos o nulos estímulos de movimiento. Si bien es cierto que el penal ofrece educación en distintos niveles y tareas laborales de huerta y carpintería —así como también talleres de cerámica, alfarería, marroquinería y reciclaje—, la participación en los mismos es optativa y en la mayoría de los casos no guarda relación alguna con los puntos de interés de los internos, ni respecto a sus dinámicas, ni en relación a sus contenidos.

La administración de medicaciones psicofarmacológicas sin consentimiento es otra de las intervenciones médicas que en este contexto se encuentra altamente cuestionada. Para el tiempo en que Rodolfo se encontraba alojado en la unidad, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) registró diversas situaciones de suministro de tranquilizantes que eran utilizados como “herramienta de disciplinamiento y control”.⁽⁴⁷⁾ Un detenido le informó a los investigadores que visitaron en esa oportunidad la Unidad que como “castigo por ofensas menores, se les administraban fuertes tranquilizantes que los dejaban inmovilizados por días”⁽⁴⁸⁾ alentando la cronificación del padecimiento mental.

A principios del año 2007, el Procurador Penitenciario interpuso un *habeas corpus* correctivo a favor de todos los internos en ese momento alojados en el Servicio Psiquiátrico Central de Varones “por agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención”. La intervención fue originada por una carta en la que “los familiares” de los internos denunciaban diversos malos tratos. En particular el documento describía como habituales las fuertes golpizas o el sometimiento a duchas frías por más de media hora a los internos que se negaban a tomar la medicación, así como también las agresiones verbales, el “maltrato psicológico” y el “verdugueo” constante.

El informe elaborado por el CELS coincide en la reiteración de abusos infringidos por el personal penitenciario: “...se constató que varias personas detenidas tenían grandes moretones en sus torsos y espaldas, y que

(47) CELS/MDRI, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en asilos psiquiátricos argentinos*, Bs. As., Siglo XXI, 2008.

(48) CELS/MDRI, *Ibid.*

una de ellas tenía puntos de sutura en su cabeza...”,⁽⁴⁹⁾ también presenta evidencia de ultrajes sexuales sobre los detenidos: “...una de las personas (...) denunció haber sido violado por un guardia y que varios guardias le habían obligado a desfilarse en ropa interior femenina y a actuar de manera afeminada para ellos”.⁽⁵⁰⁾ Asimismo, los investigadores observaron una gran cantidad de personas detenidas con carencias de atención médica grave, documentaron internos con heridas abiertas en estado de infección, o portadores de VIH que no recibían la medicación correspondiente.

Los profesionales del cuerpo médico con los cuales he conversado, han señalado los problemas referidos a la falta de capacitación específica de los agentes penitenciarios que desempeñan funciones en esta unidad directamente, y las profundas consecuencias que esta circunstancia acarrea en el trato cotidiano con los internos y los roces constantes con el personal civil. Sin embargo, el informe del Área de Salud Mental de la Procuración Penitenciaria de la Nación correspondiente al período 2009 señala en este sentido que, si bien la capacitación y formación de operadores terapéuticos resulta pertinente, “...desde el área no se acuerda con que esta función la desarrollen agentes penitenciarios que no pertenezcan al escalafón de salud”.⁽⁵¹⁾ Dejando clara su posición respecto de que los dispositivos de tratamiento estén en manos de profesionales técnicos de la salud mental exclusivamente.

Otra práctica común en la unidad es la utilización de las salas individuales de tratamiento, sector comprendido en ese entonces por tres alojamientos individuales, donde los detenidos eran aislados transitoriamente bajo argumentos psiquiátricos al ingreso, o como modalidad de castigo por períodos prolongados y, muchas veces, sin supervisión suficiente:

“...en junio de 2004 los investigadores observaron a hombres encerrados en celdas minúsculas y oscuras. Estas celdas medían metro y medio por dos metros cuadrados y no tenían una fuente de luz natural ni ventilación. Hacía tanto calor que las personas detenidas estaban cubiertas en sudor. No había inodoros y las

.....

(49) CELS/MDRI, *Ibid.*

(50) CELS/MDRI, *Ibid.*

(51) Fragmento del Informe anual de la Procuración Penitenciaria de la Nación, agosto de 2009, en: <http://www.ppn.gov.ar/?q=content/informe-anual-%C3%B1o-2009>

personas tenían que orinar y defecar en pequeñas ollas sobre el piso. Las celdas estaban sucias e infestadas con cucarachas. El único contacto con el mundo exterior era a través de una pequeña mirilla en la puerta”.⁽⁵²⁾

A partir de la reforma de 2007, la estructura edilicia de estas celdas y los modos de utilización de las mismas fueron modificados, aunque las prácticas de aislamiento continúan siendo un recurso válido para la gestión de la población de la unidad.

En la época en que Rodolfo estuvo allí, aquellos pacientes que no estaban encerrados en celdas de aislamiento, eran ubicados en habitaciones comunes las cuales contaban con una capacidad para seis adultos (aunque de hecho en ellas estuvieran detenidas entre siete y once personas). Muchos internos se veían así obligados a dormir en el piso sobre colchones delgados y sucios ubicados uno tras otro, casi sin espacio para moverse entre ellos. La sobrepoblación era una de las características que hacía muy difícil la vida en la Unidad antes de la reforma. En 2006 las autoridades informaban a la Procuración que contaban con una sobrepoblación cercana al 50%.

Las condiciones edilicias, en general, tampoco ayudaban al desarrollo de una cotidianeidad segura y digna, y las condiciones esenciales para una higiene apropiada tampoco estaban aseguradas. No se contaba con disponibilidad de agua caliente, toallas o jabón; y el estado de los servicios sanitarios era lamentable, no contando siquiera con una puerta que separara el baño del pabellón. “...[la] vida en este lugar no tendría nada que envidiarle a un centro clandestino de detención. Tal vez la única diferencia es que el nombre de los detenidos existe registrado en algún lugar de alguna oficina del Estado, un lugar que no suele interesarle a casi nadie”.⁽⁵³⁾

A pesar de las transformaciones que se sucedieron, inclusive después de la gran reforma de 2007,⁽⁵⁴⁾ y los avances en las formas de trato y atención a

(52) CELS/MDRI, *Ibid.*

(53) AMENDOLARO, ROXANA, DEL DO, ADELOUÍ, GUILIS, GRACIELA, SOBREDO, LAURA, y WIKINSKI, MARIANA, “El encierro dentro del encierro. La situación actual en la Unidad Psiquiátrica Penal Nro. 20 de la Ciudad de Buenos Aires”, en <http://www.puntadeliceberg.com.ar/?p=535>

(54) La última reforma en 2011 incluyó el cierre del edificio original ubicado en el predio del Hospital Borda y la apertura del Servicio Neuropsiquiátrico del Centro Penitenciario de Ezeiza (un pabellón dentro del complejo N° 1 con una capacidad para 80 internos varones

los internos (según los estándares internacionales vinculantes para Argentina), el tratamiento penitenciario de las medidas de seguridad en términos de internamiento coactivo supone siempre una práctica de segregación en detrimento de un fin asistencial, e implica un tipo de reclusión que acentúa el deterioro y la cronicidad de la discapacidad mental: “Al ser separadas de la sociedad, las personas pierden los lazos que las unen a su familia, amigos y comunidades de referencia. Las personas quedan sometidas al régimen custodial (...) y pierden las habilidades de vida esenciales que necesitan para sobrevivir en la comunidad, lo que impide su rehabilitación”.⁽⁵⁵⁾

Vale recordar además que, dentro del sistema de medidas de seguridad, el régimen de la progresividad⁽⁵⁶⁾ de las penas no tiene vigencia; es decir que tanto las sanciones como los beneficios del sistema carcelario tradicional quedan suspendidos. Si a esta situación se le suma el hecho de que las detenciones de las personas internadas no son revisadas de manera periódica ni adecuada por los jueces o fiscales intervinientes, obtenemos un régimen de reclusiones perpetuas⁽⁵⁷⁾ sin garantías de ningún tipo:

“La ejecución y la duración del internamiento en el hospital psiquiátrico soporta críticas cada vez mayores. Las condiciones del internamiento son peores que las de la ejecución penal peniten-

.....
alojados en habitaciones individuales). Allí fueron trasladados gran parte de los internos con medidas de seguridad curativas alojados en el edificio original, aunque algunos pocos fueron reubicados en instituciones civiles en los casos donde su situación procesal lo hizo posible. A su vez, se creó el Programa Interministerial de Salud Mental Argentino PRISMA (resolución conjunta 1075/2011-MJDH y 1128/2011-MS), a través del cual los Ministerios de Justicia y Salud reemplazaron al Programa Nacional de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave. La mayoría de los profesionales fueron reemplazados al tiempo que se reorganizaron absolutamente los dispositivos de evaluación, tratamiento y egreso.

(55) CELS/MDRI, *Vidas arrasadas...*, *op. cit.*

(56) Consagrado en el art. 6 de la ley 24.660 que, expresamente establece, “El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semi-abiertas o abiertas o secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”; es la característica fundamental del régimen de las penas privativas de libertad en nuestro país, y en el que se apoya la idea de que la pena en prisión es un bien para quien la sufre y que el Estado puede debe proveer a quienes encierra, las herramientas adecuadas para lograr la reinserción paulatina en el medio social.

(57) En este sentido, algunos juristas han propuesto la limitación de la duración temporal de las medidas de seguridad, aludiendo al principio de “proporcionalidad” de las penas expresado en los arts. 28 y 33 CN como marco garantizador). Ver HEGGLIN, FLORENCIA, *Los enfermos mentales...*, *op. cit.*

ciaria y la duración del mismo suele superar considerablemente la del cumplimiento de una pena privativa de libertad por un delito similar...".⁽⁵⁸⁾

4 | A modo de conclusión o sobre la posibilidad de pensar las medidas de seguridad como regímenes de excepción

El artículo ha dado cuenta del conjunto de dispositivos penales que regulan, administran y aplican las medidas previstas para personas que, en estado de inimputabilidad, son objeto de una reclusión penal distinta a la pena privativa de la libertad. No debe perderse de vista que dicho campo se encuentra inscripto en el entramado de un mundo signado por el ejercicio de una nueva gubernamentalidad neoliberal, que incluye al menos dos elementos destacables a tener en cuenta en este caso: el incremento mundial de la proporción de población en conflicto directo con la ley (acompañado por una fuerte política de construcción de prisiones a escala global y el aumento de los presupuestos estatales destinados a las fuerzas de "la ley y el orden"), junto con una creciente "autopropulsión" del miedo a nivel general, que deviene finalmente en una exacerbada preocupación por la protección personal.⁽⁵⁹⁾

A través de una mirada antropológica del caso presentado, complementada con la lectura de la normativa pertinente, la observación de los procedimientos judiciales y la dinámica de funcionamiento de la unidad penitenciaria psiquiátrica involucrada, considero posible concluir que el sistema de medidas de seguridad curativas se desenvuelve como un verdadero régimen de excepción.

En primer lugar, porque desde su enunciación normativa como encierros prolongados e indeterminados en condiciones carcelarias de personas recluidas sólo por su especial constitución y sin referencia alguna a los hechos cometidos, arrojan a determinados sujetos fuera de las garantías

(58) JESCHECK, HANS H., *Tratado de derecho penal, Parte general*, Granada, Comares, 2003, p. 134.

(59) BAUMAN, ZYGMUNT, *op. cit.*

del derecho atentando, inclusive, contra su dignidad humana y produciendo, en términos de Agamben, seres jurídicos inclasificables: "...ni prisioneros ni acusados (...) objeto de una pura dominación de hecho, de una detención indefinida, y no sólo en sentido temporal sino en cuanto a su propia naturaleza..." (Agamben, 2002: 10).

Por otro lado, los procedimientos judiciales que administran dichas medidas, ejercidos de forma permanente sobre un tipo de población en particular (los "abyectos", los "innombrables"), caen también fuera de los límites del derecho, de aquello que la ley permite, sobre los cuales el Estado podrá disponer su supresión, ya sea por medios cruentos o incruentos, sin sentirse siquiera aludido: "El derecho iguala sólo a los "iguales", mientras otros quedan fuera de su protección y permanecen en los bordes, expuestos a distintas formas de la violencia..."⁽⁶⁰⁾

Finalmente, las prácticas penitenciarias y médicas relacionadas al sistema de medidas de seguridad curativas, incluyen —como he desarrollado— violaciones a la integridad personal, mental y moral, tanto como al derecho a un trato digno y humano de las personas detenidas, convirtiéndose en verdaderos procedimientos de desubjetivación "...que rebasa(n) de manera cotidiana los límites del derecho, de las normas de derecho y que, paradójicamente, el derecho consiente la rutina de que así suceda"⁽⁶¹⁾

Entendiendo que el estado de excepción se define como un estado kenomático (Agamben, 2010), este conjunto de dispositivos constituyen operaciones biopolíticas del poder soberano a través de las cuales, tanto Rodolfo como todos los declarados inimputables sujetos a medidas de seguridad curativas, resultan absolutamente reducidos a la incertidumbre de su mera existencia física (zoe) y son producidos como "nudas vidas", colocándolos en el umbral en donde vida y derecho se confunden.⁽⁶²⁾

(60) CALVEIRO, PILAR, "Acerca de la difícil relación entre violencia y resistencia", en Margarita López Maya, Nicolás Iñigo y Pilar Calveiro (eds.), *Luchas contrahegemónicas y cambios políticos en América Latina*, Bs. As., FLACSO, 2008.

(61) TISCORNIA, SOFÍA, *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Bs. As., Editores del Puerto/CELS, 2008

(62) TISCORNIA, SOFÍA, "Entre el honor y los parientes. Los edictos policiales y los fallos de la Corte Suprema de Justicia. El caso de 'Las Damas de la calle Florida' (1948-1958)", en Tiscornia, Sofía (comp.), *Burocracias y violencia, Estudios de Antropología Jurídica*, Bs. As., Antropofagia, 2004.

Vientos de cambio

Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1º del Código Penal Argentino

por EZEQUIEL N. MERCURIO⁽¹⁾ y VIVIANA A. SCHWEIZER⁽²⁾

Desde antaño el diálogo entre médicos y juristas ha resultado arduo, complejo y no exento de múltiples y variados equívocos. Esto ha permitido la proliferación de opiniones e interpretaciones psiquiátrico-forenses sesgadas, por momentos grotescas en términos de Foucault.⁽³⁾

Así, y tal como lo plantea Castex,⁽⁴⁾ el desencuentro de los discursos científico y jurídico, surge a partir de la **apropiación y distorsión** de conceptos. Se trata de la manipulación de los mismos, hasta lograr la más "exquisita equivocidad".

En tal sentido, algunos de estos conceptos equívocos son, en el ámbito del derecho penal, **la alteración morbosa, la insuficiencia de las facultades mentales, el estado de inconsciencia y la comprensión de la criminalidad del acto**. También surgen nuevos constructos como "normalidad psicojurídica".

.....

(1) Magíster en Criminología. Médico especialista en medicina legal y psiquiatría. Jefe de Departamento Área Psiquiatría del Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación.

(2) Licenciada en Psicología. Integrante del Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación.

(3) FOUCAULT, M., *Los anormales*, 2da reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2001.

(4) CASTEX, M., *Ensayo crítico forense sobre el desencuentro de dos discursos*, Ciencia y Derecho, Bs. As., Ad Hoc, 2008.

De esta manera, interpretaciones restrictivas en torno a qué se entiende por **alteración morbosa de las facultades o insuficiencia**, son la regla. Es así que Zazzali refiere “como se decía en tiempos pasados, si hay demencia no hay crimen. Y existen muchos estados mentales que significan demencia (enajenación). Hay ausencia de capacidad para entender y para decidir en la psicosis esquizofrénica, en estado de brote”.⁽⁵⁾ Siguiendo este razonamiento, Bonnet señala que los únicos que no son capaces de comprender la criminalidad de sus actos son los alienados: “el perverso, como cualquier otra personalidad anormal, sólo no comprenderá la criminalidad de sus actos cuando sea una alienado mental”.⁽⁶⁾

Se trata de afirmaciones fundadas en concepciones de claro corte alienista, cuyo origen puede rastrearse en el alienismo francés del siglo XIX. La influencia del alienismo caló hondo en la cátedra y en el foro, con alcances que pueden seguirse hasta la actualidad. Esta corriente de pensamiento continúa restringiendo el círculo de las enfermedades mentales a las psicosis (alienación mental). Así puede ejemplificarse en las conclusiones de peritajes forenses que arrojan resultados positivos de cocaína, aunque el consumo no haya tenido la magnitud suficiente como para constituir un estado de inconsciencia o una alteración morbosa de las facultades de carácter alienante como las que exige el Código Penal.

En esta línea, Zazzali señala: “Cualquier cuadro mental que signifique insuficiencia de las facultades, alteración morbosa de esas facultades, o inconsciencia impide totalmente al sujeto entender la naturaleza del acto que realizaba”.⁽⁷⁾

A pesar de haber transcurrido dos siglos, desde el nacimiento del alienismo, la interpretación psiquiátrico-forense mayoritaria sobre el art. 34, inc. 1° no se ha modificado. En tal sentido, el art. 64 del antiguo Código Penal francés de 1810 parece no haber perdido vigencia: “No hay crimen ni delito cuando el acusado se encuentra en estado de demencia en el momento de la acción o cuando es obligado por una fuerza a la cual no puede resistirse”.

.....

(5) ZAZZALI, J., *Introducción a la psiquiatría forense*, Bs. As., La Rocca, 2009, p. 61.

(6) BONNET, E. F., *Psicopatología y Psiquiatría Forenses*, Bs. As., López Editores, 1983, p. 153.

(7) ZAZZALI, J., *La pericia psiquiátrica*, Bs. As., La Rocca, 2006, p. 151.

Cabe señalar que la noción de inimputabilidad nace dentro del ámbito del derecho penal para dar respuestas a sus propias necesidades. Así, la psiquiatría y psicología arriban en auxilio del derecho penal y con él se intersectan en este y en otros puntos, tales como la capacidad para estar en juicio, credibilidad del testimonio, testar, o ser sujeto pasivo de circunvención o manipulación para producir hechos o actos jurídicos, entre otras necesidades del derecho penal y civil. Sin embargo, no son la psiquiatría o la psicología forense las que debe responder sobre el grado de culpabilidad de un sujeto. En tal sentido, la imputabilidad es un concepto estrictamente jurídico que requiere la participación auxiliar de otras ciencias.

En palabras de Frías Caballero,⁽⁸⁾ la capacidad de reproche no se trata de una verificación biológica o naturalística sino de un juicio valorativo normativo. En esta misma línea, se refiere Bacigalupo al señalar que la consecuencia normativa de las alteraciones o anomalías psíquicas, se trata de un juicio valorativo que debe realizar el juez.⁽⁹⁾

Por su parte, Fontán Balestra señala que en el Código argentino: “no es suficiente que se compruebe la existencia de alguno de los estados que enuncia la ley, sino que es necesario que **él impida comprender la criminalidad del acto** o dirigir las acciones, circunstancia que puede apreciar el propio juez”.⁽¹⁰⁾

Roxin establece la existencia de un reparto de funciones entre el perito y el juez, en donde el experto constata la presencia de algún cuadro psicopatológico —los estados de conexión biológico-psicológicos—, en tanto que el juez a partir de ello “extrae conclusiones para la capacidad de comprensión o de inhibición por la vía de un proceso valorativo”.⁽¹¹⁾ Sin embargo, el autor germano llama la atención aún más sobre la función del juez, en tanto que el mismo debe poder verificar el estado o diagnóstico y no puede asumir tales situaciones a ciegas. El Código Penal alemán

(8) FRÍAS CABALLERO, J., *Imputabilidad Penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Bs. As., Ediar, 1981.

(9) BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As. Hammurabi, 1999, p. 453.

(10) FONTAN BALESTRA, C., *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 486.

(11) ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría de delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 836.

requiere una actitud valorativo-normativa al interpretar las características de “profundo” y “grave”. “Lo decisivo sigue siendo aquí como siempre la convicción del juez, que el experto no puede suplantar”.⁽¹²⁾

Es así que existen tres corrientes interpretativas del término de inimputabilidad: biológico-psiquiátrica (alienista), psicológica y mixta. La primera hace hincapié en que la enfermedad *per se* es la que lleva a la inimputabilidad; la segunda, en que los factores psicológicos de una enfermedad o situación generan efectos en la capacidad de comprensión de un sujeto. Tal como señalan Dubinin, Karpets y Kundriavtsev: “para declarar que un hombre es inimputable no basta el solo hecho de establecer una enfermedad mental (criterio médico)”.⁽¹³⁾ La última, es una mezcla de las anteriores ya que considera las causales bio-psicológicas y sus efectos para arribar a la inimputabilidad.

Nuestros legisladores optaron, en su redacción actual, por una fórmula mixta de inimputabilidad (Libro I, Título V del Código Penal de la República Argentina, 1921, art. 34, inc. 1): “No son punibles: el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones de las mismas o por su estado de inconsciencia, error, o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Este método mixto de análisis tripartito de la inimputabilidad se encuentra integrado por:

1. Causas biológicas o psiquiátricas

- a. insuficiencia de las facultades;
- b. alteración morbosa;
- c. estado de inconsciencia.

2. Las consecuencias psicológicas

- a. incapacidad para comprender la criminalidad del acto;
- b. o dirigir sus acciones.

3. El análisis normativo valorativo realizado por el juez

.....
(12) *Ibid.*

.....
(13) DUBININ, N.; KARPETS, I.; y KUDIYAVTSEV, V., *Genética, conducta y responsabilidad*, Bs. As., Cartado, 1984, p. 194.

Roxin hace referencia a un método biológico-psicológico, donde primero habrían de ser constatados determinados estados orgánicos (biológico) y luego las consecuencia de estos, en términos de comprensión, dirección o inhibición (psicológico). Empero, una gran cantidad de cuadros psicopatológicos no se deben a deficiencias corporales orgánicas, como por ejemplo, "el estado pasional intenso, la oligofrenia normal psicológica, y la anomalía psíquica grave que comprende sobre todo a las psicopatías, las neurosis y las anomalías de los instintos".⁽¹⁴⁾ En esta línea, señala que en la literatura se habla de un método "psíquico normativo" o "psicológico normativo".

La inimputabilidad no se agota con la verificación de las causales psiquiátricas y sus consecuencias psicológicas, ya que como señalara Frías Caballero se trata de un concepto de índole "cultural, jurídico valorativo, que no se constriñe sólo a lo psiquiátrico y psicológico".⁽¹⁵⁾

En esta línea, se trata de una interrelación indivisible entre las causas psiquiátricas, las consecuencias psicológicas, y el componente normativo-valorativo. Así, si alguno de estos tres elementos se encuentra ausente, desaparece la inimputabilidad, ya que no basta con señalar que un sujeto no comprende o no dirige, o que presenta tal enfermedad mental, sino que se debe dar la interrelación entre la causa (enfermedad) y el efecto (incapacidad para comprender o dirigir).

Si la inimputabilidad se limitara tan sólo a la verificación del estado psicopsiquiátrico de un sujeto, el juzgador quedaría supeditado al informe médico para determinar la imputabilidad del mismo. Es por esto que la determinación de este complejo artículo requiere por parte del juez, una postura activa, que no debe ceñirse a lo puramente biológico. Sin embargo, asistimos a diario a solicitudes judiciales que buscan delegar en los auxiliares de la justicia funciones que son propias y exclusivas del juzgador; por ejemplo, cuando se solicita que los peritos se expidan sobre si un determinado acto realizado reúne las características de inimputabilidad o si encuadra dentro de las previsiones del art. 34, inc. 1°.

.....

(14) ROXIN, C., *op. cit.*, p. 823.

(15) FRÍAS CABALLERO, J., *op. cit.*, p. 129.

Uno de los puntos más importantes y ricos de la fórmula mixta, que hace de este artículo uno de los más complejos del Código Penal, radica en la existencia de situaciones en las que un sujeto que posee una **personalidad anormal no patológica** puede quedar excluido de la imputabilidad, sin que estas **anormalidades** formen parte del estrecho campo de la alienación mental, de las psicosis u oligofrenias. Ocurre lo mismo para los casos en que la enfermedad mental no es discutida, ya que no basta que un sujeto padezca una enfermedad mental para excluirlo de la imputabilidad, sino que dicha patología debe producirle, en el momento del hecho, los llamados efectos psicológicos de la fórmula, es decir, impedirle la capacidad de comprensión de la criminalidad o de la dirección de sus actos.

Así, es posible que existan casos de sujetos que padezcan una patología mental —que puede incluirse dentro de los parámetros psiquiátricos de la fórmula— y ésta no le haya alterado su capacidad de comprensión en el momento del hecho. En esta línea, “la misma persona puede ser inimputable en determinados momentos respecto de determinados hechos y sin embargo, no serlo en otros momentos respecto de otros hechos”.⁽¹⁶⁾

Sin embargo, el alienismo restringe el círculo de las enfermedades mentales a las psicosis, y el campo de las insuficiencias a los retrasos mentales moderados o graves.

De esta manera, la ausencia de patología —sin incidencia en términos de comprensión—, es decir, sin repercusión a efectos penales, no supone de ninguna manera que la persona examinada puede ser considerada normal.

Ni el informe, en ese sentido, es un certificado de salud mental. Lo que se afirma es, tan solo, que no presenta patología de suficiente naturaleza e intensidad como para originar unos efectos determinados con eficacia ante el derecho penal que justifique un menor reproche para su conducta o la absoluta exclusión del mismo.⁽¹⁷⁾

(16) ROXIN, C., *op. cit.*, p. 826.

(17) GÓMEZ CARRASCO, J. J. y MAZA MARTÍN, J. M., *Manual de psiquiatría legal y forense*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2003, p. 266.

En el año 2004, se conformó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, una Comisión para la Elaboración de un Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación que trabajó durante dos años (resoluciones MJ y DH N° 303/2004 y N° 136/2005), culminando su labor en el año 2006. El trabajo realizado por la Comisión propone la modificación del actual art. 34, inc. 1° que será el objeto de comentario del presente opúsculo.

Recientemente, bajo el decreto 678/2012 se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación. El Proyecto de Reforma se fundó, entre otras, en la búsqueda de una coherencia en términos de equilibrio y proporcionalidad entre las distintas escalas penales y los distintos delitos. Asimismo, debido a la excesiva actividad reformadora se han incorporado normas especiales, pero que no se encuentran integradas al Código Penal.

I | Las causas psiquiátricas de inimputabilidad y el alienismo moderno

Tal como se ha señalado previamente, una de las dificultades más importantes que uno se encuentra al momento de analizar la inimputabilidad por razones psiquiátricas es qué se entiende por insuficiencia de las facultades.

Siguiendo a Frías Caballero,⁽¹⁸⁾ si bien el término insuficiencia engloba un concepto amplio, en nuestro medio la expresión “insuficiencia de las facultades” se interpreta mayoritariamente como insuficiencia intelectual (trastornos de la inteligencia, retraso mental): cuadros antiguamente denominados como frenastenia, oligofrenia, o debilidad mental.

Sin embargo, no todos los autores comparten dicha postura, tal es el caso de Zaffaroni, Slokar y Alagia, quienes señalan “no hay razón para hacer de la insuficiencia de las facultades un sinónimo de oligofrenia, porque en

.....
(18) *Ibid.*

realidad las facultades están disminuidas siempre que la conciencia opera en niveles de perturbación”.⁽¹⁹⁾

De todas formas, en la actualidad se continúan colocando en forma arbitraria los grados más profundos de oligofrenias (retraso mental moderado y grave/ imbecilidad e idiocia, de la antigua y superada terminología). Es así que Bonnet establece “la insuficiencia de las facultades **comprende exclusivamente** a la idiocia con todos sus variedades y a la imbecilidad, igualmente en todos sus formas clínica”.⁽²⁰⁾ En cambio, Zazzali considera:

“Para el psiquiatra la expresión **insuficiencia de las facultades** significa alienación mental congénita ...están incluidas aquí todas las enfermedades englobadas dentro de los retardos mentales moderados (...) graves y profundos (...) no incluye el retardo mental leve u oligofrenia leve (...) en este caso el leve déficit intelectual, que es sólo una variante en menos del nivel intelectual, no es —por sí— eximente de responsabilidad”.⁽²¹⁾

Por otra parte, el doctrinario chileno Garrido Mont señala que:

“...en las oligofrenias (retraso mental), sólo los grados de imbecilidad e idiotéz, en que la persona logra un desarrollo mental no superior al de un niño de unos seis o siete años en el primer caso y de unos dos años en el segundo, constituyen causales de incapacidad penal plena (inimputabilidad); no así tratándose del débil mental, cuyo desarrollo psíquico es de un menor de entre ocho y once años, que disminuye la imputabilidad, pero no la elimina (art 10 N° 1— en relación con el art. 11 N° 1—) y configura una eximente incompleta (art. 73)”.⁽²²⁾

En este punto las consideraciones realizadas por Cabello⁽²³⁾ resultan muy ilustrativas y palmarias: establece que la nomenclatura utilizada por el

(19) ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO; SLOKAR, ALEJANDRO; ALAGIA ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 669.

(20) BONNET, E. F., *op. cit.*, p. 147.

(21) ZAZZALI, J., *La pericia psiquiátrica*, *op. cit.*, p. 150.

(22) GARRIDO MONT, M., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 218.

(23) CABELLO, V., *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*, Bs. As., Hammurabi, 1984.

legislador en el art. 34, inc. 1°, —al mencionar las causas psiquiátricas de inimputabilidad— bajo ningún punto de vista puede ser interpretada en forma restrictiva, si se tiene en cuenta que el Código no acude a entidades nosológicas ni a cuadros clínicos determinados. Ello sucede con la **insuficiencia de las facultades**, que hace referencia a todas las formas de oligofrenias —idiocia, imbecilidad y debilidad mental—; el descartar alguna de ellas corre por cuenta del que interpreta el texto. Así, comenta que:

“Las cifras asignadas a las escalas psicométricas —cociente intelectual— no han sido fijadas por decreto, no tienen un valor mágico, ni están escritas en la naturaleza de las cosas. No existe una magnitud absoluta que define la frontera entre los diversos grados de oligofrenias; las correspondencias entre los tests psicométricos está lejos de ser perfecta”.⁽²⁴⁾

Asimismo, debe señalarse que el Código Penal describe en términos normativos y jurídicos un grupo amplio de formas clínicas, cuya característica psicopatológica principal es la insuficiencia. Sin embargo, evita enumerar taxativamente qué cuadros se encuentran dentro de insuficiencia de las facultades. Es decir, la terminología legal resulta genérica, amplia y no excluyente. Con lo cual

“...no resulta lícito reducir a priori, el alcance conceptual de ‘insuficiencia’ sólo a las formas mayores de retraso psíquico (idiotia e imbecilidad), desalojando del espectro biológico del 34 del Cód. Penal a las formas menores (debilidad mental) (...) Allí donde la ley no impone restricciones, el interpretador tampoco tiene porqué hacerlas.”⁽²⁵⁾

Por su parte y en consonancia con Cabello, Riu y Tavella señalan que en relación al síndrome de insuficiencia mental leve: “si bien poseen aptitud para manejarse conductualmente en situaciones simples tanto y cuanto les sean conocidas previamente, su incapacidad valorativa les impide desenvolverse frente a acontecimientos y situaciones que requieran discernimiento y conciencias discriminativa”.⁽²⁶⁾

.....

(24) CABELLO, V., *ibid.*, p. 174.

(25) *Ibid.*, p. 168.

(26) RIÚ, J., y TAVELLA DE RIÚ, G., *Psiquiatría forense. Aspectos penal, civil y laboral*, Bs. As., Lerner Editores, 1987, p. 52.

Pese a lo expuesto, el pensamiento mayoritario de la psiquiatra forense actual mantiene una postura alienista que no contempla la singularidad de cada caso y, por tanto, excluye de forma apriorística los cuadros leves de la insuficiencia de las facultades. Es así que no tiene presente que, para los grados leves o moderados, no es el cuadro quien *per se* arrastra al sujeto a la inimputabilidad, sino las consecuencias del mismo sobre la capacidad para comprender y dirigir la criminalidad de un acto puntual en un momento específico.

Es así que Bonnet considera que:

“...en estos últimos años médicos, abogados, han intentado reaccionar contra los límites definidos de ella —alteración morbosa de las facultades— considerando que también se puede cobijar otros cuadros que catalogan como ‘enfermedades mentales’, tales como la ‘locura moral’, ‘las personalidades psicopáticas’, ‘los estados psicopáticos postencefálicos’, las neurosis, etc. ...alteraciones morbosas de las facultades implica **solamente** alineación mental adquirida en cualquiera de sus variedades”.⁽²⁷⁾

Tal como se ha señalado previamente, en la actualidad continúa primando una visión alienista de la inimputabilidad. Por ejemplo, Zazzali señala que “la palabra morbosa usada en el Código Penal (Argentino) significa para el psiquiatra enajenación mental adquirida (...) en este rubro se encuentran muchas de las enfermedades psiquiátricas englobadas como psicosis”.⁽²⁸⁾

En esta línea, surge con gran frecuencia, y no sin caer en graves fallas lógicas, que un sujeto encuadra dentro de la normalidad psicojurídica, ya que presenta un trastorno de la personalidad no alienante que hace que no pueda ser encuadrado dentro de alteración morbosa de las facultades. Empero, a continuación se asevera que reviste peligrosidad psiquiátrica para sí y/o terceros y requiere un tratamiento de internación, aún contra su voluntad.

Así, el inmenso mundo de los padecimientos mentales parece reducirse sólo a los cuadros de psicosis, alienación mental, enajenación, quedando por fuera las toxicomanías, los trastornos de la personalidad, entre otros.

.....

(27) BONNET, E. F., *op. cit.*, p. 147.

(28) ZAZZALI, J., *La pericia psiquiátrica*, *op. cit.*, p. 150.

De esta forma, la enfermedad mental dentro del ámbito penal queda restringida sólo a los cuadros de psicosis; un criterio que cambia notablemente para la psiquiatría forense de la esfera civil, al considerar a sujetos con trastornos de la personalidad, retraso mental o toxicómanos como enfermos.

Así, el término **alteración morbosa** no debe interpretarse en forma restrictiva, excluyendo *a priori* determinadas enfermedades mentales, ya que el propio término morbo —de *morbosus*: enfermedad— incluye a todas las enfermedades. Es decir, la expresión **alteración morbosa** no restringe ni retacea enfermedad alguna por más que la psiquiatría forense trate de imponer que aquellas enfermedades mentales —que se encuentran dentro de las clasificaciones internacionales y en las cuales se invierten no pocos tratamientos—, al entrar en el ámbito penal, se transformen, como por arte de magia, en **variantes de una normal estadística**, como los son los trastornos de la personalidad.

Por todo lo expuesto, si bien resulta claro que toda alteración morbosa es una enfermedad mental, no toda enfermedad mental implica alienación mental.⁽²⁹⁾

2 | Propuesta de modificación del art. 34, inc. 1º, y el derecho comparado

Tal como ha sucedido en algunos países europeos —España, Francia y Alemania—, nuestro país se encamina a una reforma seria e integral del Código Penal, siendo uno de los artículos propuestos para su modificación el 34, inc. 1º.

En esta línea, puede señalarse que el Código Penal Español excluyó de la fórmula de inimputabilidad el concepto de “enajenación” y lo suplantó por el de “anomalía” o “alteración psíquica”.⁽³⁰⁾ Así queda zanjada la

(29) ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO; SLOKAR, ALEJANDRO; ALAGIA ALEJANDRO, *op. cit.*

(30) Art. 20: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Código Penal Español”.

discusión sobre si alteración morbosa se refiere únicamente a los cuadros de psicosis, enajenación o alienación, y queda abierto el campo a cualquier cuadro psicopatológico.

Algo similar sucedió con el Código Penal Francés que fue actualizado: se dejó fuera viejas terminologías, se optó por una fórmula mixta de inimputabilidad y se introdujo la terminología “problema psíquico” o “neuropsíquico”.⁽³¹⁾

Por su parte, el Código Penal Alemán también ha presentado modificaciones motivadas por la interpretación restrictiva de los vocablos empleados por la fórmula de la inimputabilidad. Así, se modificó el término “trastorno patológico de la actividad mental” por el de “trastorno psíquico patológico”. En esta línea, Roxin señala que:

La expresión trastorno psíquico abarca todo el ámbito de lo psíquico (...) también las dolencias pueden ser “trastornos psíquicos patológicos” (...) pertenecen (...) las psicosis exógenas (...) las psicosis endógenas (...) se designan así los trastornos psíquicos cuya base corporal orgánica no ha sido demostrada claramente hasta el momento, pero que la ciencia presume (postula). En ellas se cuentan los dos grandes círculos de la esquizofrenia y la ciclotimia.⁽³²⁾

Asimismo, se introdujo el término “otra anomalía psíquica grave”, que hace referencia tanto a que las desviaciones psíquicas respecto de lo normal no se basan en una enfermedad corporal como a que las principales formas de manifestación son las psicopatías, las neurosis y las anomalías de los instintos,⁽³³⁾ pudiéndose encuadrar en éstas otros cuadros psicopatológicos.

Respecto del Código Penal Español, Bacigalupo considera que se trata de una fórmula en dos niveles, donde se deben distinguir, por un lado,

.....
(31) Art. 122-1: “N’est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d’un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes”.

(32) ROXIN, C., *op. cit.*, p. 834.

(33) *Ibid.*, p. 834.

las anomalías o alteraciones —las cuales se deben comprobar como presupuesto— y, por el otro, la falta de posibilidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, que se debe verificar como consecuencia de aquellas anomalías. En este orden señala que “una explicación tradicional de esta fórmula de dos niveles afirma que debe existir una relación de causalidad entre las anomalías o alteraciones psíquicas y la capacidad de autodeterminación”.⁽³⁴⁾ Empero, advierte que no se trata de una causalidad real sino de establecer en forma normativa si el agente se encontraba en situación personal que le permitiera motivarse en la norma.

En una línea similar, Roxin⁽³⁵⁾ señala que la fórmula de inimputabilidad alemana (§ 20) se encuentra estructurada en dos etapas:

- I. La primer etapa compuesta por los cuadros psicopatológicos:
 - a. El trastorno psíquico patológico;
 - b. El trastorno profundo de la conciencia;
 - c. La oligofrenia;
 - d. La anomalía psíquica grave;
2. La segunda etapa compuesta por:
 - a. La incapacidad para comprender el injusto o;
 - b. actuar conforme a esa comprensión

El doctrinario alemán señala que sólo cuando se haya diagnosticado alguno de los cuadros psicopatológicos, se podrá avanzar a la segunda etapa: la capacidad para comprender y dirigir.

A modo de ejemplo, el Cuadro 1 señala las distintas fórmulas de inimputabilidad utilizadas en diferentes países de Latinoamérica. Allí es posible analizar los diferentes vocablos y conceptos utilizados.

.....

(34) BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 447.

(35) ROXIN, *op. cit.*

CUADRO 1: INIMPUTABILIDAD POR RAZONES PSIQUIÁTRICAS EN LATINOAMÉRICA

Código Penal	Fórmula de inimputabilidad
Código Penal de Argentina	"Art. 34. No son punibles: 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".
Código Penal de Bolivia	"Art. 17. Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia, no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión".
Código Penal de Brasil	"Inimputáveis. Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".
Código Penal de Chile	"Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón".
Código Penal de Costa Rica	"Art. 42. Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes".
Código Penal de Colombia	"Art. 31. Concepto. Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".
Código Penal de Cuba	"Art. 20.1. Está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta".

Código Penal	Fórmula de inimputabilidad
Código Penal de Guatemala	"Art. 23: No es imputable (...) 2°. Quien al momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter lícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente".
Código Penal de Honduras	"Art. 23: No es imputable (...) 2) quien en el momento de la acción u omisión padezca psicosis, de retardo mental severo, de psicosis transitoria y carezca, por ello, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente dolosa o culposamente".
Código Penal de México	"Art.15: El delito se excluye cuando: (...) VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o fuera previsible...".
Código Penal de Nicaragua	"Art. 28. Están exentos de responsabilidad criminal: 1° El que por enfermedad mental o una grave alteración de la conciencia no posea, en el momento de obrar, la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esa apreciación".
Código Penal de Paraguay	"Artículo 23.- Trastorno mental 1°. No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento".
Código Penal de Perú	"Artículo 20.- Inimputabilidad Está exento de responsabilidad penal: 1°. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión".

Código Penal	Fórmula de inimputabilidad
<p>Código Penal de Uruguay</p>	<p>“Artículo 30. (Locura) No es imputable aquél que en el momento que ejecuta el acto por enfermedad física o psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación, se halle en tal estado de perturbación moral, que no fuere capaz o sólo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según su verdades apreciación. Esta disposición es aplicable al que se hallare en el estado de espíritu en ella previsto, por influjo del sueño natural o del hipnótico.</p> <p>31. (Embriaguez) No es imputable el que ejecuta un acto en estado de embriaguez, siempre que ésta fuere completa y estuviere determinada por fuerza mayor o caso fortuito.</p> <p>32. (Ebriedad habitual) El ebrio habitual, y el alcoholista, serán internados en un Asilo. Se considera ebrio habitual el que se embriaga periódicamente y en ese estado comete delito o provoca escándalo, tomándose peligroso.</p> <p>Se reputa alcoholista al que por la costumbre de ingerir alcohol, sin llegar a la embriaguez, hubiere cometido el hecho en el estado previsto en el artículo 30 del Código.</p> <p>33. (Intoxicación) Las disposiciones precedentes serán aplicables a los que, bajo las condiciones en ellas previstas, ejecutaran el acto bajo la influencia de cualquier estupefaciente”.</p>
<p>Código Penal de Venezuela</p>	<p>“Artículo 62. No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos”.</p>

Tal como surge del Cuadro 1, la mayoría de los Códigos Penales presentados han optado por terminología amplia para referirse a la amplia gama de procesos psicopatológicos. Así, doce de las quince fórmulas utilizan los términos “enfermedad mental”, “dolencia”, “trastorno mental”, “anomalía” o “alteración morbosa”. Sólo el Código Penal Cubano utiliza el término “enajenación mental”; el de Honduras, “psicosis”; y el de Chile, “loco o demente”.

Es decir, cuando el Código se refiere a enfermedad mental, ésta se interpreta como alienación o enajenación. Persiste así, aún en penalistas destacados y con interpretaciones amplias sobre la capacidad de culpabilidad,

una visión restrictiva en torno al concepto de enfermedad mental, que evidencia la influencia del discurso hegemónico psiquiátrico forense. De esta forma, existirían enfermedades mentales —tales como la psicosis, alienación o enajenación (psicosis maníaco depresivas, esquizofrenia y paranoia)—, y otros cuadros por fuera —como los trastornos de la personalidad y los retrasos mentales—.

En esta línea, Bacigalupo señala que “una anomalía o alteración psíquica se debe admitir sobre todo en los casos de enfermedades mentales. El concepto de enfermedad mental no se superpone con el concepto médico de la misma. Desde el punto de vista jurídico, con el que se debe interpretar estas expresiones, deben incluirse aquí, en primer lugar, las psicosis en sentido clínico”.⁽³⁶⁾

Asimismo, las fórmulas de inimputabilidad por razones psiquiátricas presentan una conformación de tipo mixta, donde la enfermedad/alteración/trastorno/anomalía es necesaria pero no suficiente, requiriéndose que la misma acarree como consecuencia una imposibilidad para comprender la norma jurídica. Sin embargo, en el apartado psicológico de la fórmula, se ha optado por diferentes conceptos tales como conciencia o libertad de sus actos, apreciación el carácter ilícito, conocimiento de la antijuridicidad de ese acto, entendimiento, comprensión del carácter ilícito.

En cambio, el Código Penal de Chile presenta una fórmula de inimputabilidad claramente biológica o psiquiátrica. Se trata de una fórmula que se limita a enumerar qué cuadros psicopatológicos excluyen la imputabilidad. En esta línea, Frías Caballero comenta que en “estos casos la ley se limita a señalar aquellos estados negativos de inimputabilidad”.⁽³⁷⁾ Asimismo, Cury Urzua explica que en el ámbito chileno “las fórmulas psiquiátricas, por la inversa, se limitan a atribuir a ciertos estados patológicos, de alteración o inmadurez, taxativamente enumerados las consecuencias de excluir la imputabilidad”.⁽³⁸⁾

(36) BACIGALUPO E., *op. cit.*, p. 449.

(37) FRÍAS CABALLERO, *op. cit.*, p. 128.

(38) CURY URZUA, 2005, p. 410.

Por su parte, Silva Silva señala que en este tipo de fórmulas “la ausencia de salud mental o no tener edad para ser plenamente capaz hace que el individuo sea inimputable (...) cuando ocurre una anomalía mental opera plenamente la exención de responsabilidad por inimputabilidad”.⁽³⁹⁾

Siguiendo este razonamiento, el referido Cury Urzua reconoce que si bien la fórmula de inimputabilidad chilena consagra una fórmula psiquiátrica, en la práctica actual, la interpretación de la jurisprudencia ha sido una valoración de tipo mixta, ya que considera que: “...a causa de la indefinición de esos conceptos (loco o demente) ellos carecen hoy de significado psiquiátrico aprovechable y sólo aluden de manera general a unos estados de perturbación mental cuyos efectos sobre la capacidad de conocer y querer tienen que ser valorados una vez más, caso a caso por el juez”.⁽⁴⁰⁾

Asimismo, establece que la psiquiatría contemporánea señala como “auténticas enfermedades mentales” a ciertas alteraciones profundas de la personalidad —que denomina psicosis— y que, presumiblemente, presentan bases orgánicas e importan un desajuste tan considerable que el individuo se “hace otro”, se **enajena**.⁽⁴¹⁾

De esta manera, Silva Silva⁽⁴²⁾ considera que en el ámbito chileno resulta necesario reformular los conceptos de “loco” o “demente” por vocablos amplios que engloben toda la gama de afecciones mentales.

Por otra parte, al reformular el artículo de inimputabilidad, la doctrina alemana temió la posibilidad de que se presentaran gran cantidad de sentencias exculpatorias en sujetos psicópatas. Sin embargo, en términos estadísticos, las sentencias absolutarias luego de la puesta en marcha de las modificaciones no se han incrementado, debido a la inexistencia de pruebas de que los motivos subyacentes de una psicosis resultan más decisivos de la conducta que otras anomalías psíquicas. Este es el motivo por el cual lo determinante no es la similitud a la psicosis, sino hasta qué punto

(39) SILVA SILVA, H., *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Santiago de Chile, 1995, p. 162.

(40) CURY URZUA, *op. cit.*, p. 142.

(41) CURY URZUA, *ibid.*

(42) SILVA SILVA H., *op. cit.*

la génesis del hecho permite advertir una merma en la asequibilidad normativa del sujeto.⁽⁴³⁾

Es así que al analizar los orígenes sobre qué se entiende por enfermedad mental y porqué ésta es asimilada en el medio forense únicamente a los cuadros psicóticos o alienantes, no podemos dejar de recordar la postura restrictiva que formulara el psiquiatra alemán Kurt Schneider,⁽⁴⁴⁾ quien reserva el concepto de enfermedad para las alteraciones a nivel somático y corporal. De esta manera, persiste la concepción dualista cartesiana que divide y diferencia a la mente del cuerpo (cerebro).

En esta línea, el concepto "enfermedad" se encuentra orientado a lo corporal y es el único sostenible en psicopatología. Es por esto que, para el autor, sólo hay enfermedades en lo corporal, siendo los fenómenos psíquicos únicamente patológicos cuando su existencia está condicionada por alteraciones patológicas del cuerpo, como son, las malformaciones.⁽⁴⁵⁾ Así, deja por fuera a las personalidades psicopáticas (trastornos de la personalidad), debido a que no se trataría de fenómenos patológicos en sentido de procesos orgánicos sino sólo de variaciones y anomalías morfológicas y funcionales.⁽⁴⁶⁾

Es decir, los trastornos de la personalidad han quedado por fuera del modelo médico tradicional, donde las enfermedades surgen a partir de un proceso fisiopatológico con un correlato anatómico que permite explicar la presentación sintomática de dicho trastorno.

Si bien Schneider intenta mantenerse alejado de valoraciones no científicas al referirse a las personalidades psicopáticas, no puede dejar de señalarse que las deja por fuera del círculo de la psicopatología por las consecuencias forenses de considerar a este tipo de alteraciones como enfermedades mentales. En esta línea señala: "en el fondo sería indiferente

(43) ROXIN, C., *op. cit.*, p. 835.

(44) SCHNEIDER, K., *Las personalidades psicopáticas*, Madrid, Morata, 1968.

(45) SCHNEIDER, K., *op. cit.*

(46) MERCURIO, E., "Las personalidades psicopáticas. Breve revisión del concepto de anormalidad no patológica", en *Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Publicaciones del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses*, 98, 2008, pp. 99/108.

que se hablase o no de personalidades patológicas, si esta designación, utilizada casi siempre irreflexivamente, no hubiera conducido a graves consecuencias prácticas, sobre todo en el campo forense".⁽⁴⁷⁾

Teniendo en cuenta que la imputabilidad es un concepto jurídico normativo, al juzgador poco le importan los diagnósticos a los que arriban los auxiliares —muchas veces, disímiles entre sí— y los conceptos sobre si tal alteración es o no una enfermedad mental, ya que es posible que un sujeto sea inimputable sin ser necesariamente un enfermo mental. En tal sentido, y como se ha señalado previamente, no es la inimputabilidad un concepto biológico que requiere de la mera verificación de un cuadro nosográfico.

En esta línea, resultan esclarecedoras los conceptos de Bacigalupo cuando señala que "el concepto de enfermedad mental de Kurt Schneider, al que tan frecuentemente se recurre en la práctica, no es hoy en día admisible en la interpretación de las disposiciones sobre exclusión de la capacidad de motivación".⁽⁴⁸⁾

Roxin⁽⁴⁹⁾ establece la importante influencia de la escuela de Schneider en la interpretación de "trastorno patológico de la actividad mental", que sólo tenía en cuenta a las psicosis endógenas —por presentar alteraciones corporales—. En tanto que las psicopatías, las neurosis o anomalías de los instintos se consideraban "variedades del ser humano" no exculporias.

De forma similar a lo que sucede en nuestro medio, ha sido la jurisprudencia —es decir, el ámbito del derecho— la que ha otorgado una visión amplia del concepto, yendo más allá del concepto schneideriano de enfermedad mental. En el caso alemán, ésta ha reconocido como "trastorno patológico de la actividad mental" a alteraciones psicopatológicas de carácter no orgánico. El concepto de enfermedades mentales orgánicas vs. funcionales hoy se encuentra superado a la luz de las investigaciones en neurociencias. Sin embargo, estos conceptos normativos amplios resultan ilustrativos. Roxin con cita BGHSt 14, 32 ilustra que:

.....
(47) SCHNEIDER, K., *op. cit.*, p. 40.

(48) BACIGALUPO, E., *op. cit.*, p. 449.

.....
(49) ROXIN, *op. cit.*

“A este —concepto jurídico de enfermedad- pertenecen no sólo las enfermedades mentales en sentido clínico psiquiátrico, sino todo tipo de trastorno de la actividad intelectual así como de la vida volitiva, afectiva o instintiva que menoscaban las representaciones y sentimientos, existentes en una persona normal y mentalmente madura, que capacitan para la formación de la voluntad”.⁽⁵⁰⁾

Por lo tanto, en la evolución de la fórmula de inimputabilidad alemana, la expresión “otra anomalía psíquica grave” surgió como concepto colectivo para los trastornos psíquicos sin base orgánica, junto al “trastorno psíquico patológico”, lo que presupone un estado físico corporal.⁽⁵¹⁾

En nuestro medio, la Comisión para la modificación integral del Código Penal propuso la modificación de la redacción del art. 34, inc. 1, buscando reemplazar el concepto de alteración morbosa, insuficiencia de las facultades, o estado de inconsciencia, por **anomalía o alteración psíquica**.

“ARTÍCULO 34 - **Eximentes**. No es punible: h) El que a causa de cualquier **anomalía o alteración psíquica** permanente o transitoria no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión...”

Se trata de una redacción similar a la del Código Penal Español. Se evitan interpretaciones restrictivas de corte alienista. Así, anomalía o alteración psíquica no restringe ni retacea el amplio campo de los padecimientos mentales.

Sin embargo, el Proyecto de reforma del art. 34, inc. 1º, redactado por la **Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal** (resoluciones M.J. y D.H. 303/2004 y 136/2005) no es el único proyecto de modificación, ya que en el año 2009, los legisladores Gorbacz, Gonzalez, Belous, Basteiro, Conti y Raimundi propusieron un Proyecto de reforma del art. 34, inc. 1º, en su primera y segunda parte, a saber:

.....

(50) ROXIN, *ibid.*, p. 824.

(51) *Ibid.*, p. 825.

“ARTÍCULO 1º - Modifíquese el inciso primero del artículo 34 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por padecimiento mental o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, todo lo cual será evaluado por un equipo interdisciplinario de salud mental”.

Así, en su primera parte propone reemplazar el término “alteración morbosa” por “padecimiento mental”, conservando la terminología de “insuficiencia de las facultades” y “estado de inconsciencia”. Asimismo, se agrega en texto codilicio la evaluación por parte de un equipo disciplinario.

Por otra parte, el Proyecto de ley propone la modificación de la segunda parte del art 34, inc. 1º:

“En todos los casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal podrá ordenar la internación del mismo en un establecimiento de salud mental, clínica o establecimiento adecuado a sus necesidades de salud, u ordenar otra medida terapéutica, previo dictamen del equipo interdisciplinario.

Para la finalización de la medida adoptada se requiere una nueva evaluación interdisciplinaria y posterior resolución judicial, con audiencia del ministerio público que declare:

- a) la evolución favorable de su situación de salud, incluyendo la superación de la situación de riesgo cierto e inminente, o
- b) la conveniencia para su recuperación de otra medida de protección alternativa a la internación.

La extensión de la internación o de cualquier otra medida terapéutica obligatoria, no podrá exceder el tiempo previsto para la pena privativa de libertad correspondiente al delito cometido, y a tal efecto el Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

Si concluido el tiempo máximo de la sentencia, la persona continuara en situación de riesgo cierto e inminente a causa de su

padecimiento mental, se dará intervención al Juez Civil para que proceda conforme a las leyes aplicables en Salud Mental.

Artículo 2º: Modifíquese el Art. 511 del Código Procesal Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Vigilancia.

‘Art. 511: La ejecución de una medida de seguridad será vigilada por el tribunal de ejecución, y su desarrollo será supervisado anualmente por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles.

Las autoridades del establecimiento o lugar donde se cumpla la medida de seguridad, informará lo que corresponda a dicho Tribunal y al Subcomité, pudiendo requerirse el auxilio del equipo interdisciplinario’.

Artículo 3º: Modifíquese el Art. 512 del Código Procesal Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

‘Art. 512: El órgano judicial competente al disponer la ejecución de una medida de seguridad, impartirá las instrucciones necesarias al Juez de ejecución, las que podrán ser modificadas según sea necesario’”.

Resulta por demás interesante que el Proyecto recoja elementos sobre derechos humanos de las personas con padecimiento mentales, incluyendo específicamente la limitación temporal de la medida de seguridad.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas con relación a la constitucionalidad de la medida de seguridad en sí misma, ni tampoco respecto de si es dentro del sistema penal en donde se deba realizar el tratamiento del inimputable. Así, una vez que se ha decretado el sobreseimiento en sede penal por motivos de inimputabilidad, el juez penal debe cesar su intervención, quedando la misma bajo supervisión de un juez civil. Ello, en el marco de un sujeto inimputable que presenta criterios psicopatológicos de riesgo grave cierto e inminente, motivo por el cual requiere de una internación psiquiátrica involuntaria.⁽⁵²⁾

.....

(52) Art. 482 CC (fallo de la Sala I, 42217 - F., R. E. Medida de seguridad, 24.131, Expediente N° 3903/2012, del 10/04/12) Para mayor profundidad ver: fallos “Gutiérrez”, N° 41088, rto 19/09/2011; “San Juan”, N° 39219, rto 27/05/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo

En consecuencia, resulta por demás paradójico que el Estado mantenga bajo la esfera del sistema penal a un sujeto a quien no desea castigar.

3 | Consideraciones finales

El diálogo constante entre médicos y juristas en el medio forense resulta arduo, complejo y no exento de equívocos.

Uno de los aspectos que mayores dificultades acarrearán al entendimiento de juristas y auxiliares es el concepto de inimputabilidad por razones psiquiátricas y, muy especialmente, la interpretación de los conceptos que encierra el actual art. 34, inc. 1°.

Si bien en la teoría resulta claro que la capacidad de reproche no se trata de una verificación biológica o naturalística sino de un juicio valorativo normativo, en la práctica forense cotidiana las tareas del perito y del juez, a menudo, parecen desdibujarse, ocupando el primero el lugar del segundo y viceversa.

En esta línea, surgen interpretaciones restrictivas, cuyos fundamentos se hunden en sesgos alienistas sobre qué se entiende por alteración morbosa, o insuficiencia de las facultades: se encasilla dentro de la primera únicamente a los cuadros de psicosis, alienación o enajenación mental y, dentro de las segundas, a los cuadros de retraso mental de moderado a grave.

En las últimas décadas, diferentes países han encarado una reforma en la redacción de las fórmulas de inimputabilidad, optando por conceptos amplios, tales como anomalía o alteración psíquica. En esta línea se encuentran los Códigos Penales de España, Alemania, y Francia, entre otros.

En nuestro medio, la propuesta de modificación en la redacción del art. 34, inc 1°, que lleva varios años en estudio, se encuentra en consonancia no sólo con los modernos Códigos Penales europeos y latinoamericanos, sino también con las concepciones actuales sobre salud mental. Ya no se trata sólo de psicosis o enajenación como sinónimo de enfermedad mental —y,

Criminal y Correccional, fallo "Romero", N° 39914, rta 05/08/10; CSJN, Fallo "MJR" 331:211; y los fallos "Gómez" (N° 12644, rto 13/04/2010) y "González", N° 9350, rto 18/05/2009.

por ende, de alteración morbosa—, sino de un amplio concepto, que puede incluir a los trastornos severos por consumo de sustancias, o trastornos graves de la personalidad, e inclusive a los casos de retraso mental leve; quedando este concepto amplio supeditado a la verificación de las limitaciones que dichos cuadros tienen respecto del nivel de la comprensión y dirección en un hecho puntual, pero sobre todo al análisis y valoración jurídica de la capacidad de culpabilidad de ese sujeto, en un momento puntual, para un hecho puntual.

En caso de ser aprobada esta propuesta de modificación del art. 34, inc. 1º, seremos testigos del nacimiento de una nueva etapa en la psicopsiquiatría forense argentina.

Hacia un proceso de transformación de la salud mental de las personas en situación de encierro penal y de su atención postinstitucional

por **LUIS OHMAN**⁽¹⁾

La problemática de las personas en situación de encierro penal que sufren afecciones en su salud mental pone de manifiesto la necesidad de cumplir con el objetivo principal de asegurar el derecho a la protección integral de las mismas.

La especial situación de las personas comprendidas en esta población se configura en orden a la alta vulnerabilidad de la doble condición de situación de encierro y de padecimiento de un trastorno mental severo.

La prisión opera como facilitadora de la aparición de trastornos mentales diversos, descompensaciones y padecimientos de distinto orden, como señalan las estadísticas internacionales. Esta situación requiere una respuesta responsable del Estado, promoviendo por medio de nuevos

.....

(1) Presidente del Capítulo de psiquiatría y Criminología. Coordinador del Programa Nacional de Evaluación y Monitoreo del estado de Salud Mental de las personas alojadas en Unidades Penitenciarias, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

dispositivos de salud mental la prevención y la atención oportuna y calificada ante este tipo de situaciones. Se trata de construir un paradigma fundado en la atención de la necesidad que abarca todo el universo carcelario con estrategias de promoción, prevención y atención de los trastornos mentales.

Así, en atención a estas consideraciones y con fundamento en el concepto del respeto radical de las personas con algún tipo de padecimiento mental que requieran atención y cuidado —sin importar la magnitud del injusto cometido— se hace necesario que exista una normativa específica respecto de esta problemática.

El eje de este nuevo ordenamiento normativo debe basarse, tal como lo muestran los nuevos paradigmas de Ley de Salud Mental en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los pronunciamientos de Organismos Internacionales en la supresión de la referencia a la peligrosidad. Esto es, en el pasaje de un enfoque tutelar hacia un control jurisdiccional fundado en los derechos de las personas con padecimiento mental, y finalmente, en el pasaje del paradigma de la exclusión al de inclusión.

En el año 1979 el Consejo Internacional de Servicios Médicos Penitenciarios elaboró el Juramento de Atenas. Este documento ha constituido una declaración de derechos de las personas privadas de libertad, a partir de la promesa del profesional médico de no permitir el castigo corporal, no participar en torturas, no llevar a cabo experimentaciones, respetar el secreto de las informaciones que surja de la relación médico-paciente y basar los diagnósticos sobre las necesidades de los pacientes únicamente.

En diciembre de 1991, la Asamblea General de Naciones Unidas se pronunció sobre esta temática a través de los Principios para la Protección de Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG Res. 46/119, 46 UN). En estos Principios se fijan los estándares mínimos en relación al derecho de todas las personas a la atención en materia de salud mental y la modalidad de su tratamiento.

El Principio 20 se refiere, específicamente, a las personas que se hallan cumpliendo penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuadas en su contra; y que se ha determinado o se sospecha, padecen una

enfermedad mental. En relación a estas personas, se establece que deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental y que estos Principios deben aplicarse en la medida más plena posible, con las modificaciones y excepciones que impongan las circunstancias. También este Principio indica que la legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica.

La Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 37/194 de fecha 18 de diciembre de 1982, ha establecido los principios de ética médica relativos al papel que desempeña el personal de salud en la protección y responsabilidades sobre presos y arrestados contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos Principios establecen que se debe dar a las personas privadas de libertad el mismo nivel de calidad de atención médica que se brinda a las personas que no están presas o detenidas, e indican como violatorias de la ética médica determinadas conductas de los profesionales de la salud. La nueva reglamentación de la Ley de Salud Mental es un ordenamiento extremadamente valioso pues permite incluir un orden de racionalidad que pone límites a las disputas corporativas y a un discurso abolicionista sostenido en una construcción discursiva que contenía equívocos graves y una crítica radical que está más cerca de la metafísica que de los actores reales que deberán ser parte del proceso de transformación de la salud mental en la Argentina.

La reglamentación ha puesto en el centro la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales señalando claramente que es la que ha tenido mayor consenso internacional en el ámbito de la salud mental. Esa es una decisión y una definición altamente relevante porque organiza el discurso del proceso de transformación de una manera superadora.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha adoptado los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. En el Principio X, referido a la salud, señala con claridad que "las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye dentro otros la

atención médica, psiquiátrica (...) adecuada". También establece que "la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente" y que el "Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo " R., M. J. s/insania", de fecha 19 de febrero de 2008, ha indicado que "la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales (de por sí vulnerable a los abusos), crea verdaderos grupos de riesgo en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son daños y conllevan, en muchos casos marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un 'hospitalismo' evitable. En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional". Este fallo tiene particular importancia pues precisa dos cuestiones centrales: primero, le reprocha a los jueces, peritos y otros actores no haber cumplido con el deber de la tutela, y pasa de la categoría de tutela a la de tutela efectiva de los derechos humanos de los pacientes psiquiátricos; en segundo lugar, precisa, en el sentido del derecho positivo, cuáles son los derechos de los pacientes psiquiátricos.

Con relación a los enfermos psiquiátricos, el objetivo estratégico es la creación de dispositivos de salud mental capaces de responder a la demanda y atender la necesidad de políticas de asistencias, prevención y promoción de salud mental al interior de todos los espacios carcelarios con dependencia en la esfera civil, claramente separada de la seguridad penitenciaria, con programa de atención integral de la salud mental y estrategias de inclusión con políticas sociales integradas que permitan sostener los tratamientos en todas sus fases con intervención oportuna, calificada y continua.

Otro objetivo estratégico es la atención de las personas declaradas inimputables, trasladando su asistencia a las instituciones y espacios comunitarios de la salud mental integrados al sistema general de salud. En adelante, las personas declaradas inimputables no podrán permanecer en unidades penales sino que deben pasar a la esfera civil.

La permanencia de inimputables en unidades penales en muchas jurisdicciones es una situación claramente antijurídica. Se propone, entonces, dar por terminada de manera definitiva la categoría de peligrosidad siguiendo la jurisprudencia de diversos fallos de nuestra Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre todo el fallo razonado del Dr. Sergio Ramírez contra el Gobierno de Guatemala. En sus fundamentos, dicho fallo pone en cuestión la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad descripta como una zona de no derecho derivada de la vieja y deteriorada categoría de peligrosidad del positivismo psiquiátrico de siglos pasados.

Para los inimputables que lo requieran, por la gravedad de su trastorno mental y el riesgo de producción de daño cierto e inminente de auto agresividad o heteroagresividad, deberán fundarse las instituciones necesarias para hacer efectivo el derecho a recibir atención calificada en el espacio civil.

Ésta sería una institución pequeña de carácter monovalente, no manicomial, integrada al sistema general de salud, que debería dar respuesta desde el espacio público a aquella persona que, habiendo sido declarada inimputable o cuya inimputabilidad está en discusión, requiera una medida de coacción directa por la gravedad clínica y el riesgo que ese trastorno entraña.

La nueva reglamentación de la Ley de Salud Mental se refiere al proceso de transformación de las grandes instituciones monovalentes de carácter manicomial construidas en el siglo XX.

En sus consideraciones para la reglamentación, esta ley destaca de manera central que la declaración principal que organiza el texto "es la de Principios de Naciones Unidas para la protección de Enfermos Mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, instrumento internacional de máximo consenso en la materia que ha sido incluido como parte del texto de la ley 26.657". El art. 20 de esta declaración se refiere

de manera específica a la atención de los enfermos mentales en situación de encierro penal y es uno de los organizadores del proceso de cambio y reorientación de los servicios que estamos proponiendo.

La segunda cuestión que deja en claro la ley es que la decisión es del juez y es éste el responsable de la tutela de manera efectiva y radical de los derechos humanos de los pacientes en situación de encierro. De ninguna manera se retorna a la teoría del Dr. Nerio Rojas, quien señala que, cuando se trata del alienado o el loco, el médico sustituye al juez. Es abundante y suficiente la jurisprudencia y las normativas de fondo que hacen que ni el médico ni el equipo de salud mental sustituyan al juez. El fallo MJR critica en sus fundamentos la no aplicación de la tutela; lo hace de manera durísima y severa pues los jueces intervinientes y el sistema judicial dejaron, en un laberinto kafkiano, en condiciones de abandono al paciente. Lo critica por no haber sido responsable en la aplicación de la tutela de los derechos del paciente.

Es necesario señalar que la red general de los dispositivos de salud mental se ha mostrado insuficiente para atender las necesidades de las poblaciones gravemente afectadas por trastornos psiquiátricos severos en condiciones de altísima vulnerabilidad, y que requieran respuesta efectiva y oportuna impidiendo la cronicación, el desamparo, y las condiciones de **nuda** vida.

En consecuencia, los servicios y dispositivos creados en todas las prisiones deberán tener la capacidad para atender a los pacientes tanto durante su reclusión como tras la excarcelación con programas de inclusión social y atención continuada que asegure el apuntalamiento de este tipo de pacientes.

Los dispositivos deberán asegurar el principio de equivalencia en la atención a los pacientes con trastornos psiquiátricos severos, garantizando un estándar de calidad asistencial equiparable al que pueda recibir cualquier ciudadano en el medio libre.

La jurisdicción nacional y las jurisdicciones provinciales tendrán un año para transferir las competencias penitenciarias en términos de salud mental al sistema general de salud y a los dispositivos de salud mental que deberán crearse en el mismo período, con la asignación suficiente de los recursos económicos y los recursos humanos necesarios e imprescindibles para hacer efectivo los derechos proclamados en esta ley.

Los estudios epidemiológicos disponibles de estadísticas e investigaciones de campo de otras naciones nos permiten afirmar que en la población penitenciaria existen tasas de prevalencia de trastornos mentales muy superiores a las habitualmente encontradas en la población general. La prisión, las condiciones sociales de encierro, de aislamiento y de privación familiar, muestran la prevalencia de los trastornos mentales más severos en una proporción significativamente superior al ámbito comunitario.

Las prestaciones asistenciales en salud mental y los equipos existentes de estos dispositivos son claramente insuficientes e inadecuados; de allí la urgencia de producir un cambio radical en un modelo de atención fundado en la doctrina de los derechos humanos que asegure de manera real y efectiva el derecho a la salud mental de las personas en situación de encierro o de las de las personas inimputables.

Deberá existir una articulación efectiva que integre los dispositivos de salud mental al sistema de salud general de cada una de las jurisdicciones y una participación coordinada con las políticas sociales integradas de los servicios sociales de todas las jurisdicciones. Esto facilitará la rehabilitación, la inclusión, la reinserción social, el apuntalamiento familiar y laboral que impidan el retorno a las condiciones de vulnerabilidad y degradación en la que se produjo la enfermedad o el injusto cometido.

Se trata de desconstruir la economía de la violencia en la institución total carcelaria, la presencia de dispositivos civiles que se hagan cargo de la atención de la salud mental en el sentido más amplio, de igual manera en las diversas actividades culturales y educativas que permita perforar la institución total como espacio de arbitrariedad de una cultura de la crueldad.

Los aspectos centrales de esta propuesta plantean respuestas concretas al conocido incremento de la población carcelaria, al problema de las adicciones en las cárceles, al incremento de trastornos mentales en tasas muy superiores a las de la población en general tanto como a las insuficiencias del sistema de salud para proporcionar respuestas adecuadas y reales a la alta tasa de suicidios, la imposición de penas prolongadas, y los problemas de reclusión de adolescentes.

Los imputados por delitos sexuales requieren una respuesta compleja y continuada del dispositivo de salud dentro de la prisión y fuera de la misma, de manera frecuente, continuada y permanente. El fracaso de los dispositivos de represión primaria y represión secundaria, la fallida constitución de una estructura del superyó, da lugar a una clínica de la crueldad, a una clínica de borde entre el instinto y la pulsión. Es un fracaso en la constitución del sujeto, como sujeto de la cultura, criado en condiciones infamiliares y atrapamientos incestuosos. La clínica deberá construir de manera persistente los diques de contención cultural y social que frecuentemente fracasan en la clínica de estas personas.

Las diversas formas de maltrato en la institución carcelaria requiere, entre otras respuestas, la del equipo de salud mental facilitando la demanda de atención, atendiendo la necesidad, tomando por universo toda la población penitenciaria con estrategias de prevención y promoción incluyendo el más grave problema en las condiciones de encierro, como es el suicidio o las autolesiones que han crecido en una proporción alarmante. Las personas detenidas con alteraciones psiquiátricas severas o problemas psicológicos que requieren abordajes individuales y grupales rondan el 10 % de la población según estadísticas internacionales. Es fácil comprobar que la población carcelaria que consume tranquilizantes, antidepresivos y antipsicóticos con pobre supervisión profesional tiene una incidencia mayor que la población general. La estimación de las estadísticas internacionales es que el 30 y el 40 % de la población en situación de encierro tiene antecedentes de trastornos psicológicos y psiquiátricos, entre los cuales el más relevante es el consumo indebido de sustancias.

La historia clínica electrónica, y una concepción integral del abordaje asistencial, deberán facilitar la estrecha colaboración entre los jueces y los equipos de salud mental.

Con relación a los inimputables y las personas con trastornos psiquiátricos severos, la ley insta a proceder en forma urgente allí donde resulte necesaria la creación de instituciones de doble tutela judicial y sanitaria, sectoriales o intersectoriales en función de la magnitud de la población afectada.

Es decir que, para los inimputables, se propone la creación de centros cerrados fundados en los derechos y en una concepción radical de respeto a la dignidad de la persona. En las condiciones de aplicación de una

medida cautelar o de coacción directa deben primar los recursos terapéuticos integrales con un estatuto específico que surge de esta ley, con todas supervisiones y controles jurisdiccionales que surgen de la ley de salud mental como existen en Canadá y Suiza. Es necesario poner fin a la situación actual de desprotección y abandono de las personas en situación de encierro penal.

Se trata de restituir juricidad y fundar un nuevo abordaje en la salud mental en las instituciones de encierro, generando una nueva cultura institucional de respeto radical a los pacientes psiquiátricos prisionizados. Una nueva cultura, un nuevo paradigma centrado en sujeto que padece trastornos psiquiátricos severos, sufrimiento o padecimiento mental y una concepción de la salud mental de carácter interdisciplinario, interinstitucional e intersectorial.

Es una propuesta integral de atención en la salud mental fundada en la ética del otro, el enfermo psiquiátrico. Estamos en la etapa fundacional de una atención psiquiátrica y en salud mental razonable, calificada, oportuna y ética. "No es la violencia la que nos hace vulnerables. Es la vulnerabilidad del otro la que nos hace responsables. Es situar al Estado en sus responsabilidades, en una dimensión ético política diferente, es la responsabilidad por el otro, el más débil".⁽²⁾

En este orden se plantea el cierre inmediato de buzones o lugares de encierro en todas las jurisdicciones.

Son numerosos los pacientes que en las jurisdicciones del interior se encuentran en situación de encierro en los buzones o celdas individuales de tratamiento como medida de seguridad terapéutica; es una forma de neutralización absoluta y aislamiento ante la presunta peligrosidad de un sujeto, y a veces ante el tan temido riesgo del suicidio.

La categoría de peligrosidad clausura la condición de sujeto, de persona; es un mero ente peligroso al que hay que aislar, neutralizar o exterminar. Es necesario señalar que en la teoría del derecho penal del enemigo, Günter Jacobs instala la idea, frente a cierto tipo de delitos, que ese agente se

(2) CULLEN, CARLOS, "Las formas de la violencia, agresión, sadismo y destructividad. Violencia y vulnerabilidad. Reflexiones éticas", APA, Congreso 2001.

encuentra fuera del contrato de la sociedad civil y, en consecuencia, sería tributario de otro tipo de derecho penal fundado en la guerra, que siempre es la suspensión de la moral. Dice “no es más persona”.

Estas celdas son los restos de antiguas penalidades que sufría el sujeto en la cárcel de antaño, del castigo que recibía en su doble condición de recluso alienado. Esa condición hoy se perpetúa como una violencia originaria que no cesa.

Todas las reglas internacionales chocan algunas veces con ciertos fantasmas o mitos persistentes en el ámbito penitenciario; uno de ellos es el suicidio del enfermo-recluso.

Los factores de riesgo a tener en cuenta son: el aislamiento y el maltrato degradante, la existencia de enfermedad mental del interno, tentativas previas de suicidio, escaso lazo social y abandono familiar.

El momento de mayor riesgo de concreción de una ideación suicida ocurre en las primeras veinticuatro horas del ingreso.

Decimos que el régimen celular predispone a estos actos y por lo tanto el paciente en el ingreso debería estar en una unidad de observación, evaluación y tratamiento en condiciones según normas internacionales: espacio amplio y suficiente, luz y ventilación adecuada, baños con ducha, colchones ignífugos y barreras de protección física que impidan o disminuyan el riesgo de la autolesión.

El equipo de salud mental requiere un entrenamiento de todo el personal en un proyecto de intervención en crisis. Los abordajes en la emergencia exigen una intervención altamente protocolizada con supervisión clínica e institucional.

Este proceso de transformación de la salud mental en las instituciones de encierro importa una postura epistemológica pues rompe con la criminología clínica tradicional y la categoría de peligrosidad; viene a fundar una clínica de la vulnerabilidad, es decir, establece un cambio radical fundando una clínica de la vulnerabilidad al sistema penal. “No nos preocupa una teología de la conducta criminal solamente, sino una teología de la vulnerabilidad que reclama una clínica para revertirla”.

Hay un enfermo, un paciente, alguien que sufre y padece al que hay que cuidar y tratar en las mejores condiciones posibles respetando de manera radical sus derechos en una ética de la alteridad, no importa el delito cometido.

En el centro está el sujeto que padece, el ciudadano, la persona. Para la doctrina de los derechos hay personas, no entes peligrosos.

Históricamente los locos y los presos del art. 34 no han tenido visibilidad, enjaulados en instituciones totalizantes por detrás de la escena social o como excedente social. De la neutralización se llegó al exterminio, como en el genocidio del nazismo.

Inmersos en un proceso de transformación y democratización de la justicia y de las agencias del sistema penal es necesario extender esta transformación a la institución penal y a la institución policial.

La decisión del Poder Ejecutivo Nacional lo incluyó en la agenda pública, le dio visibilidad y comenzó a construir respuestas.

La transformación propuesta no es una metafísica declarativa ni una decisión estética, tampoco es solo un acontecimiento.

Es un conjunto de decisiones consistentes del Poder Ejecutivo Nacional que asumió la voluntad de cambio después de la acumulación de denuncias críticas sobre las agencias del sistema que perpetúan relaciones corporativas y que prolongan la violencia originaria en la que fueron fundadas.

La transformación de la salud mental de los lugares de encierro será una experiencia fundacional y novedosa en línea con la aplicación del protocolo facultativo y la doctrina de los derechos. Si la criminología democrática aporta conocimientos útiles para reducir el ejercicio arbitrario del poder punitivo, y en definitiva para construir un mundo menos violento, menos injusto, y respetuoso de los derechos humanos, creemos que ha llegado el momento de reivindicar en el campo de la salud mental una psiquiatría democrática que supere el positivismo peligrosista y las derivaciones sistémicas y funcionalistas, recuperando la idea de sujeto. Es un error plantear un conflicto entre comunidad y psiquiatría. En todo caso

hay un conflicto entre comunidad democrática y psiquiatría peligrosista. Hay una psiquiatría democrática, que viene a fundar una clínica de la vulnerabilidad que asuma la tarea de la cura y le ponga límites a un sistema penal que produce la neutralización por deterioro de la persona o por desmantelamiento del yo, acelerando o determinando un proceso de destrucción de la subjetividad.

El Dr. Zaffaroni hace una advertencia sobre lo que sería una disolución radical de la criminología o una expresa anti criminología radical, una suerte de sociología criminal que desemboca en una esterilidad practica pues no ofrece ninguna alternativa a la realidad presente; más aún, deja planteado que cualquier mejora no sería otra cosa que una reafirmación del control, y por consiguiente una tentativa reaccionaria.

En el derecho penal la discusión heredada de la década del '60 entre abolicionistas y garantistas, quedó resuelta a favor del garantismo que ha podido construir una sólida teoría de la criminología democrática y la criminología de los DDHH.

El campo de la salud mental no debería reproducir esta discusión ya resuelta con construcción discursiva que retorna a la idea de una sociología de la salud mental, disolviendo los discursos disciplinarios y desconociendo una larga tradición de linaje de la clínica, la clínica psicoanalítica, la psicopatología, la psiquiatría democrática y comunitaria como parte constitutiva del campo de la salud mental. Al respecto hay una larga tradición de lucha y producción teórica: con intervenciones de Fernando Ulloa y Mimi Langer, presidentes de la Asociación de Psiquiatras de las Capital Federal, de Silvia Bergman; Emiliano Galende, Gervasio Paz, entre otros psicoanalistas notables para señalar. También Rafael Paz; Julio Marotta, Silvia Bleischmar, el Dr. Juan Carlos Risso, desaparecido y asesinado siendo secretario gremial de la asociación de profesionales del Borda y miembro de la Comisión Directiva de la FAP, Capital; el Dr. Mauricio Goldemberg, fundador del servicio de psicopatología del Policlínico Lanús, con una sala de internación de psicopatología y otros tres servicios en hospitales generales de la Ciudad de Buenos Aires; y los desprendimientos de la Asociación Psicoanalítica Argentina, grupos como "Plataforma y Documento", con figuras notables como la de Tato Pavlovsky, médico psiquiatra, psicoanalista y dramaturgo.

I | Jóvenes en conflicto con la ley

Durante las décadas perdidas en la aplicación de las políticas neoliberales, de borramiento del estado económico, debilitamiento del estado social y fortalecimiento y glorificación del estado penal, toda América Latina, también la Argentina, fue objeto de una limpieza de clase y formas de intervención penal, policial y penitenciarias, y de una estrategia de intolerancia selectiva: una verdadera política de exclusión, marginación, neutralización y exterminio de los más jóvenes.

La situación de los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal privados de libertad en relación a la protección de su salud mental merece especial consideración en atención a constituir una población que representa la intersección de tres ejes temáticos de especial significación: infancia, privación de libertad y salud mental.

En el ámbito internacional, distintos instrumentos han abordado el tratamiento de esta problemática, siempre en función del objetivo de hacer prevalecer el interés superior del niño, sea cual fuere la situación en la que se encuentre, estableciendo en todos los casos que la privación de libertad de una persona menor de 18 años debe aplicarse como último recurso y por el menor tiempo posible.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños física o mentalmente impedidos deberán disfrutar de una vida plena, decente, en condiciones que aseguren su dignidad, y con derecho a recibir cuidados necesarios, especiales y adecuados.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, indican que los menores de edad que se hallen privados de su libertad, deberán recibir cuidados, protección y toda la asistencia —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que requiriesen (Regla 13.5 y 26.4).

En cuanto a la situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en relación a su salud mental, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1991, establece, entre

sus perspectivas fundamentales, que el sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. También indica que todo menor de edad deberá recibir atención médica adecuada de salud mental, tanto preventiva como correctiva, y que todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente (Regla 53). Asimismo, indica que al ingreso a un centro de detención, tendrá derecho a ser examinado por un médico que verifique cualquier estado físico o mental que requiera atención médica (Regla 50) y que los funcionarios médicos que tengan razones para estimar que la salud física o mental de un menor ha sido afectada, o pueda serlo por el internamiento prolongado u otra circunstancia deberá comunicarlo al director del establecimiento (Regla 52).

En el ámbito de la legislación nacional, la ley 26.657 de Salud Mental, en su art. 26, se refiere a que en el caso de internación de niños, niñas y adolescentes, los procedimientos se deberán ajustar a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se refiere, en su Título II —Principios, Derechos y Garantías— al derecho de todo niño a su integridad física, sexual, psíquica y moral y al derecho a la atención integral de la salud a través del acceso a la asistencia médica necesaria y en igualdad de oportunidades. Esta ley también establece que en el caso de comprobarse la amenaza o violación de derechos de los niños y adolescentes, deberán adoptarse medidas de protección entre las cuales se encuentra el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente.

En virtud de la consideración de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal privados de libertad en relación a la protección de su salud mental es necesario que exista una normativa específica a los fines de la protección integral de sus derechos y garantías.

Respecto de la educación destinada a adolescentes y jóvenes en situación de encierro penal, se ha de establecer, no solamente la obligatoriedad de la implementación definida por la ley, sino el desarrollo de un modelo

educativo que tenga como base y fundamento una política de inclusión social, y al mismo tiempo, que se constituya en posibilidad de generar horizontes emancipadores para promover la concreción de todas las potencialidades que caracterizan a cada persona.

En este sentido es necesario que, más allá del desarrollo de los contenidos propios de la escolaridad legalmente establecidos, se promuevan, generen y concreten acciones que pongan fin a la estigmatización y discriminación que significa mantener a estos jóvenes y adolescentes como parte de un destino fijado de antemano y que los remite a la imposibilidad de salir del círculo de la pobreza, la violencia y/o el delito social.

Por otro lado también será de vital importancia que la propuesta tenga como objetivo llevar adelante acciones tendientes a producir la práctica de oficios y otorgar salidas laborales, pero ya no como vertiente de una política de premios y castigos, sino como acciones ligadas a la tarea creativa y como verdaderos espacios de promoción individual y social.

Asimismo, es importante remarcar la relevancia de las actividades recreativas durante el tiempo libre. La experiencia demuestra que actividades como deportes, cine, arte, artesanías, juegos de mesa, talleres literarios, teatro, periodismo, y tantos otros, son aportes fundamentales para la salud mental y el desarrollo personal de los adolescentes y jóvenes en situación de encierro penal.

Todos estos aportes deben tener su correlato en los vínculos con las familias de los pacientes en situación de encierro penal, con el propósito de generar acciones de sostenimiento de la vida de estos jóvenes y adolescentes para la etapa que implica su vuelta a la vida social en libertad.

Al mismo tiempo, los adultos que trabajen con estos jóvenes tienen que asumir con responsabilidad y compromiso ético, su lugar como referentes del proceso educativo que se despliega, como interacción entre el conflicto que sobrellevan los pacientes y las posibilidades que genera esta tarea. Ese es el lugar del "adulto significativo", al decir de Gomes da Costa, que ha de caracterizar el rol que asumen en esta etapa de la vida de esta población tan castigada y a la vez tan necesitada de contención, acompañamiento y orientación.

El carácter multidisciplinario y multiagencial de los equipos de salud mental, asociado a las acciones educativas y sociales en niños y jóvenes, deberá ser un lugar de apuntalamiento, de la presencia de referentes significativo que superen la práctica clínica de los diagnósticos afrontando nuevos desafíos, pues los pronósticos terapéuticos, clínicos y sociales se construyen. Los proyectos como antagonismo radical a los destinos de tragedia anunciados, la cárcel, el psiquiátrico, el cementerio.

Se trata de intervenciones que remuevan la matriz y las condiciones en las que se produjo la tragedia, capaces de remover los obstáculos que impiden la autoestima, el querer a sí mismos, generar procesos de autonomía y proyectos para quienes sobreviven en ámbitos de marginalidad extrema.

A la producción cultural de la crueldad contraria a la ternura, se promoverá una acción cultural, social e individual que afronte los desafíos axiológicos y reconstruya un nuevo vínculo social, familiar e institucional como contrapoder del dispositivo civil capaz de cambiar y transformar. En palabras de Fernando Ulloa, "la salud mental corresponde a todos los oficios."

Como señalan los principios fundamentales de las Reglas Mínimas, por su parte, la privación de libertad debe ser una disposición de último recurso, que dure lo menos posible y se limite a casos excepcionales.

La totalidad de los criterios formulados en el proyecto en el sentido de los derechos se extienden de aplicación efectiva para los menores. Los informes sobre los menores deberán incluirse en expedientes confidenciales, accesibles solo a personas autorizadas, con doble registro, historia clínica informatizada e historia clínica escrita en soporte de papel.

Las instituciones de cuidado, como lo señala el mismo documento, deberán tener un diseño de alojamiento, y el medio físico general del menor detenido debe responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores teniendo debidamente en cuenta el derecho del menor a la intimidad, de estímulos sensoriales y actividades de esparcimiento. Todos los centros deben cumplir con los requisitos de la salud y la dignidad humana.

Los centros de detención de menores deben contar con programas de prevención y de rehabilitación para el uso indebido de drogas. Los menores

que sufran de enfermedades mentales deberán recibir tratamiento en instituciones especializadas independientes.

Los procedimientos disciplinarios deberán respetar la dignidad y los derechos de los menores, así como los derechos básicos universales. Los profesionales que forman parte de los equipos de intervención tienen la obligación, en consideración a los tratados enunciados, de realizar las denuncias correspondientes toda vez que estas normas sean violadas en alguna forma de violencia, trato degradante o humillante.

Será responsabilidad de los jueces, órganos de control jurisdiccional e inspecciones independientes, incluyendo las del protocolo facultativo, la realización de inspecciones periódicas como sin previo aviso y por iniciativa propia. Estará presente el equipo de salud y las inspecciones tendrán tanto acceso ilimitado a los internos, a los familiares, como a los expedientes. Como señalan las reglas mínimas toda violación que se descubra deberá comunicarse a la autoridad competente dando curso a la denuncia.

Es necesario remarcar un aspecto de las Reglas Mínimas que “reconoce que debido a su gran vulnerabilidad, los menores privados de libertad requieren especial atención y protección, y deberán garantizarse sus derechos y bienestar durante el período en que estén privados de su libertad y con posterioridad a él”.

En este sentido se buscará atender y reducir los efectos de la vulnerabilidad pero también deberá promover las transformaciones necesarias que remuevan las causas generadoras de la misma.

Se trata en el sentido epidemiológico de una discriminación positiva, de una población de jóvenes y niños que acumula vulnerabilidades, desamparos en condiciones de marginación extrema. Ante semejante proceso de exclusión social, individual y familiar, se requieren políticas de salud mental integrales, desde una dimensión ético política que pone en el centro la responsabilidad del estado ante el otro, fundando dentro y fuera de las instituciones totales una “clínica de la vulnerabilidad”⁽³⁾ y un verdadero “huracán de políticas sociales”—como ha dicho Bernardo Kliksberg— que integre la totalidad de los recursos de manera eficaz.

.....
(3) ZAFFARONI, RAÚL E., *Criminología. Aproximación desde el margen*, Bogotá, Temis, 2003.

Es una responsabilidad clínica y ético política insistiendo en que la salud mental corresponde a todos los oficios.

Las políticas de inclusión de niños y jóvenes en conflicto con la ley son un desafío a deconstruir la economía de la violencia institucional y la doble condición de una cultura de la mortificación y síndrome de padecimiento donde deberá operar la clínica de la salud mental como clínica de la vulnerabilidad.

Hay aproximadamente 1.500 jóvenes y niños en situación de encierro penal y más de 5.000 en programas institucionales, universo poblacional que exige políticas eficaces de prevención primaria, secundaria y terciaria. Se trata de un nuevo dispositivo de abordaje de situaciones colectivas complejas que requieren una clínica singular para cada paciente como sujeto individual que siempre es un sujeto colectivo.

Los equipos de salud mental tendrán un carácter multidisciplinario y multiagencial, centrado en la tarea clínica e institucional capaz de integrar los saberes particulares de cada disciplina. Estos equipos incluyen, no solamente a médicos psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, sino a profesionales y trabajadores de diferentes áreas y disciplinas que tienen como tarea prioritaria realizar actividades de diversa índole, tales como deportes y recreación, artes, música, cine, teatro, artesanías, oficios que sean al mismo tiempo salidas laborales, útiles a la hora de volver a la vida social en libertad.

En este sentido, la educación tiene que cumplir con el desarrollo de los contenidos establecidos por ley, pero sin duda, su acción perderá eficacia y valor en la medida que quede solamente en el cumplimiento del marco legal. Se necesita que la educación sea parte prioritaria de una propuesta que tenga como meta la concreción y puesta en acto de políticas de inclusión entendida como apuesta ética que reconoce el derecho de esta población a tener proyecto y condiciones de existencia digna.

En los dispositivos de post alta se privilegiarán la atención ambulatoria calificada y continua, individual y familiar, los modelos de asistencia familiar y de los trastornos psiquiátricos severos, las patologías adictivas y los trastornos duales. Todos ellos serán abordados como situaciones complejas o de emergencia clínica en los que la internación será un recurso de *ultima ratio*.

Cada jurisdicción provincial tendrá la responsabilidad de asignar los recursos en su presupuesto general a fin de construir los espacios necesarios para las prácticas clínicas, articulando con diferentes áreas del estado provincial y nacional, atendiendo la integración de los recursos.

Este proyecto está inscripto en una propuesta estratégica de política de estado en el campo de los derechos humanos pues viene a restituir juricidad; y es una propuesta fundacional en el campo de la salud mental pues propone una perspectiva conceptual de la clínica que permita "sostener la vida en un accionar clínico sobre lo tanático", una interpelación a la clínica de la crueldad y al dominio de la pulsión de muerte en las instituciones de encierro.

Se trata de un dispositivo de salud que aborde el problema de la enfermedad mental con una concepción integral, con una perspectiva psicosocial, constituyendo un recurso que permitirá optimizar los procedimientos clínicos sobre una población altamente vulnerable alojadas en instituciones públicas en las que se potencian formas de marginación y exclusión social.

El síndrome de padecimiento mental, al decir de Fernando Ulloa, es una apreciación institucional sobre una violencia fundadora constituida por una cultura de la mortificación y referida a las condiciones de existencia de los pacientes como escenario principal, al maltrato cruel y la resignación de los equipos profesionales a producir cualquier transformación. Estamos fundando un nuevo abordaje en el tratamiento, una cultura de buen trato, una cultura fundada en la clínica del bienestar propia de la salud mental. Se trata de recuperar la condición de persona y de los derechos de un sujeto singular aislado de su entorno social. Es una condición ético política de la práctica clínica fundada en el respeto radical de los derechos humanos de los pacientes en situación de encierro.

Es una propuesta de salud mental con una perspectiva clínica que se inscribe en un campo de transformación más vasto de políticas de estado, una perspectiva político cultural de un nuevo tipo de vínculo fundado en los derechos. Es una producción cultural que optimiza todos los procedimientos clínicos, saberes e intervenciones específicas, expresada en el nuevo constitucionalismo del **buen vivir** que proviene de la sabiduría de pueblos originarios.

Es un dispositivo que permitirá distribuir más justicia y mayor igualdad fundada en la clínica, con equipos y operadores debidamente formados en

un proceso de capacitación permanente como una forma de contrapoder para operar ante formas de encierro penal, en condiciones adversas de pobreza y marginación.

Promover el bienestar general es un principio del Preámbulo de la Constitución Nacional que deberá encontrar su realización en estas propuestas.

La aplicación del protocolo facultativo, el impulso reformista del Estado y las políticas carcelarias y de derechos humanos deberá permitir poner fin a formas de crueldad, encierro y, como ha dicho Zaffaroni, genocidio por goteo. “Es necesario buscar políticas públicas que ataquen la marginalidad en forma directa. El mejor instrumento para reducir las condiciones de desigualdad es el estado y son las organizaciones públicas las que deberán distribuir esos derechos”.⁽⁴⁾

Será relevante recuperar algunos fundamentos que hacen a la valoración de la vida como valor supremo, por encima de las ideologías que ponen el énfasis en la posesión de bienes, o en **los dioses de la tecnología**, como objetivo prioritario para alcanzar la plenitud de la vida social e individual. Habrá que volver a mirar otros horizontes y otras miradas que relacionan la vida con **el buen vivir** ancestral, entendido no como observación nostálgica de un pasado presuntamente luminoso, sino como un modo de comprender la vida integralmente. De ese modo, los seres humanos pueden verse como iguales, se relacionan entre sí y con la naturaleza, sin afán de ejercer un poder dominante que busca someter a los otros a la voluntad omnímoda de quienes se arrojan cierta superioridad de hecho y de derecho.

Al abandonar el “patio de los objetos”, es posible construir una propuesta que, sin negar la necesidad de acceso a los bienes materiales, enfatice una búsqueda de mayor profundidad en un abordaje vital donde la atención de la salud, la educación, los derechos sociales y los derechos humanos, sean el fundamento y horizonte de un proyecto que cambie los paradigmas existentes.

Como señala el fallo razonado del Dr. Sergio Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es tiempo de dar por terminada la categoría de peligrosidad —instalación progresiva de la criminología positivista— como operador práctico y conceptual de la intersección institucional psiquiatría- justicia penal.

(4) WACQUANT, LOÏC, *Dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginalización y penalización*, Bs. As., Siglo XXI, 2010.

De esta manera es posible pensar y generar respuestas concretas a los problemas de la salud mental de quienes viven en situación de encierro, que no perpetúe violencias originarias y que plantee la novedad de un pensamiento político estratégico que analice y aborde la problemática de manera integral, con saberes y construcciones disciplinarias de linaje clínico centradas en una mirada psicosocial; lo social como parte de una clínica que procesa verdad histórica individual y social en el sujeto en condiciones de encierro. Una clínica de la vulnerabilidad, una nueva ética del lazo social contrario a las diversas formas de violencias, a una clínica institucional de la crueldad, apostando al diálogo y a la palabra. "Si, en cambio, nos supiéramos radicalmente vulnerables, en el sentido de responsables del otro, no necesitaríamos astucia para destruirlo, sino simplemente palabra para dialogar. Es decir, barruntaríamos la paz".⁽⁵⁾

Esta decisión comprende prioritariamente a una población de jóvenes en situación de encierro y también a aquellos han salido de ella, altamente vulnerables, expulsados del sistema y expuestos a una clínica de la intemperie y el abandono. Es una prioridad política del Estado asumir la responsabilidad de la atención integral, el apuntalamiento y la remoción de las condiciones de existencia que produjeron las situaciones de vulnerabilidad.

En virtud de todo lo precedentemente desarrollado, deberíamos ir a la elaboración de un proyecto de ley de protección de la salud mental de las personas privadas de su libertad alojadas en unidades penitenciarias u otros dispositivos de encierros, al igual que los tratamientos y abordajes integrales postinstitucionales.

La población comprendida por los alcances de esta ley es el conjunto de personas que se encuentran privadas de su libertad, en concordancia con lo dispuesto por la Ley Nacional de Salud Mental, por los "Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental" de Naciones Unidas (art. 20) y tratados internacionales.

La ley tendría por objeto asegurar de manera efectiva el derecho a la protección de la salud mental y la atención oportuna y calificada de todas las personas en situación de encierro penal.

.....

(5) CULLEN, CARLOS, "Las formas de...", *op. cit.*

Se deberá asegurar el pleno goce de los derechos humanos de aquellas personas con trastornos psiquiátricos severos o con alguna forma de padecimiento mental que se encuentren alojados en unidades penales en todas las jurisdicciones del territorio nacional.

Se eliminarán las celdas de encierro individual (Celdas Individuales de Tratamiento) como lugar de neutralización absoluta y de aislamiento ante la presunta peligrosidad de una persona.

El alojamiento en celda individual es entendido por las Reglas Mínimas como una garantía de las personas en situación de encierro, como recurso de *ultima ratio* para las personas que lo requieran en virtud de su particular vulnerabilidad y en aquellos episodios clínicos en los que exista riesgo cierto e inminente de daño para sí o contra terceros como en los cuadros de grave excitación psicomotriz, trastornos clínicos severos alucinatorios o confusionales y el riesgos inminente de suicidio.

El uso de celdas individuales no podrá ser utilizado como castigo o medida disciplinaria; será un recurso sólo de indicación terapéutica aplicada por el tiempo necesario más breve posible hasta la salida del episodio de descompensación y riesgo.

Para el acondicionamiento mínimo y básico de estas pequeñas unidades debería tenerse en cuenta por analogía los criterios de las normas del CPT.⁽⁶⁾ De los estándares allí consignados (puntos 42 y 43), se desprende que estos alojamientos de tres a cinco camas deberían tener ciertos resguardos, a saber:

1. Un espacio razonable (siete metros cuadrados por persona).
2. Iluminación adecuada suficiente para leer.
3. Ventilación adecuada y aire acondicionado frío-calor.
4. Sillas y bancos fijos.
5. Colchones ignífugos.
6. Mantas limpias.

.....

(6) Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

7. Instalaciones sanitarias.
8. Cámaras de video para la vigilancia de las unidades de alojamiento para pacientes de intervención en crisis como prevención de la conducta suicida.
9. Infraestructura de material ignífugo.

La ley 24.660 establece que toda persona condenada “podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten” de manera que reconociendo el estatuto jurídico de dicha norma, quedan derogados los arts. 68 del Anexo I del decreto 1136/97 y 73 del Anexo I del decreto 396/99, violatorios ambos de los derechos de la población carcelaria afectada por un trastorno psiquiátrico mental severo.

Como resultado de la derogación de estas normas quedan sin efecto, por su contenido antijurídico y anticonstitucional, la exclusión o la suspensión del régimen de progresividad de la pena a las personas con padecimientos mentales o trastornos mentales severos.

Del mismo modo, queda derogada la restricción antijurídica del derecho a recibir visitas íntimas a las personas privadas de la libertad que se encuentren en establecimientos penales o psiquiátrico penales.

El derecho a la confidencialidad y el secreto profesional deberá ser observado por médicos y profesionales del equipo de salud mental en las mismas condiciones en las que se establece esta norma como derecho de confidencialidad de ciudadanos y personas. El equipo de profesionales de salud mental deberá ser responsable de la custodia de las historias clínicas de los pacientes, propiciándose la confección de la historia clínica electrónica que permitirá las consultas y el intercambio en tiempo real con todos los actores y agencias involucrados. Los exámenes médico-psiquiátricos, psicológicos y sociales de las personas en situación de encierro, en el momento del ingreso o con posterioridad, deberán llevarse a cabo fuera del alcance del oído y la vista de los funcionarios de la prisión, a menos que, en circunstancias específicas, el equipo considere necesaria la presencia de personal penitenciario. Las personas tendrán derecho a ser examinadas en forma individual y no en grupos.

Los estudios y elementos que surjan del historial clínico no podrán ser usados como prueba en causas penales futuras, salvo que lo solicite expresamente la defensa del imputado.

Para la determinación de la necesidad de atención en salud mental de las personas privadas de libertad se necesitará el dictamen de los equipos interdisciplinarios (Título III) de los ministerios encargados del área de salud de la jurisdicción que corresponda, respetando los criterios científicos y las mejores prácticas.

Se deberá prestar asistencia a la demanda espontánea, a la que surja por indicación judicial, y a las situaciones que surjan de cuadros de descompensación severa y excitación psicomotriz con riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros.

Estos equipos interdisciplinarios determinarán los modelos de atención y tratamiento en salud mental y podrán determinar la necesidad del traslado del interno a un sector especial, fundado únicamente en el cuidado y el interés del paciente.

En el caso particular referido a los delitos de índole sexual, los equipos interdisciplinarios dependerán de la esfera civil como garantía de soberanía absoluta centrada en el interés del paciente, tal como lo señala la nueva normativa.

Referida a la misma normativa los equipos podrán depender de la jurisdicción de salud o de justicia, o de un programa interministerial.

Las nuevas modificaciones legislativas introducidas a la ley 24.660 sobre reincidencia y reinserción social de condenados por delitos contra la integridad sexual establecen que, al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad, se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.⁽⁷⁾

En los casos de detención domiciliaria dispuesta por juez de ejecución o competente, referida a los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, se requerirá un informe del equipo especializado

(7) Modificación del art. 19 de la ley 24.660

previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberá evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno.⁽⁸⁾

Los equipos interdisciplinarios de los juzgados de ejecución penal o de las jurisdicciones federales que ejercen el control de la pena cumplen la función de evaluar y asesorar en la decisión de los jueces; igual que a los organismos técnicos criminológicos, al Consejo correccional de los establecimientos, y si correspondiere, al equipo especializado en salud mental.

En el período de un año, todas las jurisdicciones deberán crear equipos interdisciplinarios de carácter asistencial, de prevención y promoción de la salud mental que aborde la atención calificada y continuada de los imputados y condenados por delitos sexuales dentro la prisión y fuera de ella, en cualquier circunstancia y de manera permanente por indicación judicial.

Tendrán una perspectiva integral que incluirá la atención individual, familiar y los abordajes institucionales. La frecuencia y la continuidad de la atención están fundadas en el fracaso de los procesos de represión primaria y secundaria, el fracaso de la constitución superyoica y el de una dimensión axiológica que desborda los límites de contención del sujeto. La ley, la justicia por la vía de la decisión de los jueces, y el equipo interdisciplinario de salud mental situado en la esfera civil, tenderán a construir los diques de contención que frecuentemente fracasan en sujetos que han cometido este tipo de delito.

1.1 | Adicciones

Las adicciones deberán ser abordadas por los equipos de salud mental que trabajen en las Unidades Penitenciarias articulando sus recursos con los equipos existentes en las áreas sociales, educativas, deportivas y culturales.

.....

(8) Modificación del art. 33 de la ley 24.660.

Las personas con uso problemático de drogas tendrán todos los derechos y garantías establecidos por la Ley de Salud Mental y se les garantizará de manera efectiva el derecho a la atención integral, a las políticas de promoción de salud y prevención de las adicciones.

Se promoverá en todas las jurisdicciones la articulación con el Ministerio de Salud de la Nación, y la SEDRONAR, diversas formas de intercambios, asesoramientos y formación del recurso humanos y la creación de los equipos interdisciplinarios y las instituciones necesarias para abordar de manera eficaz las diversas formas clínicas y sociales del abuso indebido de sustancias.

1.2 | Ingreso

El ingreso se deberá realizar a través de una unidad o servicio de observación, evaluación y diagnóstico, en la que se realizará una entrevista con al menos dos profesionales del equipo de salud mental, en la cual se arribará a un diagnóstico presuntivo y una aproximación terapéutica y posible derivación, en el caso de corresponder.

Se creará una Comisión de control de calidad de la atención y formación permanente de recursos humanos. Esta Comisión dependerá del Ministerio de Salud de cada Jurisdicción y tendrá representantes de una Universidad Nacional y de un organismo de Derechos Humanos.

La Comisión de Control de Calidad de la Atención tendrá a su cargo la tarea de auditoría externa, los ateneos clínicos y las supervisiones institucionales que deberán realizarse en forma continua y progresiva para formalizar y completar las propuestas y contenidos formulados en esta ley.

Asimismo, se constituirá un Comité de Bioética que deberá abordar las cuestiones de la práctica clínica y la ética, la situaciones de conflicto institucional o violencia que se pudieran plantear. Participarán de dicho Comité un representante de un Organismo de Derechos Humanos, un representante de una Universidad Nacional, el Director o Jefe del Equipo o la Unidad Asistencial de Salud Mental y el Director de la Unidad Penitenciaria.

2 | Sobre las personas declaradas inimputables

2.1 | La modificación del art. 34, inc. I. El pasaje del paradigma de la peligrosidad a la categoría de daño cierto e inminente

A propósito de la inimputabilidad, el artículo 34, en su inc. 1°, establece que no son punibles:

“El que no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables”.

En caso de ser declarado inimputable en el proceso de evaluación, el Tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en una institución de salud mental, cerrada si requiriera una medida de coacción directa, por resolución judicial y que será modificada en su salida por el mismo procedimiento judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el riesgo cierto e inminente de producir daño de heteroagresividad o autoagresividad.

Asimismo, con el criterio de la inimputabilidad atenuada, se impondrá la pena prevista para la tentativa al que, en el momento del hecho, tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren encontrarse en la situación de riesgo cierto e inminente de producir daño de heteroagresividad o autoagresividad.

Las personas declaradas inimputables, en relación a un delito cometido, no podrán ser alojadas en unidades penales, debiendo pasar a la esfera civil.

El Estado nacional y las provincias deberán garantizar la existencia de instituciones adecuadas para el alojamiento, la atención y rehabilitación de las personas que han sido declaradas inimputables.

En el caso de estas personas, se deberá poner el énfasis en la tutela de sus derechos fundamentales, en su carácter de sujeto de derecho y su condición de personas.

Las categorías de peligrosidad psiquiátrica y social y la aplicación de medidas de seguridad como respuesta a ellas deben quedar definitivamente excluidas del ordenamiento jurídico, según lo determinado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la legislación referida a la salud mental. De esta forma, se produce el pasaje de dicha categoría a la de riesgo de daño cierto e inminente para abordar aquellas situaciones que por su complejidad requieran una medida de coacción directa.

Las personas que han sido declaradas inimputables, que por la gravedad de su trastorno o por la existencia de riesgo cierto e inminente de producir daño de heteroagresividad o autoagresividad requieran una internación involuntaria o una medida de coacción directa de reclusión o retención en una institución de salud mental, solo podrán ser internadas por decisión judicial, pasando a la esfera no penal.

En estos casos, estas personas deberán ser alojadas en establecimientos especializados no pertenecientes al Servicio Penitenciario a los fines de lograr una adecuada atención del trastorno que padecieran.

Asimismo, el sistema judicial será el encargado de controlar rigurosamente el procedimiento de reclusión.

El Estado nacional garantizará el pleno goce de los derechos consignados en los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales.⁽⁹⁾

Las personas declaradas inimputables y sujetas a una medida de internación involuntaria conservan todos sus derechos, manteniendo el derecho de interponer un *habeas corpus*.

.....

(9) Res. 46/119, Principio 20.

No existirá ninguna condición justificatoria de encierro forzoso *sine die*. La continuación del encierro forzoso deberá contar con el correspondiente respaldo de informes médicos con el detalle de las condiciones de intervención, diagnóstico, pronóstico y terapéuticas.

Las instituciones especializadas, donde se alojen a los declarados inimputables, deberán ser parte del sistema de salud de la jurisdicción que corresponda.

La seguridad de estas instituciones estará a cargo del área de Seguridad de cada jurisdicción.

El equipo de atención elaborará informes mensuales acerca del estado de situación de salud mental de los inimputables que serán elevados al juez a los fines de que se evalúe la continuidad de la medida.

3 | Sobre los equipos de atención

Se conformarán equipos de atención que estarán integrados por médicos psiquiatras, psicólogos clínicos, profesionales de enfermería, trabajadores sociales, profesionales del área educativa y profesores de educación física debidamente capacitados y calificados en especialidades relacionadas con la atención integral de la salud mental.

Estos equipos dependerán del área ministerial de Salud de cada jurisdicción, constituyéndose programas interministeriales que aseguren en el territorio, en cada sujeto y en cada familia la integralidad de las acciones.

Los equipos de atención tendrán a su cargo la atención, prevención, promoción y la rehabilitación de la salud mental de las personas en situación de encierro penal y/o las declaradas inimputables en relación a la comisión de un delito.

El equipo de salud mental será responsable de implementar el abordaje y la atención de la demanda espontánea, de la atención de los pacientes con trastornos psiquiátricos severos y de las estrategias de prevención primaria, secundaria y terciaria en el marco de la inclusión social y el respeto radical de los derechos humanos de los pacientes en situación de encierro.

Queda derogado el art. 13 de la ley 24.660, transfiriéndose las facultades de atención en salud mental a los dispositivos y equipos de salud mental dependientes de la esfera civil en el ámbito de la Salud Pública.

La continuidad de los tratamientos y las medidas de internación deberán ser resueltas por los psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales integrantes del equipo tratante, con control judicial similar al aplicado por la justicia civil.

4 | Anexo

El marco normativo internacional, y las declaraciones y Principios, constituyen el marco de doctrina de derechos humanos que nuestro país ha suscripto y en el que se inscriben y se fundamentan las transformaciones propuestas incluye:

- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud Mental, A.G. Res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p.189, ONU Doc. A/49/49 (1991).
- Juramento de Atenas, 10/09/1979, Consejo Internacional de Servicios Médicos Penitenciarios.
- Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Viena, abril de 2012.
- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 37/194, diciembre de 1982.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, marzo de 2008.
- Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental.
- Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. (Reglas de Tokio).
- Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas.

- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, y la implementación del Protocolo Facultativo aprobado en ambas Cámaras

4.1 | Programación institucional

Se trata de una concepción totalizante de los abordajes en salud mental orientados hacia una concepción integral y de carácter psicosocial de todos los efectores y en todos los niveles de atención.

4.1.1. Autonomía del dispositivo de atención de salud mental respecto de la seguridad penitenciaria

Creemos que una estrategia importante a desarrollar sería la cuestión de la autonomía de la Dirección del Servicio Psiquiátrico con respecto a la Dirección del Servicio Penitenciario encargada de la seguridad de la Unidad.

Esta división haría que el Servicio de Psiquiatría encargado de las admisiones, internaciones, del tratamiento y de la formación del equipo interdisciplinario de salud mental morigerara la violencia inconsciente institucional que puede surgir de una Dirección centralizada y todavía militarizada. Asimismo, daría a cada estamento un rol de posible cumplimiento de acuerdo con sus capacidades específicas: la custodia y guarda al Servicio Penitenciario y el tratamiento psiquiátrico a los especialistas en la materia. Esto requiere de un proceso de reconversión del dispositivo de atención y una transformación institucional-cultural y, seguramente, también legal, que puede comenzar con medidas prácticas que se explicitarán.

Esta división se dirige sobre todo, a cumplir con el punto cinco del Juramento de Atenas elaborado en el marco del Consejo Internacional de Servicios Médicos de Instituciones Penales del 10 de septiembre de 1979, según el cual se formaliza el compromiso de basar el juicio médico en las necesidades de los pacientes, priorizando el estado de salud sobre toda consideración no médica.

Se entiende que el Servicio Psiquiátrico y su jefatura deben tener autonomía pero también responsabilidad. La armonización de criterios en "un

clima reinante de relaciones constructivas.”⁽¹⁰⁾ Este mejoramiento del clima del HPP debe ser el objetivo buscado, donde el examen médico de los detenidos al ingreso debe realizarse más de una vez al día y en compañía de por lo menos un miembro del equipo de salud mental. Este examen, a su vez, debe estar fuera del alcance del oído de los guardianes.

4.1.2. Atención de los pacientes

Entre las medidas de urgencia, debe plantearse la eliminación inmediata de las CIT (Celdas Individuales de Tratamiento) como contenido central de una propuesta de ley.

La situación de encierro en las CIT de los pacientes detenidos como medida de seguridad terapéutica es una forma de contención absoluta y de aislamiento ante la presunta peligrosidad de un sujeto y a veces ante el tan temido riesgo de suicidio. Estas celdas son los restos de las antiguas penalidades que sufría el sujeto en la cárcel de antaño; del castigo que recibía en su doble condición de recluso y alienado. Allí, en la penumbra celular, es llevado desnudo, en una situación extrema de desamparo a la condición que el filósofo Giorgio Agamben denomina “nuda vida”. En este aislamiento, con el pretexto de la categoría sujeto peligroso para sí y para terceros, es llevado a la deshumanización extrema, se transforma en un ente.

En esos calabozos o **buzones**, como se los denomina en la jerga, todos los trastornos psiquiátricos, incluido allí el presunto intento suicida, se verán agravados. El drama del hombre enfermo-psíquico y recluso se naturaliza, el sujeto es sólo un cuerpo peligroso necesitado de pura contención. Usar esta antigua tecnología del encierro-castigo-falta de abrigo, se transforma en una lesión a los derechos humanos, que debe cesar en forma inmediata. No hay necesidad de observación, evaluación o diagnóstico que pueda ser fundada en este aislamiento, no hay indicación médica que justifique la demolición del sujeto, la denegación de sus derechos a ser tratado y atendido como persona tanto como paciente en condiciones éticas respetadas, sin anular su condición de persona y de ciudadano.

El desarrollo de la psiquiatría y la salud mental han producido, sobre todo en estos últimos tiempos, tecnologías, saberes y modelos de abordaje del

.....

(10) Punto 45 de las normas del CPT.

sufrimiento psíquico centrados en la palabra y en la más moderna psicofarmacología. La contención-retención es un recurso de *ultima ratio* en la emergencia y siempre en un tiempo breve, nunca como castigo ni como norma de ingreso en la Unidad Penitenciaria. Recordemos que esta modalidad ha sido naturalizada como **modalidad normal de ingreso**. Debemos plantear que ante una necesidad urgente de ingreso en estas unidades —de las cuales sólo quedan tres— proponemos que se deben realizar una inmediata comunicación al juzgado correspondiente.

Para el acondicionamiento mínimo y básico de estas pequeñas unidades, debería tenerse en cuenta por analogía los criterios de las normas del CPT. De los estándares que el Comité considera en sus puntos 42 y 43 se desprende que estos alojamientos de tres a cinco camas por unidad para atender las intervenciones en crisis como recurso de *ultima ratio* deberían tener ciertos resguardos mínimos.

El fundamento de estas medidas se encuentra en el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, que expresa claramente que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Es en este espíritu en que se contempla la reducción de las celdas individuales por una Unidad Psiquiátrica de Observación y Evaluación Psiquiátrica (SOEP) de corta estadía. Esta unidad acerca la necesidad del tratamiento psicológico y psiquiátrico alejando el hábito custodial represivo.

Todas estas reglas internacionales chocan a veces con algunos fantasmas o mitos persistentes en el ámbito penitenciario. Uno de ellos es el del suicidio del enfermo-recluso. Esta casi **razón de ser** de las celdas de aislamiento cae ante el más mínimo argumento científico que plantea que la mayoría de los suicidios suceden justamente en las celdas de aislamiento. Además de que son inútiles y perjudiciales, existen solamente en la medida en que faltan psiquiatras, psicólogos, enfermeros y otros miembros del equipo de salud en el que podemos integrar a los celadores capacitados para tratar con pacientes psiquiátricos.

Sabemos que el intento, la ideación o la amenaza de suicidio deben ser tratados en la Unidad Penitenciaria donde este síntoma se origina. No se deberá aceptar ningún argumento dirigido a justificar el aislamiento, el castigo y la impotencia ante la falta de medios.

No ignoramos los factores de riesgo en la cárcel con respecto al suicidio. De hecho existe una tasa doble de suicidio en la cárcel que en la población general. Los factores de riesgo a tener en cuenta son: la existencia de enfermedad mental del interno, tentativas previas de suicidio y escaso lazo social.

En cuanto a los factores de riesgo concreto que deben ser tenidos en cuenta al momento del ingreso en la Unidad, estos son: interno joven, marginal, soltero, generalmente no violento, intoxicado, con historia de abuso. En estos casos se da generalmente un salto al vacío, y las posibilidades de que se concrete una ideación suicida ocurre dentro de las 24 horas del ingreso. El momento de ingreso a la Unidad penitenciaria es un espacio de intervención estratégica del equipo de salud mental.

Dijimos que el régimen celular predispone a estos actos, por lo tanto el paciente debe estar en una Unidad de observación y evaluación psiquiátrica con otros pacientes en la que existan barreras de protección física que impidan el salto al vacío. Esto requiere el entrenamiento de todo el personal y del equipo de salud mental con vigilancia estricta las primeras horas en función del riesgo, vigilancia altamente protocolizada y con cámaras de video como es nuestra propuesta. Todas estas medidas disminuyen el shock del traslado y desechan el aislamiento que es donde más suicidios se producen.

Sobre los equipos de atención en salud mental deberán elaborarse programas de formación continua, supervisiones y ateneos clínicos, y la supervisión institucional con la intervención de las universidades nacionales, personalidades destacadas del campo de la salud mental y organismos de derechos humanos.

Se implementarán planes de atención integral que aseguren el abordaje psicosocial en el marco del respeto radical a los derechos de los pacientes y a la dignidad de la persona asegurando el abordaje de la atención psiquiátrica, psicoterapéutica, educativa, cultural, deportiva, laboral y familiar en un proceso integral de rehabilitación.

El conflicto exclusión-inclusión deberá resolverse de manera efectiva en el horizonte de una clínica de la inclusión de una población altamente vulnerable.

Para ello se hace necesaria la construcción de una política de salud mental y psiquiatría que asegure la atención continuada y progresiva en la tarea de rehabilitación, poniendo fin a la situación actual, privilegiando

los abordajes grupales y comunitarios. El aumento desmesurado de la población penitenciaria y de reclusos afectados psicológicamente hace necesario un proceso de reconversión y actualización del recurso humano.

Todo el sistema de los equipos de salud mental implica una comunicación transversal de todos los sectores pues la problemática de la violencia, las adicciones, y las enfermedades de transmisión sexual sólo pueden ser abordadas a través de un trabajo preventivo y grupal. El mismo personal de seguridad debe participar en esta reconversión institucional acompañando la tarea de transformación con nuevos paradigmas. Finalmente, es conveniente aumentar la oferta de tareas ocupacionales con talleres dirigidos hacia la producción o talleres intermedios para el logro de actividades productivas, lo que requiere la introducción de máquinas y personal técnico especializado (talleres de computación y otros), dirigidos a la rehabilitación y la inclusión.

4.1.3. Promoción y prevención

La Carta de Ottawa para la promoción de la salud aprobada en la Primera Conferencia Internacional sobre Promoción de la Salud celebrada en noviembre de 1986 marcó definitivamente un cambio de paradigma de los problemas de salud y nuevos principios y conceptos de la reorientación de los servicios de salud, pasando de una visión meramente asistencial a un modelo de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad.

La Declaración de Caracas, aprobada en la Conferencia de Reestructuración de la atención psiquiátrica de América Latina en noviembre de 1990, profundiza de manera específica para el campo de la salud mental una reestructuración de la atención psiquiátrica, de los dispositivos de salud mental, y de políticas sociales integradas ligadas a la atención primaria en salud mental, la promoción de la salud y las estrategias de prevención con modelos alternativos.

Las reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad aprobadas, en la XIV Cumbre Iberoamericana celebrada en marzo del 2008, aporta un nuevo paradigma: "una justicia que protege a los más débiles".

Estos dispositivos de salud mental están dirigidos específicamente a personas en situación de encierro penal, es decir, en condiciones objetivas de vulnerabilidad, y a personas que en esta misma situación de encierro padecen

de trastornos psiquiátricos severos, de una adicción, o de otros padecimientos configurando una situación de doble vulnerabilidad de estas personas.

La implementación de estrategia de prevención y promoción de la salud mental por parte del Estado desde un dispositivo civil al interior de las unidades penales parte del supuesto de que el Estado reconoce formalmente los derechos a la salud mental de esta población vulnerable en situación de encierro para asegurar de manera efectiva el acceso al derecho a la salud en iguales condiciones que la población en general.

Este dispositivo de salud mental debe garantizar la universalidad en el acceso, la equidad y la calidad de las prestaciones en salud mental, la sostenibilidad en el tiempo de los programas, dispositivos de atención y cuidado. El propósito es fomentar fuertes niveles de participación de todos los actores que la atraviesan para que fomenten una nueva cultura del cuidado de la salud individual y grupal. Asimismo, tiene como objetivo primordial desarrollar en las condiciones de encierro el paradigma de la **vida buena**. Se trata de reorientar los equipos, o de fundarlos allí donde no los hubiera, mejorando la capacidad de respuestas y de atención a problemas relevantes de la población de personas en situación de encierro.

Generar un nuevo paradigma de atención a la necesidad sin esperar la demanda consciente busca evidenciar los mecanismos de sobreadaptación y los dispositivos disciplinantes de la institución. Habrá que articular con otros programas de las instituciones carcelarias y de otros dispositivos civiles que llegan a la institución como intervenciones de diversos tipos, se trate de jueces, defensores, procuradores, patronatos, iglesias, políticas sociales, sistemas educativos, universidades, etc.

Los programas de promoción deberán fomentar el diálogo institucional y el acuerdo con diferentes actores con el fin de lograr consenso, aprovechando al máximo los recursos para la promoción de la salud mental, la educación, el deporte, la cultura, y la disminución y reducción de los niveles violencia institucional e interpersonal.

Serán prioritarios del proyecto de promoción y prevención programas que atiendan problemáticas tales como:

- Violencia interpersonal e institucional
- Adicciones

- Sexualidad en tiempos de SIDA y HIV
- Violencia de género
- Armas

Y, finalmente, un programa específico de prevención del suicidio en la institución carcelaria

4.1.4. Inimputables

Eliminar el uso de celdas de aislamiento, buzones o lugares de aislamiento como procedimiento disciplinario o de castigo en el sistema carcelario, debiendo quedar definitivamente eliminada esta práctica de manera efectiva una vez aprobada esta ley.

Cuando resulte necesario una indicación de aislamiento como recurso de *ultima ratio*, sólo por indicaciones terapéuticas y sobre decisiones emanadas del equipo de salud mental que debe depender de la esfera civil, el mismo deberá adecuarse estrictamente a los procedimientos internacionales descritos en el Principio 20 de Naciones Unidas para la protección de las personas con enfermedades mentales y el mejoramiento de la salud mental, y en línea con la aplicación del Protocolo Facultativo. Serán creadas las instituciones necesarias en cada jurisdicción que serán parte del sistema de salud de cada jurisdicción; su dimensión y tamaño deberá ser adecuada a la magnitud del problema.

Es necesario señalar que ninguna jurisdicción, incluso en la federal, existe este tipo de institución que puede contener y atender a estos pacientes en condiciones dignas y en el marco de la doctrina de los derechos humanos, pues todas las instituciones del espacio público son abiertas de manera que ninguna pueda responder a la demanda de pacientes que requieran una internación coactiva. Cada jurisdicción deberá decidir cuál será la fuerza de seguridad que se hará cargo del cuidado perimetral de la institución.

Las personas declaradas inimputables en relación directa a un injusto o delito cometido, ante la ausencia de reproche penal, no podrán permanecer alojadas en unidades penales.

Aquellas personas declaradas inimputables, que por la gravedad de su trastorno o por la existencia de riesgo grave, cierto e inminente de producir

daño de autoagresividad y heteroagresividad requieran una internación involuntaria o una medida de coacción directa, de reclusión o retención en una institución psiquiátrica, en aquellos casos en que esta medida sea imprescindible y constituya una instancia de tratamiento, serán objeto de la decisión del sistema judicial, tal nuestro ordenamiento normativo vigente. Es el mismo sistema judicial, tal como lo sostuvo la Corte Suprema en algunos de sus fallos, el que deberá ejercer la tutela fundada en los derechos humanos de los pacientes, y el que deberá controlar rigurosamente el mencionado procedimiento de reclusión o internación, atento a la vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a la intervención psiquiátrica coactiva. No existirá ninguna condición justificatoria de encierros forzosos *sine die* sin el respaldo de diferentes informes periciales calificados y del equipo de salud mental detallando las condiciones de internación, diagnóstico, pronóstico y terapéutica adecuados. Serán objeto también de los órganos de revisión y control jurisdiccional que establece la ley en el auxilio de la decisión del juez.

Como señala la Suprema Corte, se pondrá énfasis en la tutela de los derechos fundamentales de los pacientes con problemas de salud mental, como sujetos de pleno derecho y el estatus de su condición de persona.

La categoría de peligrosidad queda definitivamente excluida del orden jurídico tal como lo formulara el fallo de la Corte IDH y quedan fuera del estatuto jurídico las medidas de seguridad fundadas en este principio.

El tratamiento de los pacientes inimputables que requieren internación involuntaria y sean objeto de una medida de coacción directa deberán ser instituciones cerradas para asegurar la misma que dependan de la esfera civil y que se deberán fundar en cada una de las jurisdicciones de tal modo que aseguren efectivamente que no podrán estar alojados en unidades penales. La internación involuntaria de una persona con trastorno psiquiátricos severos o declarada inimputable requerirá la concurrencia de los siguientes factores o condicionamientos:

- I. La presencia de un padecimiento, afección o enfermedad mental que comprobadamente exige internación, en las condiciones de diagnóstico e intervención del equipo de salud mental —como queda formulado en la nueva ley de salud mental—, el Cuerpo Médico Forense, los peritos de parte y, finalmente, la decisión judicial.

2. La posibilidad de existencia de riesgo grave de daño inmediato o inminente para la persona o para terceros, lo cual supone que la decisión de internación coactiva deberá tomarse en beneficio del paciente y para la protección de terceras personas. Poniendo énfasis en la tutela de los derechos humanos fundamentales de los pacientes con problemas de salud mental centrados única y exclusivamente en la condición de persona.
 3. Que el tratamiento prescripto estime imprescindible como recurso de última ratio, aislar al paciente al no existir otras alternativas terapéuticas más eficaces o menos restrictivas de su libertad.
 4. La resolución será objeto de un decreto judicial de internación debidamente fundado, con las todas las garantías sustanciales y procedimentales que limiten el periodo de vigencia de la medida. La internación es una privación de libertad, reclusión, según nuestro ordenamiento normativo vigente, por tanto debe ser rigurosamente controlada por el sistema judicial tal como lo sostiene la doctrina de la corte y cómo surge de la normativa constitucional. El sistema judicial debe controlar la legitimidad, la autenticidad, vigencia y duración de la internación decretada, y las condiciones que aseguren un tratamiento calificado. El Poder Judicial y los nuevos órganos de revisión (Defensoría, Ministerio Público, Protocolo Facultativo, etc.) son responsables de resguardar los derechos humanos, las libertades fundamentales y el buen trato del afectado.
 5. El fin de la internación no implica el término del tratamiento: El paciente podrá seguirlo voluntariamente. El criterio de cura definitiva en salud mental no existe por tanto no podrá ser la categoría que defina la continuidad de un encierro *sine die*.
 6. La persona internada involuntaria conserva todos sus derechos, mantiene el derecho de *habeas corpus* permitiéndole al afectado, recurrir al órgano judicial y a los órganos de revisión a fin de reclamar en plazo breve un pronunciamiento sobre la legalidad de su reclusión.
 7. Si una persona es internada arbitrariamente contra su voluntad deberá regir un derecho de reparación.
 8. La internación por sí misma no es causa para restringir capacidad legal alguna.
 9. Se crearan los equipos de salud mental en todas las jurisdicciones que aseguren de manera efectiva la atención integral de estos pacientes de manera calificada y continuada en el horizonte de la cura, la rehabilitación y la reinserción social; y las jurisdicciones deberán prever los recursos financieros y profesionales para hacer efectiva la aplicación de la misma, una vez aprobada la ley.
-

Niños, niñas y adolescentes no punibles y su diferencia con la hipótesis de inimputabilidad

por **PABLO E. ROSSI**⁽¹⁾

El derecho penal juvenil ha sido objeto de un interés creciente en los últimos años. A partir de la Convención de Derechos del Niño —que, a través de un cuerpo integral de derechos, reemplaza la doctrina de la situación irregular por el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes (en adelante: NNyA) como sujetos de derecho—, ha comenzado un lento, pero seguro transitar de la doctrina, en la elaboración de conceptos que permitan traducir ese cambio de paradigma en normas y principios de actuación. Si bien dichos Principios se encuentran todavía en discusión y elaboración —en particular, por la extensión y el sentido del “interés superior del niño” al que refiere la Convención—,⁽²⁾ sin duda se ha producido una evolución que no sólo se tradujo en producción dogmática, sino también en cambios normativos en el ámbito de América Latina.⁽³⁾

(1) Abogado (UBA). Profesor Adjunto Regular de la Universidad Abierta Interamericana y Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Director del Registro de Personas Detenidas y del Registro de Procesos del Niño de la Procuración General.

(2) Ver CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf.

(3) Al respecto, y mostrando un primer impacto de la Convención, ver: ver GARCÍA MENDEZ, EMILIO y BELOFF, MARY, (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención de Derechos del Niño*, Bogotá, De Palma, 1998.

Simultáneamente, con esa evolución se produjo, también, un incremento del interés en “la cuestión penal” en relación a los procedimientos judiciales relativos a NNyA. En efecto, el reconocimiento de los derechos y garantías de los jóvenes encontró en la esfera penal una respuesta inesperada, una vez garantizados todos los derechos, y ante el “vacío” y abandono del paradigma tutelar, se abrió definitivamente la puerta al Sistema Penal. No es, en ese sentido, una casualidad que en los últimos años se haya instalado mediáticamente un “debate” respecto de la denominada “baja de la edad de imputabilidad” a fin de habilitar una mayor extensión de poder punitivo respecto de los jóvenes.⁽⁴⁾ Ese “debate” es en el fondo la traducción de una sistemática campaña basada en la idea de “ley y orden”, que ha intentado implantar la percepción de que “cada vez son más los menores que cometen delitos”⁽⁵⁾ y que esos delitos “son cada vez más violentos”.⁽⁶⁾

Semejante marco es imprescindible de referenciar a la hora de establecer, desde el punto de vista teórico, las razones por las que los NNyA de menos de 16 años de edad no son punibles. En un contexto donde se evidencia el avance del discurso punitivo sobre los jóvenes, resulta especialmente delicado —pero a su vez de máxima importancia— sentar las razones por las que la Convención de Derechos del Niño establece como obligación para los Estados, “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (art. 40.3.a de la Convención).

Desde una perspectiva histórica, puede advertirse con facilidad que los NNyA recibían, desde el punto de vista de la legislación general, un tratamiento asimilable al correspondiente a los inimputables. Así, a modo de ejemplo, el Código Penal de México de 1871 establecía entre sus atenuantes “ser el imputado decrepito, menor o sordomudo”.⁽⁷⁾ Es común también la referencia a los menores como una “categoría dis-

(4) En relación a este tema, ver KASTBERG, NILS, Director Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-123922-2009-04-26.html>

(5) Ver en: <http://www.lanacion.com.ar/46377-cada-vez-son-mas-los-menores-que-cometen-delitos>.

(6) Ver en: <http://m.lacapital.com.ar/mobile/bb/nota.html?id=Y29udGVuaWRvcy8yMDExLzA3LzI4L25vdGljaWFfMDA1MC5odG1s>

(7) SOTO, FEDERICO, *Los Menores de Edad Frente al Derecho Penal*, México, Cuadernos de la Jurisprudencia, 2002, p. 77.

minuida" en la legislación civil. Con la aparición de los Tribunales de Menores y la internacionalización de la doctrina de la situación irregular, aparece como cuerpo más ordenado un "derecho de la minoridad" con características propias y diferenciadas.⁽⁸⁾ Pero aún en ese contexto, y especialmente teniendo en cuenta los principios de esa doctrina, puede advertirse que en la visión tradicional la no punibilidad de los menores respondía a un problema de capacidad, lo que se corresponde con la mirada tradicional de buena parte de nuestra doctrina. A modo de ejemplo, Núñez expresaba que:

"La madurez mental es el desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto ejecutado y dirigir las propias acciones. Esa madurez se alcanza a los dieciséis años de edad, cualquiera que sea el sexo del autor. Hasta el momento en que la persona cumple esa edad, es absolutamente incapaz. Esta incapacidad es absoluta, porque no depende, como en los otros casos de inimputabilidad, de la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las acciones en el caso concreto, sino que se presume *juris et de jure*. No es necesario, por consiguiente, someter al menor a un proceso para comprobar su incapacidad".⁽⁹⁾

En un repaso del derecho penal juvenil europeo de los últimos 3 siglos, Rocío Cantarero señala que "...el discernimiento en los clásicos fue piedra angular del sistema de imputabilidad de los menores. El niño incapaz de discernir quedaba exento de pena".⁽¹⁰⁾

Zaffaroni, Alagia y Slokar, en cambio, ensayan una interpretación distinta, con el argumento de que la no punibilidad de menores de 16 no puede ser un problema de imputabilidad, ya que "no es posible que un adolescente de 15 años, 11 meses y 30 días sea inimputable y, por el mero transcurso de la media noche de su cumpleaños, adquiera

(8) Ver BELOFF, MARY, "Constitución y Derechos del Niño", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., Editores del Puerto, Bs. As., 2005, p. 768 y ss.

(9) NUÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1999, p. 182.

(10) CANTARERO, ROCÍO, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de Menores*, Madrid, 1988, p. 95 y ss.

capacidad psíquica de culpabilidad”,⁽¹¹⁾ consideran que no media aquí un problema de imputabilidad. En lugar, sostienen que se trata de una “causa personal de exclusión de pena”, es decir, de una decisión de política criminal. Ello permite salvar el obstáculo ya apuntado respecto de la “ficción jurídica” de adquisición de capacidad de comprensión un día determinado; pero a su vez, parece poner cierta cuota de arbitrariedad en el establecimiento de una edad mínima de punibilidad, pese a que ello responde a un mandato expreso de la Convención de Derechos del Niño.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: “...la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto (...) no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.⁽¹²⁾ Si bien ese pronunciamiento se refería a jóvenes de entre 16 y 18 años de edad, también en ese segmento podría hablarse de la “ficción” jurídica en relación a que al día siguiente de cumplir 18 años aumenta la culpabilidad por el acto. En otras palabras, ese fallo admite expresamente un fundamento de menor culpabilidad en la especialidad del derecho juvenil. Si se advierte que esa menor culpabilidad determina una reducción drástica en la pena —que, en el régimen de la actual ley 22.278, incluso puede dejarse sin efecto—, puede pensarse razonablemente que la misma lógica opera en mayor medida en relación a los NNyA de menos de 16 años de edad. Por otra parte, la afirmación de que el límite responde a un mero criterio de política criminal, no permitiría poner ningún límite a la reducción de la edad de punibilidad: si se trata de una cuestión política sin fundamento constitucional, podría fijarse muy por debajo de su nivel actual, por ejemplo, a los 10 años o la edad que el legislador crea conveniente. El hecho de que los NNyA de menos de 16 años no deban ser equiparados a los adultos inimputables, no significa que se deba renunciar a una fundamentación racional de esa decisión, sino —por el contrario— que es imprescindible justificar y explicar su situación desde la especificidad del ámbito penal juvenil.

(11) ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 189.

(12) “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de D.E.M. en la causa M., D.E. y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—, fallo de 2005.

Se torna entonces imprescindible construir una interpretación jurídica que pueda dar cuenta de la razón por la que a partir de cierta edad, no debe aplicarse poder punitivo, y además, que ofrezca algunos indicadores pertinentes que deban ser tenidos en cuenta a la hora de determinar cuál es la edad mínima de punibilidad. Si la legislatura debe determinar una edad mínima por debajo de la cual “se presumirá” que las personas no tienen capacidad de delito, de ello se sigue que esa “edad” debe fijarse en consonancia con la presunción; en otras palabras, en el establecimiento de la edad debe tenerse en miras un umbral mínimo por debajo del cual, la “menor culpabilidad” del infractor, ha llegado a un grado tal que permite directamente considerarlo exento de pena.

Como ya expresamos, la Convención exige a los Estados determinar una edad por debajo de la cual se presumirá que los NNYA no tienen capacidad para infringir las leyes penales. La Convención utiliza aquí un término muy específico: **capacidad**. Entonces, si se hubiera querido simplemente determinar una edad mínima de punibilidad en términos de política criminal, podría simplemente haberse definido que por debajo de una cierta edad, se renunciará a aplicar poder punitivo. Pero al hacer referencia a la capacidad de infringir la ley penal, la Convención claramente alude a la imputabilidad. Al respecto, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 17, sostuvo que:

“La imputabilidad, desde la perspectiva penal —vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal”.⁽¹³⁾

Ello significa un expreso reconocimiento de que la norma de la Convención refiere específicamente a lo que en derecho penal se conoce como

(13) Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 105.

el capítulo de la imputabilidad, es decir, la capacidad de culpabilidad. Por otra parte, su incorporación al texto convencional tiene el carácter de **garantía**. Ello explica, a mi juicio, la razón por la que resulta necesario establecer una edad mínima precisa de punibilidad: si no fuera así, se caería en la determinación “caso a caso” de capacidad de culpabilidad; y en los hechos, ello implicaría someter a cada niño a un juicio respecto de esa capacidad que, a su vez, tornaría ilusoria la garantía. Para que esa garantía pueda cumplir su rol, se requiere un criterio fijo y predeterminado, aun cuando ese criterio pueda tener, como efecto, que en la “zona de frontera” —pocos días antes o después de cumplir una cierta edad— el criterio pueda parecer una ficción jurídica. Cantarero Rocío ha señalado los problemas de la verificación **caso por caso** del discernimiento:

“La utilización del concepto de discernimiento propiciaba, ciertamente, la inseguridad, la diversidad de interpretaciones a su significado, la dificultad de que el juez llegase a resultados exactos (...) esto se comprobó por los datos que proporcionaba la estadística en cuanto a su aplicación incorrecta (...) el procedimiento seguido para la emisión del informe por los peritos era acientífico y el resultado muy criticable”.⁽¹⁴⁾

Dichos problemas llevaron, justamente, a la necesidad de establecer en términos legislativos una edad por debajo de la cual se asumiera la falta de discernimiento, a fin de evitar la arbitrariedad en la determinación de este último.

Las Reglas de Beijing se orientan en esa línea de interpretación. Establecen, en su 4° apartado, que la edad mínima de punibilidad “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. Sobre ello, en el Comentario de las Reglas se agrega que “Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido”. Y se agrega que “es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional”.

A esta altura, hay que advertir que entre los estudiosos del derecho penal juvenil se ha constatado un fuerte debate respecto de la conveniencia —o

.....

(14) CANTARERO, ROCÍO, *op. cit.*, p. 96.

no— de reducir la edad de punibilidad. Ello responde a que en la realidad, los menores de 16 años de edad no han sido protegidos del poder punitivo del Estado, sino todo lo contrario: bajo el manto de la incapacidad de delito, mediante el discurso tutelar fueron objeto de “penas” en el sentido material del término,⁽¹⁵⁾ mientras simultáneamente sufrieron un permanente “retaceo” de las garantías constitucionales.⁽¹⁶⁾ En función de ello, autores como Rocío Cantarero han criticado la asimilación de los menores con los inimputables,⁽¹⁷⁾ ya que —al igual que con estos últimos— esa asimilación no operó para exceptuarlos del poder punitivo, sino para someterlos aún más a sus peores aspectos. No obstante, la situación actual en nuestro país presenta otra característica, por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, gracias al límite de 16 años como edad mínima de punibilidad, ha sido muy excepcional la aplicación de medidas a jóvenes en conflicto con la ley penal por debajo de esa edad. Entonces, si hipotéticamente esa edad se redujera, sin duda con ello se ampliaría la red del sistema penal por sobre ese segmento de NNyA.

No se trata, entonces, de tratar a los NNyA como adultos para asegurar que cuenten con las garantías del derecho penal. Si se elige ese camino, junto con las garantías vendrá la aplicación cruda del sistema penal con todos sus efectos nocivos ya conocidos y con el “manto de legitimidad” de aplicar garantías formales en el proceso. En realidad, debería avanzarse hacia el reconocimiento de que la capacidad de culpabilidad en NNyA es sensiblemente más reducida que en un adulto y que, por debajo de un cierto umbral, es tan insignificante que no habilita la imposición de pena. Y a partir de ese reconocimiento, denunciar el fraude de las etiquetas y buscar reducir al mínimo la aplicación de poder punitivo —bajo el nombre que sea— a niños, niñas y adolescentes.

(15) ZAFFARONI, EUGENIO R., *Derecho Penal, Parte General*, Bs.As., Ediar, 2000, p. 189 y ss.

(16) Al respecto, el conocido pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, del 2/12/2008.

(17) CANTARERO Rocío, *op. cit.*, p. 127.

Valoración probatoria y capacidad de culpabilidad

Necesidad de la deconstrucción judicial de los dictámenes periciales y de la penetración del análisis epistemológico y de las garantías en esos medios de prueba (a propósito de la supervivencia del alienismo positivista)

por **JUAN CARLOS SECO PON**⁽¹⁾

I | Introducción

El primer objetivo referirá al peritaje en orden a la capacidad psíquica de culpabilidad. Al respecto, se requerirá del auxilio de la criminología y la epistemología para tratar deslegitimar ciertos dogmatismos que invisibilizan muchos mecanismos de ejercicio arbitrario de poder. Dicho en otras palabras, la intención es desenmascarar y desandar prejuicios, mitos y

(1) Abogado, UBA. Ayudante de 2da. en "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal". Secretario letrado de la Defensoría General de la Nación.

racionalizaciones que, generalmente, cunden y se enquistan en el ideario social (y, muchas veces, también en el profesional forense y judicial), merced a las ansias de control total del credo positivista.

En definitiva, se propone operar sobre los habitus ya que "...todo lo que está ahí está sacralizado, siempre de alguna manera está propuesto como Dios: esto es Dios, esto no se discute, esto es así".⁽²⁾

Así, sólo resta aclarar que por principio de culpabilidad tomaremos la actual definición de la CSJN, que entiende que

"...recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., (...) base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853-1860. De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. (...) Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros..."⁽³⁾

(2) Ver FEINMANN, JOSÉ PABLO, *La filosofía y el barro de la historia*, Bs. As., Planeta, 2009, p. 20.

(3) CSJN, Fallos: 328:4343.

2 | Los dictámenes periciales en orden a la capacidad psíquica de culpabilidad: epistemología, garantías y valoración (a propósito del alienismo positivista)

2. 1 | El positivismo

En primer lugar, cabe empezar por estudiar el positivismo, cuyo su principal momento histórico fue la última parte del S. XIX y primera del XX; con qué otras ideas anteriores se conecta y hace simbiosis; y cómo remozado —con nuevos y viejos socios— se mantiene en la actualidad.

Para ingresar a estas cuestiones, una célebre frase de Nils Christie: “El éxito del control se relaciona con la habilidad para simplificar estructuras de valor”.⁽⁴⁾

Así, con el positivismo, “El mundo de los valores (...) se reduce al mundo de los hechos, a la única realidad en que pueden ser percibidos por los sentidos y analizados científicamente...”.⁽⁵⁾ Con ello, “La posibilidad técnica de dominar a la naturaleza parece trasladarse a las relaciones con otros”.⁽⁶⁾ En efecto, el paradigma positivista —sobre todo cuando es llevado al terreno social— deviene en el campeón de la simplificación/cosificación y deshumanización del mundo.

Foucault nos habla del auge de esta escuela conectándola con el evolucionismo, el poder y la lógica de la guerra:

“...el evolucionismo, entendido en un sentido amplio (...), se convirtió con toda naturalidad, en el siglo XIX, al cabo de

(4) Ver CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito*, 2ª edición, traducción de Sara Costa, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, p. 173.

(5) Ver PAVARINI, MÁXIMO, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, traducción de Ignacio Muñagorri, Bs. As., Siglo XXI, 1999, p. 51.

(6) Ver ANITUA, GABRIEL IGNACIO, *Historia de los pensamientos criminológicos como historias del presente de diversos discursos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2005.

algunos años, no simplemente en una manera de transcribir en términos biológicos el discurso político, no simplemente en una manera de ocultar un discurso político con ropaje científico, sino realmente en una manera de pensar las relaciones de la colonización, la necesidad de las guerras, la criminalidad, la locura y los fenómenos de la locura y la enfermedad, la historia de las sociedades con sus diferentes clases, etcétera. En otras palabras, cada vez que hubo enfrentamiento, crimen, lucha, riesgo de muerte, existió la obligación literal de pensarlos en términos del evolucionismo”.⁽⁷⁾

La presencia de la idea totalitaria del control del todo es evidente. El paradigma inquisitivo,

“...posteriormente laicizado, al suprimir a Dios dejó como bien supremo el saber mismo, con lo cual ... se reemplazó a Satán por la ignorancia (...) el sujeto cognoscente seguirá sin detenerse ante la violencia sobre el objeto de conocimiento. (...) por esencia, estará siempre en un plano superior al del objeto de conocimiento (...) surge un saber que busca siempre el poder, o sea, que el sujeto interroga siempre al objeto para dominarlo”.⁽⁸⁾

De esta forma, y en clave peligrosista y de “defensa social”,⁽⁹⁾ el positivismo utiliza como herramienta una activa participación de la psiquiatría en el abordaje de la cuestión criminal. Esto es patente con el positivismo criminológico italiano de Lombroso, Ferri y Garófalo (el más claro exponente de ese momento):

“El extraño o enemigo, tanto el criminal grave como el disidente, volvió a ser biológicamente inferior, no en razón de género

(7) Ver FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad —Curso en el Collège de France 1975/1976—*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 232/233.

(8) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 39/40.

(9) Según PAVARINI, la “defensa social” es un interpretar a la sociedad como “...realidad orgánica que se funda en el consenso alrededor de los valores y de los intereses asumidos como generales, o sea que significaba proponer a la sociedad como un bien y a la desviación criminal como un mal y por lo tanto a la política criminal como legítima y necesaria reacción de la sociedad para la tutela y la afirmación de los valores sobre los que se funda el consenso de la mayoría...”. De esta forma, se procura una sociedad que se “defiende” del crimen. Ver PAVARINI, MÁXIMO, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, op. cit., p. 49 y ss.

como en el caso de las brujas, sino por patológico o perteneciente a una raza no suficientemente evolucionada (es un colonizado nacido por accidente en Europa) o por ser un degenerado (producto involutivo de una raza superior). (...) El enemigo o extraño no era para el positivismo alguien señalado como tal por el poder, sino por la naturaleza, pretendiendo de este modo la existencia óptica del enemigo".⁽¹⁰⁾

Es más, adviértase que mientras se consolida el positivismo se termina de arraigar un cambio en la forma de ver al autor de un delito: "...la figura del criminal pasa del bandolero romántico, del sujeto astuto e inteligente, a una persona de características imprevisiblemente antinaturales: al parricida, al loco imprevisible, al vengador que comete crímenes contrarios a la naturaleza".⁽¹¹⁾ De hecho, resulta clara la relación con el momento histórico de intensificación de acumulación capitalista y consiguiente reforzamiento de la exclusión del pueblo (más todavía cuando para los positivistas "...las grandes mayorías eran clases potencialmente peligrosas que estaban excluidas de la ciudadanía real e incluso formal").⁽¹²⁾ Justamente, la exaltación de la figura del "delincuente atroz" como regla general, era lo ideal al orden que se imponía (profundizándose la mirada del "delincuente" como un individuo que representaba una seria amenaza al orden social y moral predominante⁽¹³⁾ —un sujeto peligroso, extraño al entramado social⁽¹⁴⁾ y biológicamente inferior—). La Argentina, más allá de sus propias características de país periférico, no era ajena a esta situación: tanto en el *Martín Fierro* de José Hernández como en las crónicas policiales de principio de siglo XX, se verifican varios ejemplos de esos momentos (tal el caso de la generalización mediática de los crímenes de Cayetano Santos Godino —conocido popularmente como el "petiso orejudo"—, que tuvieron un amplísimo poder de alarma social).

(10) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., *El enemigo en el derecho penal*, op. cit., p. 91.

(11) Ver TEDESCO, IGNACIO F., *El acusado en el ritual judicial. Función e imagen cultural*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2007, p. 433.

(12) Ver ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, op. cit., pp. 44/45.

(13) Ver TEDESCO, IGNACIO F., *El acusado en el ritual judicial. Función e imagen cultural*, op. cit., sobre todo referencia a Melossi ("Changing Representations of the Criminal", en *British Journal of Criminology*, n° 40, 2000, p. 296).

(14) Ver ANITUA, GABRIEL IGNACIO, *Historia de los pensamientos criminológicos como historias del presente de diversos discursos*, op. cit., p. 183 y ss.

Como se ve, denunciar los lazos de dominación que encierra el paradigma positivista es siempre primordial.

De esta forma, cabe destacar que para el positivismo jurídico (que sigue la misma matriz que el criminológico)

“Lo importante son las figuras, las instituciones, los conceptos jurídicos, no vistos como sedimentos o precipitados históricos, que alguna vez tuvieron origen (...), sino como categorías inmutables, dotadas de una ‘esencia’ rígida, de la que es posible sacar conclusiones por vía deductiva (...) [resultándole] fundamental hallar el casillero adecuado, porque una vez que hemos alojado en él nuestro problema todo lo demás está resuelto en la forma de una serie de juicios analíticos”.⁽¹⁵⁾

Todavía más, hasta trae consigo la errónea idea de

“...que el Derecho constituye algo así como un mundo autónomo, que existe en sí y de por sí (...), y lleva a los científicos a prestar escasa atención al funcionamiento real de las instituciones jurídicas, a desinteresarse de las consecuencias que producen la aplicación de los preceptos, a no preocuparse por el impacto que las normas y las prácticas jurídicas tienen sobre la estructura social de que se trata...”.⁽¹⁶⁾

Esta última concepción todavía hoy continúa bastante arraigada (el derecho como área del conocimiento sigue siendo muy formalizante,⁽¹⁷⁾ y aún lejos está de humanizarse en plenitud).

(15) Ver CARRIÓ, GENARO, “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”, en *Revista Lecciones y ensayos*, vol. VI, 1957, pp. 27/37 (publicado nuevamente en *Academia*, año 1, n° 2, primavera, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2003).

(16) *Ibid.*

(17) Nótese, para terminar un poco con la caracterización, cómo lo rígido y absoluto del paradigma positivista hace que en materia de educación (especialmente en derecho) se vea a los estudiantes como seres vacíos (a quienes hay que llenar con contenidos, categorías nosológicas, etc.), y no como personas pensantes y libres.

2.2 | Secuencia/relación inquisitivo-positivismo-funcionalismo sistémico

Las sociologías funcionalistas sistémicas de la década del 50 en adelante, que a su vez nutrieron y dieron vida a las todavía actuales teorías institucionales del derecho, terminaron habilitando un importante reservorio para un positivismo más amalgamado con estos tiempos. En cuanto a estas concepciones, se caracterizan por terminar afirmando —ingenua o maliciosamente— que “El derecho define la configuración de la sociedad”⁽¹⁸⁾ —es decir, conciben al derecho como teoría estructural de la sociedad—⁽¹⁹⁾ y, a peor de males, colocan esa función en cabeza del sistema penal (lo que torna patente que representa una carga que este último no puede ni debe soportar).⁽²⁰⁾

En efecto, en materia penal, estas teorías “...de cierta forma vuelven al idealismo alemán (neokantismo y hegelianismo) (...) Para ello tienden un puente a la sociología teórica que menos peligro representa para la legitimidad del poder punitivo (...) la teoría sistémica de la sociedad (...) [y] su acento en los datos de estabilidad, que es justamente lo que les permite sostenerla como un sistema, muchas veces demasiado cerca de un organismo”.⁽²¹⁾ Todavía más, estas ideas son netamente platónicas, toda vez que Platón defendía todo lo que reafirmara la estabilidad y el poder del Estado: “Porque para él, el individuo es un ser del todo inferior (...) Sólo le interesa la colectividad como tal; y la justicia, para él, no es sino la salud, la unidad y la estabilidad del cuerpo de la colectividad”.⁽²²⁾

(18) Ver MÜSSIG, BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, p. 36.

(19) *Ibid.*, p. 34 y ss.

(20) Y ello, sin perjuicio de la desnaturalización del principio de última *ratio* que estas tesis aparejan.

(21) Ver ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2002, p. 346. Esos autores agregan: “Es la máxima de quienes pretenden que el programa moderno está acabadamente realizado (...) que lo que es, es como debe ser (...) al aceptar y legitimar los elementos estructuralmente negativos de poder punitivo y ponerlos en positivo (...) se convierte en una teoría antiética: el supremo valor es el sistema y todos los otros valores son meros instrumentos”, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

(22) Ver POPPER, KARL, “El individualismo contra el colectivismo” (1945), en Millar, David (comp.), *Escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 370.

Niklas Luhmann, quien fue el sociólogo más representativo del funcionalismo sistémico radicalizado, resulta un claro ejemplo: invierte totalmente el imperativo kantiano que proscribe la instrumentalización del hombre. El hombre es mediatizado y el sistema se vuelve el fin en sí mismo (el más grande y superior a todos). Sostiene que “Las ‘comunicaciones’ (y no las ‘acciones’), son los ‘elementos constitutivos’ de los sistemas sociales”,⁽²³⁾ lo que lleva a una sociología sin personas,⁽²⁴⁾ marcadamente organicista,⁽²⁵⁾ y totalmente servicial al *statu quo*.⁽²⁶⁾ Efectivamente, valiéndose del mecanismo botánico de la autopoiesis,⁽²⁷⁾ Luhmann pretende que “El sistema social (...) al igual que todo organismo vivo, se define por la constancia (conservación

(23) Ver ZOLO, DANILO, “Autopoiesis: crítica de un paradigma posmoderno”, en *Zona Abierta* n° 70-71, traducción de Leopoldo Moscoso, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, pp. 203/262 (con cita expresa a Luhmann).

(24) Luhmann opta por la aberrante idea de dejar de lado una sociedad compuesta por personas, lo que nuevamente hace ineludible calificar a su teoría como epistemológicamente idealista (“La exclusión del actor vuelve a su teoría antirrealista”). Ver, en tal sentido, HOMMODOLARS, RAÚL, “La teoría Sociológica de Niklas Luhmann” (ensayo basado en el libro *Poder* de Luhmann). Ver texto en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/La%20teoria%20Sociologica%20de%20Niklas%20Luhmann.pdf>, consultado el 16/06/2013). Es que existen ciertas cosas en el mundo que son —sin perjuicio de las diferentes formar y abordajes a la hora de discutir sobre ellas—, por lo que debe rechazarse la propuesta de Luhmann.

(25) Al respecto, ver LUHMANN, NIKLAS, “Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general”, en *Antrophos*, traducción Javier Torres Nafarrate, Barcelona, Universidad Iberoamericana, 1996; MATURANA H. y VARELA, F., *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1994; y MATURANA H. y VARELA, F., *De máquinas y seres vivos*, Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1995 —que refiere al trabajo original de 1971—.

(26) Foucault decía: todo se trata de una racionalidad que recorre la senda de los cálculos, engaños y estrategias: “...la de los procedimientos técnicos para mantener la victoria, para hacer que la guerra, en apariencia, se calle, para conservar o invertir las relaciones de fuerza. (...) racionalidad que (...) va a ser en el fondo cada vez más abstracta y a estar cada vez más ligada a la fragilidad y a la ilusión, y también a la artimaña y a la maldad, de quienes tras haber conseguido por el momento la victoria ocupar un lugar ventajoso en la relación de dominación, están muy interesados en no ponerlas más en juego”, en *Defender la sociedad —Curso en el Collège de France 1975/1976—*, *op.cit.*, p. 59/60.

(27) Luhmann biologizó totalmente el planteo mediante la categoría de la autopoiesis, ideada por los biólogos chilenos Varela y Maturana. De ambos, Danilo Zolo denuncia que utilizan “...—un lenguaje irremediamente metafísico, si no incluso “teológico”—, la esencia de la vida individual, la condición necesaria y suficiente de la existencia física de los organismos vivos”. Además, en referencia a la autopoiesis, Zolo se pregunta: “...cómo puede ser posible que un modelo abstracto de relaciones constituya la interna y secreta cualidad esencial de los seres animados; que sea antológicamente, la condición causal de su existencia física”. Ver ZOLO, DANILO, “Autopoiesis: crítica de un paradigma posmoderno”, *op. cit.*

y reproducción en una organización autorreferente)...”⁽²⁸⁾ defendiendo como único criterio de verdad “(...) la eficacia en cuanto al mantenimiento del equilibrio interno del sistema (...) legitimación a priori del sistema y de su equilibrio, que no admite réplica”⁽²⁹⁾ (que se realizaría a través de la selección y reducción de complejidades del entorno al sistema —que, justamente, somos todos nosotros—).

Resulta patente que esta tesis de los sistemas trata de disfrazar la ausencia de libertad que busca,⁽³⁰⁾ negando con ello lo mejor de la filosofía kantiana (que “... hizo hincapié en las bendiciones implícitas en el hecho de la desigualdad humana. Vio en la variedad y en la individualidad de los caracteres y de las opiniones de los humanos, una de las principales condiciones del progreso, tanto moral como material”).⁽³¹⁾ De esta forma, se pierde totalmente la perspectiva de lo humano individual, y se pasa a un estado de fungibilidad en torno a las personas (si hasta se ha llegado a confesar la utilidad de la aplicación de la cibernética en estos modelos —justamente, la prueba más clara de que promueven a la automatización del ser humano—).⁽³²⁾

Como se ve, todo esto significa un reenvío circular hacia el poder (que se realiza por medio de la comunicación, dado que “...la función de un medio de comunicación es transmitir complejidad reducida”).⁽³³⁾ Así, para este sociólogo que se viene criticando, “Es más típico y satisfactorio considerar al poder, (...) como a cualquier otro medio de comunicación, como algo que limita la gama de opciones del otro (...) [y] (...) acaba con la discrepancia”.⁽³⁴⁾

.....

(28) Ver ZAFFARONI; ALAGIA; y SLOKAR, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 349.

(29) *Ibid.*, op. cit., p. 347.

(30) “No obstante, Luhmann pretende trascender el carácter ideológico y valórico que puede llegar a tener el análisis crítico del poder y la coerción, (...) confinando a dicha perspectiva al orden de lo ideológico y lo político”. Ver HOMMODOLARS, RAÚL, “La teoría Sociológica de Niklas Luhmann”, op. cit.

(31) Ver POPPER, KARL, “La defensa del racionalismo” (1945), en Millar, David (comp.), *Escritos selectos*, op. cit., p. 41.

(32) En este sentido, autopoiesis y cibernética van de la mano, toda vez que un concepto fundamental de la última es el de retroalimentación.

(33) Ver LUHMANN, NIKLAS, *Poder*, traducción de Luz Mónica Talbot, Barcelona, Antrophos/ Universidad Iberoamericana, 2005, p. 16.

(34) LUHMANN, NIKLAS, *Poder*, op. cit., pp. 17/18.

Siguiendo ese norte, "...le otorga vital importancia al hecho de que los medios de comunicación⁽³⁵⁾ se expresan socialmente como la manifestación de una generalización simbólica, que atañe a la sociedad como un todo, desechando así el análisis de los casos particulares de la interacción entre individuos...".⁽³⁶⁾ Así, para Luhmann, "La reducción de la complejidad (...) la comunicación (...) por medio de la generalización del código constituye, en definitiva, a lo que denominamos como poder. En otras palabras, el ejercicio del poder se concretiza en el proceso mismo de la comunicación".⁽³⁷⁾

Entonces, "...su único objetivo es su propia reproducción y subsistencia, no tiene en cuenta para ello que tenga o no sustento en el consenso social ni procura algún fin extrínseco...".⁽³⁸⁾ La legitimación del *statu quo* y defensa de las actuales relaciones de poder-comunicación resultan evidentes.

Todavía más, realza al poder con un catalizador, y dice: "Los catalizadores (...) finalmente producen una ganancia de tiempo que es siempre un factor crítico para la construcción de sistemas complejos".⁽³⁹⁾ Es decir, el

(35) Es aquí donde, precisamente, debemos recurrir en defensa del sujeto: como dice José Pablo Feinmann, también tenemos que luchar siendo cartesianos: "...creamos solo en lo que nosotros creemos y no en lo que nos hacen creer sofocantemente todo el tiempo por medio de los dogmas establecidos por la revolución comunicacional. (...) que es un gigantesco sujeto absoluto que constituye todas nuestras conciencias: nos da imágenes, contenidos, ideas, problemas, temas de debate, dispone la agenda. Nuestras conciencias son conciencias pasivas, reflejas, que discuten lo que quiere que se discuta, que ven lo que quieren que se vea, que piensan lo que quieren que sea pensado". Ver FEINMAN, JOSÉ PABLO, *La filosofía y el barro de la historia*, op. cit., p. 19.

(36) Ver HOMMODOLARS, RAÚL, "La teoría Sociológica de Niklas Luhmann", op. cit.

(37) Ver HOMMODOLARS, RAÚL, "La teoría Sociológica de Niklas Luhmann", op. cit. Nótese, también, como se inserta la lógica de los medios masivos de comunicación (que transmiten y representan los sucesos penales al público dentro de sus propios intereses y dinámicas editoriales, seleccionando y construyendo los mensajes sobre las sanciones que deben transmitirse al público — ver GARLAND, DAVID, *Castigo y Sociedad Moderna*", México, Siglo XXI, 1999, p. 300—). Además, la comunión con el paradigma funcionalista sistémico resulta patente, toda vez que es en sí mismo (al igual que la filosofía de los grandes y modernos medios) un mensaje rápido, simple, binario y totalizante (los "flash informativos" son un buen ejemplo de ello). En efecto, la opinión publicada (cada vez más concentrada) simplifica y homogeniza en claro menoscabo del pluralismo (que nunca es simple, sino más bien complejo, y de ahí su riqueza).

(38) Ver RAFECAS, DANIEL E., "Crítica a los conceptos funcionalista-sistémicos de pena y culpabilidad", en http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=5 (con cita a Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 1998 [4ª edición del original alemán, 1994], pp. 105 y ss., 114 y ss. y 564 y ss.).

(39) LUHMANN, NIKLAS, *Poder*, op. cit.; p. 18.

objetivo son automatismos en pos del mantenimiento del estado de cosas, buscando su producción lo más rápido posible (y el paralelismo con el modelo de acumulación capitalista resulta elocuente).

Como se ve, las conexiones con el positivismo, y su supervivencia en esta lógica sistémica, devienen más que palpables. Danilo Zolo sostiene: “No podría expresarse más limpiamente la ambición de la biocibernética de suplantarse a la filosofía de la ciencia en la elaboración de una rigurosa y completa teoría del conocimiento (...) completa, en tanto que capaz de analizar circularmente incluso a sí misma”, lo que evidencia la suscripción “... a un programa protopositivista de rígido reduccionismo biológico”.⁽⁴⁰⁾ De hecho, y más específicamente, la teoría de Luhmann predica que “El axioma autopoiético de la “clausura”⁽⁴¹⁾ se expresa (...) en el sistema jurídico, como “cierre comunicativo” con respecto al ambiente (...) como comunicación normativa, (...) como legal o ilegal, en una alternativa estrictamente binaria”;⁽⁴²⁾ para luego rematar que “En el Estado moderno no tiene vigencia en realidad ningún derecho natural”⁽⁴³⁾ (en tácita negación de los derechos humanos y expresa alabanza al positivismo jurídico). Y aquí es donde todo cuaja perfectamente con el alienismo psiquiátrico/positivista⁽⁴⁴⁾ y sus rígidas categorías nosológicas como únicas pasibles de ocasionar inimputabilidad.

Entonces, si uno de los objetivos del poder viene a ser el de reducir la complejidad del entorno, debe contestarse que lo humano es por naturaleza irreductible. Debe denunciarse que se busca simplificarlos, automatizarlos a través de un sistema de control que mata, fagocita y deshecha⁽⁴⁵⁾

(40) Ver ZOLO, DANILO, *op. cit.*

(41) En rigor, deberíamos decir aquí con Popper, que el conocimiento nunca puede estar exento de las críticas —que son garantías de objetividad— y, de ahí, que lo “abierto” en los sistemas o lo plural —en lo que concierne a las esferas sensibles al poder—, sea tan combatido en esta teoría.

(42) Ver ZOLO, DANILO, *op. cit.*, con cita a Luhmann.

(43) *Ibid.*

(44) Jorge Frías Caballero explica respecto del alienismo que “...esta tesis es estrictamente coherente con sus raíces positivistas”. Ver FRIAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad penal*, Bs. As., Ediar, 1981, p.131.

(45) FOUCAULT trabaja sobre esta cuestión a través del concepto de biopoder: “...se trata, sobre todo, de establecer mecanismos reguladores que, en esa población global con su

(máxime cuando estas teorías buscan que el sistema responda en una forma cada vez más simple, automática, rápida y totalitaria).

A peor de males, pareciera que el sistema sólo nos pide un deber: aceptar acriticamente lo que viene dado y evitar la perturbación del orden imperante (el deber, en este sentido, sería lo más fácil: una constante omisión⁽⁴⁶⁾ hacia el *statu quo* como seguro de estabilidad.⁽⁴⁷⁾ Como dice Boron, "... el materialismo, el conformismo, la despolitización y la apatía, productos fatales de la moderna sociedad burguesa, son los que aseguran ese inmenso poder espiritual...".⁽⁴⁸⁾ En cierta medida, estamos en un mundo a lo "1984"⁽⁴⁹⁾ (una especie de panóptico automático, en el que la celda

.....

campo aleatorio, puedan fijar un equilibrio, mantener un promedio, establecer una especie de homeostasis, asegurar compensaciones; en síntesis, de instalar mecanismos de seguridad alrededor de ese carácter aleatorio que es inherente a una población de seres vivos. (...) se trata (...) de actuar mediante mecanismos globales de tal manera que se obtengan estados globales de equilibrio y regularidad; en síntesis, (...) asegurar (...) una regularización" (ver FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad*, *op cit.*, p. 223). Se trata de la biorregulación estatal que comenzó a finales del siglo XVIII y se consolidó en el siglo siguiente, en la que "La raza, el racismo, son la condición que hace aceptar dar muerte en una sociedad de normalización" (*Ibid.*, pp. 231/232), resultando la guerra la que va a aparecer "...como una manera (...) también de regenerar (...) Cuanto más numerosos sean los que mueran entre nosotros, más pura será la raza a la que pertenecemos. (...) Podríamos decir lo mismo con respecto a la criminalidad. (...) Lo mismo vale para las locuras y las diversas anomalías" (*Ibid.*, pp.. 232/233).

(46) Ver BORÓN, ATILIO, *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Bs. As., Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), Colección Secretaria Ejecutiva, 2003 (ver texto en: <http://www.clacso.org/wwwclacso/espanol/html/libros/estado/estado.html> — consultado 16/06/2013—). El autor cita un pasaje admirable de Tocqueville: "Se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga por sí solo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril (...). Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, y arregla sus sucesiones, divide sus herencias y se lamenta de no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir".

(47) Resulta sospechoso, o casi una confesión, que se admita que lo único importante es que se acepte el derecho "...sin preguntarse porqué ni para qué, es decir que lo fundamental es la disposición a adaptarse a cualquier normativa, sólo porque la normativa es necesaria para el equilibrio del sistema. La aceptación estabilizante de la normación jurídica se opera por distracción (no pensar en ello)". Ver ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *op cit.*, p. 349.

(48) Ver BORON, ATILIO, *op. cit.*

(49) Así, ya en la década del 50 del siglo pasado, George Orwell escribía "Después de haber tomado así alternativamente entre sus poderosas manos a cada individuo y de haberlo formado a su antojo, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera y cubre su superficie con un enjambre de leyes complicadas, minuciosas y uniformes (...) no destruye

es la deshumanización —despersonalización— de los contactos sociales). Se trata de una tecnología del disciplinamiento, en busca de voluntades mansas y complacientes (involuntabilización). De esa forma, se promueve abiertamente que las personas actúen funcionalmente al sistema al adaptarse —subordinar sus consciencias— a roles (cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles a esos fines). Todo esto no es otra cosa que la gran retroalimentación circular que se viene denunciando por distintos pensadores (en la que el rol funcionaría induciendo la asimilación de expectativas mutuas, definidas y estandarizadas).⁽⁵⁰⁾

Nuevamente, resulta palmario cómo esto conecta con el positivismo. El objetivo parece ser el reduccionismo del pensar humano; y a ello se agrega que hoy, como ayer, conceptos tales como comunicación, propaganda, generalización, ejemplificación, predictibilidad, homogenización, etc. (patrimonio de las teorías de los sistemas —y también, en su mayoría, del positivismo—) son por demás funcionales al poder penal, y ahora también a la filosofía sistémica del mercado.

Así, debe repararse en que para estas tesis el conflicto “penal” es entendido como algo eminentemente simbólico, y una de las principales comunicaciones para el poder continúa siendo la pena. De esta forma, fácil es que la vigencia comunicacional de la norma pase a ser un bien (el más importante de todos).⁽⁵¹⁾ En esta clave, ante la afectación o defraudación a esa vigencia, se pretende que el sistema accione aplicando la pena “necesaria”, para que —al mejor estilo hegeliano— se niegue con ello la negación anterior a la norma (lo que vendría a sostener la “estabilidad del sistema”, reequilibrándolo/estabilizándolo,⁽⁵²⁾ por lo que todo pasa a depender casi exclusivamente de la demanda de pretendida prevención). Tanto es así que se ha llegado a afirmar que “...los elementos de

.....
 las voluntades, pero las ablanda, las somete y dirige; obliga raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye, pero impide crear; no tiraniza, pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita y reduce, en fin, a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industrioses, cuyo pastor es el gobernante”.

(50) Al respecto, ver ZORRILLA, RUBÉN H., *Principios y leyes de la sociología*, Bs. As., Emecé, 1998, pp. 200/201.

(51) Al respecto, ver JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona, en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid. Civitas, 1996.

(52) *Ibid.*

interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal”.⁽⁵³⁾ Ello no sólo normativiza e idealiza la cuestión, sino que es un claro ejemplo de la forma en que el funcionalismo sistémico propone que las categorías del delito sean creadas desde la óptica y en beneficio del poder y el estado de cosas reinantes (y, de ahí, que sus ideas, en esa constante pulsión del estado de policía sobre el estado de derecho, siempre estén de alguna forma como “goteando”).

Además, se sigue permitiendo el modelo inquisitivo que vivía en el positivismo (en general se carece de diálogo⁽⁵⁴⁾ y se busca una única verdad, la del poder; resultando patente cómo desde una posición de superioridad se interroga al sujeto para extraerle la “pretendida verdad”).

Nótese cómo, en definitiva, nada es demasiado nuevo: muchos de los discursos (incluso aquéllos anteriores) no son reemplazados por los que aparecen en un momento histórico posterior, sino que persisten en distintas formas.⁽⁵⁵⁾ Así, la secuencia/relación inquisitivo-positivismo-funcionalismo sistémico queda bastante evidenciada.

La irreal y totalitaria premisa del sistema penal como garantía de la configuración de la sociedad es la que se impone, rebasando cualquier límite y contaminando todo el modo de pensar lo social y humano. Se intenta hacer creer que la sociedad toda es lo que está siempre en juego, en peligro; y que con cada infracción penal, sea cual sea —sin importar, aun mínimamente, su graduación—, se pone en tela de juicio la configuración esencial de esa sociedad. Como se ve, lo peor del positivismo ha dejado

(53) Ver CANCIO MELIÁ, MANUEL, “¿‘Derecho penal’ del Enemigo?”, en Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal de Enemigo*, Madrid, Editorial Thompson Civitas, 2003.

(54) La postura ideológica que se analiza “Constituye una posición que interrumpe cualquier diálogo, pues se vuelve a sí misma un discurso autopoietico: pretende que quien acepta que debe haber poder estatal y éste debe tener eficacia, no puede discutir su legitimidad (...) Consiste en una singular interpretación del principio hegeliano fundada en leyes extraídas de la biología” (ver ZAFFARONI; ALAGIA; y SLOKAR, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 349/350).

(55) “Los discursos de esta Historia de los pensamientos criminológicos persisten en la actualidad, aunque algunos de ellos han cambiado sus formas de expresión —en parte, sí, por las críticas recibidas por los otros discursos— sin cambiar el fondo que los sustentaba”, en ANITUA, GABRIEL IGNACIO, *Historia de los pensamientos criminológicos como historias del presente de diversos discursos*, op. cit.

su legado: creer como algo natural, y sin mayor análisis, que la sociedad siempre se halla representada en las estructuras normativas y, especialmente, en la aplicación de las penas.

Existe un positivismo muy vigente, en el que el sistema es construido de una forma que no puede o busca directamente anular en el individuo alguna conciencia puramente individual y, como tal, multifactorial/plural (con lo que se termina por normativizar totalmente el mismo concepto de persona). Todo esto pone en el tapete una alarmante despersonalización y deshumanización de la conflictiva penal (y he ahí otro de los motivos de porqué la culpabilidad —que es donde se “cobra” un injusto en concreto, conforme a la real y específica libertad de una particular persona en relación a aquél—, se torna cada vez más invisible como límite al poder). Entonces, difícil resulta que la “funcionalidad” punitiva no inunde o contamine al derecho procesal (instrumento del derecho de fondo), resultando el restrictivo alienismo positivista una herramienta no sólo compatible con ello, sino también históricamente arraigada en la praxis forense —y, por ende, siempre al alcance de la mano—, lo que necesariamente se refleja en la valoración de los medios de prueba en torno a la imputabilidad, en las concepciones y apreciaciones de los peritos y de los jueces, etc.

2.3 | El alienismo positivista hasta nuestros días

En primer lugar, con Frías Caballero, conviene advertir que en la Argentina el vocablo “alienación” fue importado por Nerio Rojas de Francia durante la primer parte del siglo XX, y

“... fue impuesto a la praxis del derecho por la psiquiatría legal, con una precisa y restringida significación técnica. Según Rojas (...) designa únicamente —como genuinos enfermos mentales— a aquellos que padecen de trastornos intelectuales, esto es, circunscriptos a la razón, mientras que otras perturbaciones (...) de orden afectivo-instintivo o volitivo, sin desmedro notorio en lo intelectual, quedan al margen, para integrar el extenso grupo de los denominados —también con terminología francesa— estado de semialienación”.⁽⁵⁶⁾

(56) Ver FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad penal*, op. cit, pp.131/132.

Así, Frías denunciaba que “De todo esto resulta, lisa y llanamente, que ser inimputable es ser alienado (...) o haber actuado en un estado de aniquilación patológica de la conciencia . Con ello, el total ámbito de la inimputabilidad (...) ha quedado reducido a un problema psiquiátrico...”.⁽⁵⁷⁾

Esta concepción, que entonces viene con la exigencia generalizada de un sustrato orgánico cerebral, pulveriza la estructura óptica de la persona humana, dejando al margen de las “alteraciones morbosas” todo aquello que no afecte a la inteligencia, pero que sí menoscabe otras facultades psíquicas como las emocionales y volitivas. Se realiza así una arbitraria restricción sobre el concepto de salud mental y del ser humano en sí mismo. De hecho, y sin ningún tapujo, otro alienista como Schneider decía: “Los fenómenos psíquicos únicamente son patológicos cuando su existencia está condicionada por alteraciones patológicas del cuerpo”.⁽⁵⁸⁾ De ahí que, como bien señalaba Frías en torno al alienismo (en una descripción lúcida que no podría ser mejor):

“...esta tesis es estrictamente coherente con sus raíces positivistas [y que] (...) este ropaje puramente psiquiátrico, no tiene más que un único objetivo, una única función: separar de antemano, con miras a la apropiada medida aseguradora o de defensa social, los enfermos mentales que delinquen de los delincuentes sanos, a partir de la idea que, al determinismo causal que condiciona la conducta de estos últimos, se añade, en los enfermos, la específica peculiaridad de un causalismo morbo, clínicamente definido. Porque, efectivamente, para el positivismo, unos y otros están determinados en su conducta; unos y otros son responsables al modo positivista. Lo único que interesa, en consecuencia, es la especie del tratamiento defensivo o asegurador adecuado (...), según el grado mayor o menor de peligrosidad...”.⁽⁵⁹⁾

En esa misma clave, Vicente P. Cabello criticaba que para un alienista “...el sujeto presenta un cuadro mental no clasificado de alienación. Por tanto, ha comprendido la criminalidad del acto, pudiendo dirigir sus

(57) *Ibid.*, p. 132.

(58) Ver SCHNEIDER, KURT, *Las personalidades psicopáticas*, Madrid, Ed. Morata, 1980, p. 32.

(59) Ver FRÍAS CABALLERO, JORGE, *op. cit.*, p. 133.

acciones" (eran imputables los neuróticos, las personalidades psicopáticas, los postencefalíticos y postraumatizados, los esquizofrénicos residuales, los toxicómanos, los débiles mentales, los afásicos y preseniles; cualquiera fuera la gravedad de su enfermedad mental).⁽⁶⁰⁾

Por su parte, Frías destacaba que:

"La persona está integrada por las esferas de lo físico, lo biológico, lo psíquico y lo espiritual. (...) el derecho penal recibe al hombre plenario cuya estructura óptica está integrada por cuerpo, alma y espíritu. (...) El derecho penal no juzga al hombre como a una cosa, como a un animal, o como a una mera individualidad psico biológica, sino como a persona humana (...) el derecho penal no inventa ni construye por sí y ante sí la idea del hombre; aunque sí lo haga en cierta medida con la idea de sujeto jurídico. Aún en este caso, sin embargo, el hombre que está detrás es forzosamente el hombre como persona, esto es, el hombre como libertad".⁽⁶¹⁾

Es más, el alienismo siempre ha sido incompatible con la fórmula del art. 34, inc. 1° CP, puesto que en cuanto a la exigencia de posibilidad de comprensión de criminalidad de mi acto, corresponde aclarar que el valor se hace presente en mi conciencia a través de una vivencia emotiva del percibir sentimental (por vía puramente emocional, es decir no de índole racional o intelectual —con lo que se ha sostenido que la inteligencia, por sí sola, es ciega al valor—). Precisamente, ése es el gran acierto, al no utilizarse por nuestra ley ningún concepto con connotaciones racionales o intelectuales, como el de "conocer" o "pensar" o el de "entender", sino el término "comprender", que apunta al modo peculiar de conocer el valor. Todo esto se vincula, a su vez, con el carácter "humano" que tiene todo acto delictivo (que es objeto cultural, un ente complejo, una estructura inescindible integrada por una realidad natural y un sentido valioso o disvalioso).

Por ello, es muy importante no confundir el conocimiento material de la conducta delictiva —el hecho— que, obviamente, requiere de una actividad

(60) Ver CABELLO, VICENTE P., "El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina", en *Revista Jurídica La Ley*, T. 123, p. 1197 y ss.

(61) Ver FRÍAS CABALLERO, JORGE, *op. cit.*, pp. 125/126.

sensible, racional e intelectual, que es una instancia previa y necesaria.⁽⁶²⁾ Lo que se exige a los fines del establecimiento de la capacidad psíquica de culpabilidad es la posibilidad de vivenciar los valores, una verdadera "chance" de "introyectar" o "internalizar" la norma (a ello es lo que se designa legalmente con la potencialidad de "comprensión" de la criminalidad del acto).⁽⁶³⁾

En esa línea, Cabello enseña que pueden mantenerse la indemnidad de las funciones intelectuales y existir aun así

"...profundos y graves trastornos afectivos y volitivos [resultando que] (...) inferir de la circunstancia de que el sujeto haya captado correctamente en el plano intelectual el suceso su capacidad de culpabilidad, es confundir de un modo totalmente arbitrario los conceptos de saber y comprender, pueden presentarse perfectamente alteraciones en el control ético de las conducta (esfera pragmática) pero sin trastornos intelectuales (esfera práxica), siendo la disfunción afectiva tan importante como la mental (...) [para finalizar agregando que] reacciones impulsivas endógenas, violentas, imperiosas, aberrantes y repetidas, pueden darse en personas (...) plenamente conscientes".⁽⁶⁴⁾

En consecuencia, sentado lo anterior, resulta ineludible advertir que a diferencia de lo que sucede con las enfermedades mentales "clásicas" alienantes, que generalmente han abierto la puerta a la medida de seguridad penal (es decir, a otra punición encubierta, y encima indeterminada),⁽⁶⁵⁾ la inimputabilidad total por una afección mental que en alguna forma u aspecto sea transitoria o concierna a la faz volitiva o la afectiva (como afecciones psicológicas, estados puerperales, emociones violentas, intoxicaciones, situaciones

(62) Ver FRIAS CABALLERO, JORGE, "Algo más sobre la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas en el Código Penal argentino (A propósito de una sentencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal)", en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-B, pp. 988/989.

(63) Ver, en tal sentido, ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 690 y ss. La doctrina mayoritaria también coincide al respecto.

(64) Del voto en disidencia de los doctores Fayt y Zaffaroni en Fallos 331:636 —"R.T."— (con cita a CABELLO, VICENTE, *Impulsividad Criminal*, op. cit., T. 119, p. 1261).

(65) Ello por más que en ciertos excepcionalísimos casos la coacción administrativa directa pueda utilizar la medida de seguridad, pero (a mi criterio) siempre debería inundarse el instituto con las garantías y controles de la nueva Ley de Salud Mental (26.657).

de drogadependencia, etc.) presenta un terreno mucho menos fértil para el intento de algún basamento clásico positivista/peligrosista⁽⁶⁶⁾ para una medida de seguridad. He ahí entonces la funcionalidad y longevidad del alienismo, puesto que si sólo un “alienado” (alguien que padece una enfermedad de marcada gravedad, no transitoria, que conlleva comúnmente la afectación de la faz intelectual y, con ello, la pérdida o restricción de la noción/contacto con la realidad —de ahí su sinonimia con la enajenación—) puede ser inimputable, y a ellos —de alguna forma— muy probablemente el sistema les esté reservando la medida de seguridad del art. 34 CP;⁽⁶⁷⁾ para todo el resto de casos de inimputabilidad psíquica no se efectuará ese reconocimiento de la afección inculpante (puesto que allí la medida de seguridad del art. 34 CP sería, en general, más difícil de racionalización, y una mucho más rápida⁽⁶⁸⁾ o inmediata libertad se impondría más claramente). De esa manera, a estos últimos, y gracias al alienismo del siglo XX/XXI, se les “cierra” lisa y llanamente cualquier chance de inocencia por inculpabilidad

(66) Ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia del peligrosismo que es un concepto de cuño positivista “...enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución...” (Fallos: 328:4343).

(67) El artículo 23 de la ley 26.657 (Ley de Salud Mental), que fuera promulgada a finales de 2010, establece: “El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 ó 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. **Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal**” (el subrayado me pertenece). Asimismo, el art. 34 del Código Penal dispone: “En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

No obstante ello, cabe destacar los importantísimos avances de la nueva Ley de Salud Mental, entre los que se destacan —por ejemplo— el mandamiento para la adecuación de los “manicomios” a los derechos humanos y garantías establecidos en esta ley, como así también la elección del equipo interdisciplinario como el principal órgano a la hora de evaluar la situación ambulatoria del paciente.

(68) A través de los distintos mecanismos de externación civil previstos en la Ley de Salud Mental —ley 26.657—.

sin medida asegurativa (intolerable para la óptica sistémica), dejando expedita la aplicación de pena propiamente dicha.⁽⁶⁹⁾

Se patentiza lo sistémico y su simbiosis con el positivismo. Efectivamente, se trata de la idea de "...la ley como lugar de lo inapelable..."⁽⁷⁰⁾ (y también de la ciencia como verdad absoluta e incuestionable), donde "...la función del imaginario social es la de fundir y cancelar los cuerpos para su acceso a la ley, construir el lugar temible y a la vez deseable de la ley".⁽⁷¹⁾

3 | Peritajes⁽⁷²⁾ psíquicos y cuestiones previas e instrumentales que hacen a su valoración

Manzini indicaba que siempre debía determinarse si el perito "... sólo ha tenido el cuidado de ser objetivo o si, más o menos hábilmente, ha tratado de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas; si está dotado de suficiente astucia y poder crítico (...) si pertenece a sectas o escuelas (...) que profesan a las meras hipótesis un culto igual al que sólo merece la verdad aplicada a todos".⁽⁷³⁾ En esta lógica, también deben escudriñarse "...las deficiencias en el raciocismo, su oscilación entre posiciones científicas diversas (...) y el sustento de los métodos científicos empleados (...) si

(69) Mientras que, por un lado, la culpabilidad se construía, por el otro lado, se afianzaban las medidas de seguridad, en un claro contrapunto. Al respecto, ver HEGGLIN, MARÍA FLORENCIA, *Los enfermos mentales en el derecho penal*, Bs. As., Ed. del Puerto, 2006.

(70) Ver LUNA, OSCAR, "Adolescencia, el riesgo como cultura, el no lugar como destino", en Juan Dobon y Iñaki Rivera Beiras (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2006, p. 125.

(71) Ver MARÍ, ENRIQUE, *Derecho y psicoanálisis. Teorías de las ficciones y función dogmática*, Bs. As., Edicinal, 1994, p. 66.

(72) "La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos (...), útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [es decir] (...) conocimientos propios de una cultura profesional especializada" (ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *La Prueba en el Proceso Penal*, Bs. As., Lexis Nexis, 2008, pp. 67 y 68, respectivamente).

(73) Ver MANZINI, VICENIO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Aferra Redín, Bs. As., Ejea, 1952, p. 412.

el informe es preciso, coherente o contradictorio; si hay nexo lógico entre las premisas y la conclusión".⁽⁷⁴⁾

Además, cabe señalar que "Cada observador trae consigo ciertas disposiciones, expectativas, posturas, que determinan como han de ser unidos unos con otros determinados estímulos. Luego hay actitudes de percepción, conformadas por experiencias anteriores, necesidades, posiciones de valor, que influyen en la organización de lo percibido..."; siendo que, muchas veces, se produce un proceso de reacoplamiento: "...la primera impresión, condicionada a su vez por expectativas del observador, fija el comportamiento en relación al observado, quien provoca variaciones en su comportamiento (...) de forma que tiende a jugar el papel que se le ha adjudicado en una primera impresión".⁽⁷⁵⁾ Por ende, no debe nunca relativizarse el "background" ideológico que el observador/perito pudiera traer consigo⁽⁷⁶⁾ (cuando, como se acaba advertir, la porción de la realidad que ve el observador es recibida a través de sus sentidos subjetivos y con las antiparras del grupo cultural al que pertenece).

En síntesis, hoy ya no se discute que "...la formación, el contexto cultural, el sistema de valores, las actitudes y preferencias personales del psiquiatra son citadas como circunstancias que condicionan sus respuestas"⁽⁷⁷⁾ (obviamente que la magistratura, en su función, tampoco escapa a lo que se ha venido explicitando: sus integrantes también traen su "historia" —que, en parte, los determina—).

De ahí que, aunque sea un tanto latente, de alguna forma, y al final de cuentas, se "...divide a la humanidad (...) entre los muy pocos que comparten la razón con los dioses y los muchos que no (como dice Platón); entre los muy pocos que están cerca y los muchos que están lejos; entre

(74) Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *La Prueba en el Proceso Penal*, op. cit., p. 95.

(75) Ver HEGGLIN, María Florencia, *Los enfermos mentales en el derecho penal*, op. cit., p. 85 —con cita a Hilde Kauffman (1979, p. 53).

(76) En su disidencia ya citada de Fallos 331:636 "R.T.", Fayt y Zaffaroni destacan, con cita a Mariano Castex, que en todo estudio de la psiquis, el sesgo, el prejuicio, la ideología y los márgenes de error están siempre presentes en mayor o menor escala.

(77) Ver HEGGLIN, María Florencia, *Los enfermos mentales en el derecho penal*, op. cit., p. 85 —con cita a Calcedo Ordoñez (1982, p. 46); Mengual I Lull (1987, p. 192).

los que hablan la intraducible lengua de nuestras emociones y pasiones y aquéllos cuya lengua no es nuestra lengua. En cuanto hemos caído en esta actitud, el igualitarismo político se vuelve casi imposible".⁽⁷⁸⁾ Entonces, con todo lo ya dicho del alienismo y su supervivencia, lo que se acaba de transcribir es siempre algo a combatir y a tener muy presente; más todavía cuando es sabido que todo acto discursivo, de conocimiento, es también un acto de poder.

Estos reparos no hacen más que demostrar porqué el régimen de la "sana crítica", en materia de valoración de la prueba, puede operar como una resistencia al positivismo y su sistema de la "prueba legal". Es que la primera de las opciones (que es la que actualmente se encuentra vigente en nuestras leyes procesales), se caracteriza por la inexistencia de disposiciones legales que predeterminen el valor conviccional de los elementos probatorios, toda vez que "En el régimen de la sana crítica todos y cada uno de los medios y elementos de prueba introducidos válidamente al debate son 'indicios', en el sentido de que ellos 'indican' cierto grado de probabilidad de que el hecho atribuido sea cierto o no lo sea. Ningún medio o elemento de prueba tiene (...) la capacidad de probar 'plenamente' el hecho...".⁽⁷⁹⁾

En suma, no debe admitirse ninguna totalización, no puede convertirse al perito en un juez paralelo, ya que carece de la legitimación social y constitucional exigible⁽⁸⁰⁾ (debiendo ser el magistrado quien examine por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva, sin poder adoptar en la sentencia los resultados del peritaje, si es que antes no los controló);⁽⁸¹⁾ pero tampoco puede el juez prescindir de su auxilio y de la totalidad de las pruebas arrimadas a la causa. La sentencia debe explicar claramente porqué toma en cuenta el informe pericial y el modo en que lo hace; o, si se aparta del dictamen, las razones y fundamentos que lo llevan a tal conclusión opuesta —siempre a los fines de su control—.

.....

(78) Ver POPPER, KARL, "La defensa ...", *op. cit.*, p. 43.

(79) Ver BOVINO, ALBERTO, *Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Ed. del Puerto, 2005, p. 94.

(80) Ver al respecto, HEGGLIN, MARÍA FLORENCIA, *op. cit.*, p. 162.

(81) En tal sentido, ver ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Bs. As., Del Puerto, 2000, p. 239. También, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, Bs. As., Ediar, 1966, p. 121.

Es decir, el juez es peritos *peritorum*⁽⁸²⁾ y las partes del proceso —querrela, fiscalía y defensa— también controlan el peritaje (para lo que es necesario que brinden el máximo de información posible,⁽⁸³⁾ dando cuenta en forma completa y detallada de todas las razones, y explicitando la relación del total de las operaciones practicadas y sus resultados —arts. 18 CN y 263 CPPN—). Además, es la propia ley la que reconoce las posibilidades de discrepancias entre peritajes, lo que da cuenta de que nada es exacto o lo suficientemente certero como se pretende (el art. 262 del CPPN —como la mayoría de los ordenamientos rituales de nuestras provincias— establece un estudio crítico de la opinión emitida por los expertos actuantes, en primer término —examen que, por tanto, trata sobre el acierto y seriedad científica de los fundamentos expuestos por aquéllos—). Ergo,

“...debe concederse que ante el dictamen psicológico—psiquiátrico, nunca habrá garantías intrínsecas (...), [especialmente cuando] Una larga especialización implica alejarse del núcleo básico de la experiencia humana. Y reduce las probabilidades de que se le preste atención a la totalidad de los valores”, [sumándose que] (...) los sistemas de clasificación —por ejemplo, los psiquiátricos—, terminan creando distancia respecto de la persona sobre la cual habrá de tomarse la decisión; dejando un terreno fértil para un vínculo que bajo las banderas de la asepsia termina ayudando a que el concepto de persona humana declina frente al de ente, u objeto de análisis”.⁽⁸⁴⁾

.....

(82) “...el juicio del perito no vincula al juez, el cual, así como es libre para valorar las otras pruebas adquiridas, puede no aceptar el juicio del perito; se dice comúnmente, para expresar esta libertad de juicio, que el juez es ‘peritus peritorum’ [Empero] (...) esta libertad de decisión, que es la característica más destacada de la función del juez, no debe extralimitarse hasta convertirse en arbitrariedad: en efecto, el juez está obligado a motivar las razones por las cuales no ha considerado oportuno aceptar el juicio del perito, con la consiguiente posibilidad de censura en sede de impugnación...” (ver LEONE, GIOVANNI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T II, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 202).

(83) A decir de Clariá Olmedo: “Esta exposición o relato debe ser total y detallado; vale decir, comprensivo de todas las operaciones o experimentos practicados, sin omitir ninguno de los datos obtenidos y con mención de los distintos pasos seguidos, procedimientos utilizados, materiales, sustancias o instrumentos empleados, y resultados producidos, tanto positivos como negativos” (Ver CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 27).

(84) Ver CHRISTIE, NILS, op. cit., pp. 185 y ss. y 163.

Esto último, que también podría denominarse como “uno de los peligros positivistas”, tampoco es ajeno al resto de los operadores del sistema judicial (jueces, sujetos procesales, etc.).

No existe la observación totalmente imparcial, y las discrepancias y la fiabilidad del diagnóstico es un problema bastante frecuente. Al respecto, resulta subrayable un estudio realizado por Spitzer y Fleiss,⁽⁸⁵⁾ en el que destacan que las causas específicas del desacuerdo en materia pericial psiquiátrica fueron:

“Inconsistencia por parte del paciente: diferencias en la información suministrada por el paciente, y en el momento evolutivo. Las respuestas de los pacientes a preguntas directas a cerca de sus síntomas varían de acuerdo con la manera de preguntar, sus sentimientos de confianza y seguridad, si contestaron antes a esas preguntas, las pistas percibidas que indicarían las respuestas deseadas y el agotamiento. (...) Inconsistencia por parte del diagnosticador: Influirán las diferentes técnicas de entrevista, la valoración de los síntomas observados y relatados y la parcialidad del entrevistador. Las inferencias clínicas precisas o no, se basan en suposiciones, muchas veces inconscientes, comparaciones con otros pacientes, o recuerdos clínicos adecuados o distorsionados según sus experiencias personales. Insuficiencia de la nomenclología: Los criterios poco claros especificados ... y en ocasiones la ambigüedad de la nomenclatura [Aún más,] Spitzer y Fleiss revisaron varios estudios de fiabilidad de interjuicios, y si bien en estos se utilizaron categorías diagnósticas similares, el grado de acuerdo alcanzó niveles satisfactorios sólo en tres categorías: deficiencia mental, síndrome cerebral orgánico y alcoholismo”⁽⁸⁶⁾ (destacando, incluso, que en el estudio participaron profesionales con una formación y preparación semejantes).

Y a ello se agrega que no debe pasar inadvertido que la realidad muestra que, entre los extremos de plena indemnidad de las capacidades y los de absoluto impedimento, existe una gama muy amplia de variabilidad.

(85) Citado por STINGO, NÉSTOR RICARDO y ZAZZI, MARÍA CRISTINA, “Pseudodiscrepancias y discrepancias en los diagnósticos psiquiátricos”, en *Cuadernos de Medicina Legal*, año 1, n° 2, Bs. As., Cuerpo Médico Forense de la CSJN 2002, p. 107.

(86) *Ibid.*, p.107.

Incluso, y esto no es para nada algo menor, los propios médicos forenses sostienen que "...muchas veces, el razonamiento fundante de la opinión médico legal desplaza su apoyatura desde el campo de la realidad psíquica concretamente comprobada, al de constructos teóricos (probables y contingentes) que son informados al lego (...) como si estuvieran animados de plena certeza científica..."⁽⁸⁷⁾ (de ahí, que no sea casual que en la disidencia de Fallos 331:636 —"R.T."— Zaffaroni destacara que llamaba la atención que los profesionales oficiales no hubieran señalado el grado muy relativo de sus conclusiones).

4 | Interdisciplinariedad y psicoanálisis

De otra parte, cabe destacar que la psicología (y, especialmente, el psicoanálisis) han devenido en herramientas importantísimas para el tratamiento de las cuestiones aquí propuestas. Y no es casual que el psicoanálisis haya nacido como una contestación al auge del positivismo psiquiátrico. En efecto, se considera un antecedente clave para su comienzo que Freud llegase a ser alumno de Jean Martin Charcot en el hospital Salpêtrière de París (1885/1886)⁽⁸⁸⁾ en donde se familiarizaría con las investigaciones llevadas a cabo sobre la histeria (las cuales mostraban que, mediante la hipnosis, se podían inducir, suprimir e intercambiar toda clase de síntomas presentes en los cuadros histéricos, sugiriendo —nada más y nada menos— que una etiología psicológica y no orgánica); resultando que, tras años de experiencia, clínica Freud propuso la teoría de que los síntomas histéricos y neuróticos tenían como causa núcleos traumáticos reprimidos en el inconsciente, por ser moralmente inaceptables para el Yo del sujeto (traumas éstos que consistían en uno o varios sucesos de precoz experiencia sexual, perteneciente a la infancia más temprana).⁽⁸⁹⁾

Precisamente, el entorno de la persona es esencial: la psicopatía, el estado de instrucción, la cultura, los conflictos existenciales, el desamparo moral y

(87) En tal sentido, ver GODOY, ROBERTO LUIS MARÍA, "Hacia un nuevo concepto psiquiátrico forense", en *Cuadernos de Medicina Legal*, año 2, n° 1, Bs. As, Cuerpo Médico Forense de la CSJN, 2003, p. 16.

(88) En 1910 se fundó la Asociación Psicoanalítica Internacional, y en 1919 el movimiento psicoanalítico internacional comenzó a extenderse socialmente.

(89) Al respecto, ver FREUD, SIGMUND, *Tres Ensayos sobre Teoría Sexual —Biblioteca Freud—*; Madrid, Alianza Editorial, 2006.

material, deben volcarse como antecedentes o factores predisponentes⁽⁹⁰⁾ (y, más todavía, si han operado negativamente en la temprana infancia, ya que “Estudios de campo en Psicología Evolutiva refuerzan la idea de que ciertos eventos que ocurren en períodos críticos de la niñez, predisponen a conductas violentas en la vida adulta (...) El puente entre lo psicológico y funcional lo constituye ‘el estilo de funcionamiento’ del grupo familiar y de figuras parentales”).⁽⁹¹⁾

Y, en esta clave, resalta la formulación psicodinámica (aquella que trata los factores involucrados en un trastorno mental que pueden ser abordados desde la óptica psicoanalítica y cuyo estudio está en los factores que hacen a los conflictos y relaciones significativas en la vida de una persona), dado que brinda una información adicional al permitir la evaluación de los elementos que han influido en el desarrollo/enfermedad de la persona (es decir, nos habla del sujeto concreto y sus posibilidades).

Esta psicodinámica es la que debe fluir en cualquier sentencia judicial que analice la cuestión. Es también el ejercicio de la interdisciplinariedad que, de la mano de la psicología, lleva necesariamente a otorgar marcada importancia a la historia de vida de quien es peritado, toda vez que ello lo reconoce más como humano. Esto se refuerza a poco que se repara en que “...el Yo no se restringe (caracteropatía) ni se escinde (neurosis) ni se fragmenta (psicosis) de manera arbitraria, sino siguiendo siempre los “planos de clivaje” (o “líneas de fractura”) preestablecidos por su constitución y por la forma en que tramitó sus experiencias infantiles (...) Cada individuo responde al conflicto y al trauma con sus recursos yóicos y sus defensas, y no de otra manera”.⁽⁹²⁾

Fíjese que lo que se ha venido diciendo “...está en consonancia con cierto legado freudiano respecto al amor como motor de la transferencia:

.....

(90) Es claro que, ante el trastorno, “Desde el punto de vista cualitativo, aparecerán fenómenos nuevos a nivel de las ideas, las percepciones y los afectos, muchos de los cuales están supeditados a las variaciones del contexto sociocultural” (ver STINGO, NÉSTOR RICARDO y ZAZZI, MARÍA CRISTINA, “Pseudodiscrepancias y discrepancias en los diagnósticos psiquiátricos”, *op. cit.*, p. 96).

(91) Ver TAYLOR, ESTELA NOEMÍ, “La violencia”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, año 3, n° 2/3, Bs. As., Cuerpo Médico Forense de la CSJN, 2005, p. 77.

(92) Ver RISSO, RICARDO ERNESTO, “Daño psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial”, en *Cuadernos de Medicina Legal*, año 1, n° 2, Bs. As., Cuerpo Médico Forense de la CSJN 2002, pp. 70/71.

(...) Alojjar implica en este sentido constituirse en otro cuyo deseo no sea anónimo, para intentar deconstruir la tragedia silenciada (...) ese otro con quien construir la ilusión de algún posible, diferente por venir".⁽⁹³⁾ El quid, como se ve, siempre está en evitar la simplificación y deshumanización de las estructuras de valor.⁽⁹⁴⁾ El planteo sistémico intenta reforzar la confianza del público en la imagen del sistema penal como proveedor de seguridad y, de ahí, que cada absolución de un incapaz psíquico sin medida de seguridad (para esta lógica) ponga en crisis dicha imagen.⁽⁹⁵⁾ Por ello es que aún hoy resiste la tesis del alienismo.

Esto comprueba porqué debe primar lo interdisciplinario, también como valladar al positivismo: "... 'el Inter' hace referencia al 'entre', a los espacios donde hace agua el mito de la complitud a la que podía aspirar cada disciplina en su bunker, con sus monologismos, sus identidades perceptivas, o el paraíso puro de las verdades objetivas con que el positivismo pinceló el cuadro de las ciencias en la modernidad".⁽⁹⁶⁾

Es patente, entonces, que "Para el dictamen sobre la capacidad de culpabilidad (...) no se puede admitir una preferencia general de la psiquiatría,⁽⁹⁷⁾ resultando elocuente el criterio general de interdisciplinariedad que rige —por ejemplo— en la nueva Ley de Salud Mental 26.657.

No obstante, y lamentablemente, la praxis judicial indica que hoy es muy común que ambos dictámenes finalicen en compartimientos estancos, sin referenciarse mutuamente, y que el peritaje psiquiátrico se limite a indicar que "se adjunta el psicológico".

.....

(93) LUNA, OSCAR, "Adolescencia: el riesgo como cultura, el no lugar como destino...", en Juan Dobón e Iñaki Rivera Beiras (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Bs. As., Del Puerto, 2006, p. 128 (con cita a ULLOA, FERNANDO, *Novela clínica psicoanalítica, Historia de una práctica*", Cap. V, Paidós, 1995).

(94) Como diría Nils Christie.

(95) "...el prejuicio no ha desaparecido en la opinión pública y, por tanto, el poder punitivo — permanentemente comprometido con la generación de ilusiones de seguridad— es puesto en crisis por la absolución de un incapaz psíquico" (ver ZAFFARONI, ALAGIA y Slokar, *Tratado de Derecho Penal...*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 884).

(96) Ver CAMARGO, LUIS, "Transbabel. Prácticas disciplinarias en la era del consumo", en Juan Dobón e Iñaki Rivera Beiras (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Bs. As., Del Puerto, 2006, pp. 111/112.

(97) Ver ROXIN, *op. cit.*, p. 241.

5 | Algunos casos particulares, y ejemplos de la sobrevida de la *inquisitio* y el alienismo positivista

Quizás, antes de referirme a algunos casos en concreto, debiera empezar aquí por patentizar alguna cuestión previa, que ya se ha dejado entrever en los análisis precedentes. Ésta concierne a que, mientras que el acusado cree que el proceso penal se trata de un juicio para él —que lo concierne a él—, el ritual legal resulta direccionado hacia la comunidad (como instrumentalización ejemplificante, de plaza pública y culto al chivo expiatorio). El sujeto acusado es "...considerado un instrumento sagrado (...) a través del cual se generan una serie de procesos de purificación que permiten, gracias a la constitución de un contramodelo, llevar adelante el proceso de democralización, de disciplinamiento, de ejercicio de poder"⁽⁹⁸⁾ (tesis, antítesis y síntesis hegelianas —en su significado de delito, pena y restablecimiento del orden—, como se ve, fueron y siguen siendo utilizadas desde el poder punitivo —evidenciándose su gran compatibilidad y adaptabilidad para con el actual funcionalismo sistémico y su siempre tentadora "defensa" penal del estado de cosas que viene dado—). Puede sostenerse, entonces,

"...que el ritual judicial que tomó sus formas definitivas a finales del siglo XIX terminó por tomar al sujeto acusado, más que como un sujeto de derechos, como un objeto del proceso penal en el que se mantuvieron constantes los objetos sagrados, independientemente de su secularización (...) fue un sujeto sacrificial en el que se depositaron los elementos sagrados, ficciones, e imágenes culturales propias de todo rito judicial. Así fue percibido por el público".⁽⁹⁹⁾

De esta forma, en muchísimos casos, la utilización del imputado como objeto sacrificial de pretendidos efectos tranquilizantes para la población, deviene en una realidad que opera en forma cuasi subliminal.

(98) Ver TEDESCO, IGNACIO F., *El acusado en el ritual judicial. Función e imagen cultural*, op. cit., pp. 440/441.

(99) *Ibid.*, 444/445.

Y a ello se agrega, siguiendo esa línea, que en lo que hace específicamente a los peritajes psíquicos “La atmósfera coercitiva en que se desarrolla la relación entre perito y peritado dificulta conseguir objetividad en la medida. Se trata de una atmósfera creada como consecuencia del carácter imperativo de la evaluación (...) La entrevista, en ese sentido, se aparta de la clásica relación médico-enfermo ...”.⁽¹⁰⁰⁾ Peor aún, “... los peritos oficiales... en algunas oportunidades confunden su misión con la del acusador público (...) Por más repugnancia moral y aversión personal que les produzca el delito y su autor, en ningún caso el dictamen debe dejar traslucir esos sentimientos (...) Muy a menudo, los médicos legistas convierten sus escritos en libretos acusatorios...”.⁽¹⁰¹⁾

Incluso, a veces, hasta puede suceder que de alguna forma se impida la debida y completa intervención y control del perito de parte (en forma un tanto velada, claro, pero en ocasiones respecto de cuestiones importantísimas).

5.1 | Lesión del lóbulo frontal por intento de suicidio y adicción a sustancias

Recuerdo un claro ejemplo de esto último, en el que además los mismos peritos oficiales psiquiatras adoptaron una postura netamente alienista, y predicaron conclusiones como si tuvieran rigor científico cuando no eran más que meras conjeturas netamente subjetivas (algo que viene a reafirmar que la conexión *inquisitio*/positivismo/funcionalismo sistémico punitivista no es una casualidad, sino más bien una causalidad).

En este caso, el informe de tomografía computada del cerebro de la persona imputada⁽¹⁰²⁾ había arrojado la presencia de signos de retracción de ambos polos frontales —imagen porencefálica secuelar en el polo frontal derecho, no descartándose imagen secuelar a nivel de frontal izquierdo—; y los psiquiatras que intervinieron como peritos oficiales destacaron que

(100) Ver HEGGLIN, MARÍA FLORENCIA, *Los enfermos mentales...*, op. cit., p. 86, con cita a Calcedo Ordoñez, 1982, p. 48; y Abenza Rojo, 1994, p. 311).

(101) Ver CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2000, p. 68.

(102) Del delito de homicidio.

evidenciaban la labilidad emocional y el brusco cambio de afectividad,⁽¹⁰³⁾ como también el déficit del control de los impulsos con posibilidades de fracaso en los frenos inhibitorios (y explicaron que lo más significativo era la herida de arma de fuego⁽¹⁰⁴⁾ y el consiguiente resultado de la TAC, aclarando que en el lóbulo frontal es justamente donde descansa la conciencia de sí, la percepción del sujeto y de la relación con su entorno, y la capacidad para adoptar actitudes abstractas y tener un pensamiento alternativo, incluyendo la valorización de distintas posibilidades y la elección de una de ellas). Pese a ello, llamativamente, esos mismos peritos sostuvieron: "...sin embargo no puede descartarse que lo que en la actualidad se constata sea la exageración caricaturesca de su previo trastorno de la personalidad con su policonsumo de sustancias psicoactivas", lo que basaron únicamente en que la persona se les apareció a ellos como falta de respuestas, de memoria, no ubicada en tiempo y espacio y con falta de conciencia de su situación, cuando antes: **"...al aguardar el ascensor para subir nos encontramos con el actor que se hallaba con personal del Servicio Penitenciario, manifestando que venía a ser examinado y otras consideraciones respecto a su situación de detenido"**. Así, concluyeron: **"La fachada falsa es intencional, en consecuencia es elaborada por la corteza cerebral (...) En consecuencia debe descartarse el compromiso del lóbulo frontal, pese a lo cual la TAC muestra el compromiso del mismo. Esto puede comprenderse a expensas de que determinadas conexiones no han sido vulneradas"** (el subrayado me pertenece).

Esta aseveración, más allá de dar cuenta de un claro enrolamiento en el alienismo (como "la fachada falsa es intencional": es decir, conocería y haría lo que quiere; entonces, no hay alienación —el aspecto intelectual no aparece afectado y, para esta tesis, no hay alteración o insuficiencia de las facultades mentales a los fines de la inimputabilidad—), se basó exclusivamente en datos que fueron obtenidos afectando las posibilidades del control de partes sobre la producción de la prueba⁽¹⁰⁵⁾ (recuerdo que había un perito de la defensa interviniendo, la que obviamente no estaba

(103) Lo que dijeron que también podía llegar a presentarse como cambio repentino del placer al displacer, o al ataque o a la huida.

(104) En las actuaciones judiciales no fue controvertido que esa herida se debió a un intento de suicidio, ni tampoco surgió dato alguno que pusiera en duda el dato.

(105) Violación al derecho de defensa efectiva del art. 18 CN.

en el ascensor acompañando a los forenses oficiales). Todavía más, parece un acto de fe, y no una afirmación con seguridad científica, señalar que entonces la fachada "...puede comprenderse a expensas de que determinadas conexiones no han sido vulneradas", y colegir de ello que no existía insuficiencia de las facultades plausible (pese a la tomografía y todo lo que ya se había evidenciado). Tanto es así que, en los hechos, se realizó una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del acusado: siquiera se puntualizó ni justificó qué conexiones habrían quedado indemnes y cuáles no; ni cómo esas conexiones ausentes o presentes habrían jugado en la particular situación psíquica de la persona al momento del hecho enrostrado (incluso, no estaba discutido que tenía —cuanto menos— serios problemas con sustancias psicoactivas, especialmente con el alcohol, y que previo al homicidio había ingerido esa sustancia; resultando que la perito de parte destacó que —precisamente— las conductas adictivas se agravaban en general después de la lesión en el lóbulo frontal).

5.2 | Quería y sabía lo que hacía. Confusión entre conciencia lúcida y conciencia valorativa

En muchísimas oportunidades una acepción ramplona como "sabía lo que hacía y quería" basta para que una persona termine siendo calificada como capaz de culpabilidad (imputable), cuando esto prácticamente nada nos dice sobre esa capacidad, sino que, en todo caso, nos indica que la persona tenía capacidad psíquica de dolo. En efecto, mantener la faz intelectual, en todo caso, habla de una "conciencia lúcida" mas no así de la "conciencia valorativa" (que es, claramente, la que hace a la categoría de la "culpabilidad").

En el mismo caso al que me referí en el acápite anterior, también sucedió que se efectuó un breve análisis criminodinámico por parte de los mismos psiquiatras oficiales. *Supra* ya se refirió bastante al "antes" y, en cuanto "al durante", los peritos afirmaron que existió una valoración, puesto que el imputado escondió y disimuló el arma al envolverla en una remera, apareció en compañía de su hermano, y amenazó y corrió a la víctima hasta agredirla; mientras que, con relación "al después", indicaron que luego de la agresión emprendió la huída. Así, finalmente entendieron que **"... la motivación ponía en evidencia la integridad de la conciencia, manifestando intencionalidad y voluntariedad"** (el subrayado es propio). Empero, tal y como se ha venido denunciando del alienismo, esta lectura

que los peritos propusieron sólo da cuenta que la faz intelectual estaba presente y que podía construir una finalidad adecuando la causalidad exterior a ese objetivo (que conocía e intencionalmente buscaba —o sea el dolo del tipo penal—); mas ello esconde la cuestión de la afectividad de la persona y su voluntariedad, en orden a la posibilidad de comprensión de la criminalidad de la conducta y de adecuar su obrar a esa potencialidad de comprensión (que es lo que, expresamente, demanda el art. 34, inc. 1 CP). De hecho, el tribunal que intervino sostuvo que, del juicio oral, surgía la posibilidad de que hubiera intentado procurarse más tóxico y que ello haya motivado una situación de alta emotividad —a la que, ya se había dicho, era propenso producto de su base psíquica— (máxime cuando la víctima —un amigo del propio acusado—, momentos antes habría, de cierta forma, salido en defensa de un tercero —con quien el imputado previamente acababa de confrontar por el tóxico—).⁽¹⁰⁶⁾

En síntesis, existe un abismo entre conocer y comprender.⁽¹⁰⁷⁾ Es que

“...inferir de la circunstancia de que el sujeto haya captado correctamente en el plano intelectual el suceso su capacidad de culpabilidad, es confundir de un modo totalmente arbitrario los conceptos de saber y comprender, pueden presentarse perfectamente alteraciones en el control ético de las conducta (esfera pragmática) pero sin trastornos intelectuales (esfera práxica), siendo la disfunción afectiva tan importante como la mental...”⁽¹⁰⁸⁾

.....

(106) Esto último también evidencia la necesidad de que los peritajes que se realizan utilizando las declaraciones testimoniales escritas en la causa, se vuelvan a realizar al finalizar la reiteración de las declaraciones en el juicio oral.

(107) Por ejemplo, y sin ningún ánimo de equiparar a un ser humano con un animal (sino, más bien, todo lo contrario), cabe ponderar que un perro puede tener el conocimiento necesario para robar un pedazo de carne sobre una mesa, e incluso tener la “inteligencia” para huir con el botín si es descubierto por alguna persona.

(108) Del voto de los ministros Fayt y Zaffaroni en su disidencia de Fallos: 331:636 (R.T.), con cita a las obras de Vicente Cabello y Mariano Castex. En dicho voto también se citó una sentencia en la que se sostuvo que no respetaba la fórmula del art. 34, inc. 1 CP, el criterio que sostenía que la inimputabilidad “... sería incompatible con la memoria detallada y la concurrencia de ‘intenciones y prevenciones’ perfectamente explicadas por el sujeto, ya que legalmente no puede descartarse que también una combinación de factores endógenos y exógenos pueda ocasionar un cuadro de alteración morbosa que genere el efecto psicológico previsto en la fórmula legal (los desempeños ‘lúcidos’ no son, por cierto incompatibles con determinadas enfermedades mentales)”. SCJBA, “A., M.”, rto. 10/03/1992, en *Revista Jurídica La Ley*, 1992 - E, 91.

Todavía más, en muchas ocasiones suele suceder que se afirma "...obvio que memoriza[ba] porque rec[ordaba] y lo hac[ía] porque vivió consciente el hecho", cuando ello solamente implica conocimiento del acto y no su comprensión o valoración.⁽¹⁰⁹⁾

A mayor abundamiento, cabe destacar que la categoría de la "emoción violenta" se caracteriza por casos en que justamente "El trauma afectivo actúa sobre un terreno predispuesto por una constitución especial o por un estado catatímico, generalmente del tipo de la pasión (amor, odio, venganza). Merced a este terreno, los estímulos adquieren inusitada resonancia, de tal manera que podemos hablar de impresionabilidad exagerada..."⁽¹¹⁰⁾; siendo que "...la conducta violenta siempre es multifactorial. Por lo tanto, su evaluación necesariamente debe comprender el estudio de la persona y del medio ambiente donde dicha conducta ha sido promovida".⁽¹¹¹⁾

Por esas razones, siempre debe recordarse que la "emoción violenta patológica" (directamente como afección de la salud mental en sí misma y no como categoría legal,⁽¹¹²⁾ es pasible de llevar a la inimputabilidad —e incluso a la inconsciencia— si existe una predisposición.⁽¹¹³⁾

(109) La disidencia del caso "R.T" —que ya se ha citado tantas veces—, destacó que en Fallos 304:1808 —un caso bastante similar— la CSJN había criticado muy fuertemente ese razonamiento que colige de la memoria la capacidad de culpabilidad.

(110) Ver CABELLO, VICENTE, "Reacciones diferidas en los delitos por emoción violenta"; "Páginas de ayer", 2004-6, 13, en *La Ley online*, (publicado en *Revista Jurídica La Ley*, T. 108, p.1037, Sec. doctrina, año 1962.

(111) Ver SILBERSTEIN, JOSÉ ALEJANDRO, "La emoción violenta. Aspectos psicológicos de la emoción violenta", en *Revista Jurídica La Ley* 1993-A, 698 (con cita a MALONEY, M. P. "A clinician's guide to forensic psychological assessment", en *The Free Press*, New York, 1985, pp. 81/97.

(112) La "emoción violenta", al igual que el "estado puerperal" (como se denunciara en la disidencia de Fallos 331:636 respecto del último supuesto), no pueden ser *factio iuris* sino reales estados existenciales. Desaparecida la atenuante legal del estado puerperal, no desaparece su incidencia sobre la capacidad de culpabilidad; al igual que respecto de la emoción violenta, no puede exigirse siempre que las circunstancias la hagan "excusable" —tal y como la ley lo pide—. En todo caso habrá que verificar cómo juega la violencia de la emoción sobre la posibilidad de comprender la criminalidad y obrar conforme a ella. El positivismo no debe tener nunca el poder de desaparecer de la faz óptica de la tierra evidentes menoscabos de la salud mental de las personas.

(113) En tal sentido, ver: CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, T. II-B., Bs. As., Ed. Hammurabi, 1982.

6 | Palabras finales

Resulta de prístina importancia destacar que, en el mejor de los casos, “Los diagnósticos en Medicina y en particular en psiquiatría distan de la certeza, se acercan a las probabilidades (...) [por lo que] se hacen presentes los conceptos de B. Russell, cuando expresaba que todo conocimiento humano es incierto, impreciso e incompleto.”⁽¹¹⁴⁾ Esto no escapa tampoco a la psicología ni a la labor judicial. Lo mejor es reparar en la filosofía de Popper (que destila un profundo sentido por comprender la imperfección humana), y también se caracteriza por

“...hacer énfasis (...) en la manera como se adquiere el conocimiento, y en la importancia de la crítica para controlar tal conocimiento: (...) Si una conjetura resiste bien todas las objeciones que podamos oponerle, no hay razón para suponer que no sea la correcta ... [con lo que] El indeterminismo, tanto como el realismo y el objetivismo, constituye una condición necesaria para el buen funcionamiento del método crítico”.⁽¹¹⁵⁾

Es así que “La idea de imparcialidad conduce también a la de responsabilidad; no sólo tenemos que escuchar los argumentos, sino que también tenemos el deber de responder, de contestar, cuando nuestras acciones afectan a otros seres humanos”.⁽¹¹⁶⁾

Lo que debe ser analizado en un proceso judicial a la hora de adentrarnos en la capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad) se escapa bastante del rigor estricto de cualquier forma de conocimiento (más aún cuando nos manejamos con criterios “duros”, formales, etc.), rebasa las variables previstas⁽¹¹⁷⁾ y, a la vez, reclama el máximo de la interdisciplinariedad. Esto implica

.....

(114) Ver STINGO, NÉSTOR RICARDO y ZAZZI, MARÍA CRISTINA, “Pseudodiscrepancias y discrepancias en los diagnósticos psiquiátricos”, *op. cit.*, p. 111.

(115) Ver MILLAR, DAVID (comp.), *Escritos selectos*, *op. cit.* (de la introducción de David Millar).

(116) Ver POPPER, “La defensa ...”, *op. cit.*, p. 46.

(117) No es casual que se haya dicho: “...cuanto más conflictos una sociedad deriva al sistema penal, mayor grado de desintegración comunitaria. Es decir, la remisión al sistema es indicio de incapacidad para resolverlos...”, en HENDLER, EDMUNDO, “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en B. J. Maier y A. Binder (comps.), *El derecho penal hoy*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 1996, p. 375.

“...hacer lugar a lo parcial, lo fragmentario, el resto heterogéneo, al no-todo que quiere decir que no es que hay una parte que le falta a lo absoluto de la cosa, sino que la cosa es imposible”.⁽¹¹⁸⁾ Es necesario interpretar al ser humano real, particular, concreto, de carne y hueso, y hacerlo en toda su extensión multifactorial (mental/orgánica/corpórea, psicológica, espiritual y social).⁽¹¹⁹⁾

Así, por ejemplo, dar cabal significancia y reconocimiento a lo terrible y bochornoso de las condiciones de existencia vital de ciertas personas y su verdadera influencia sobre su “imputabilidad” psíquica/espiritual⁽¹²⁰⁾ (como en muchos de los numerosos casos de personas con serios problemas de adicciones y, más aún, cuando económico/socialmente se agrava todavía más su situación de vulnerabilidad); implicará siempre una capacidad del operador que le permita advertir esa menoscabada dignidad humana del “peritado”/“juzgado”.

Dicho de otra forma, la pregunta sobre la capacidad psíquica de culpabilidad de una persona y sobre si a ella, entonces, le puede ser exigido éticamente que hubiera realizado otra conducta (su chance de comprender la criminalidad del acto y adecuar su conducta a esa comprensión) es, a la vez, un interrogante que sólo tiene chance de respuesta satisfactoria en la medida en que nosotros mismos nos “responsabilicemos”. Una pregunta que sólo podemos abordar debidamente si somos peritos, jueces y partes capaces de mirar cabalmente los derechos humanos de ese otro. En definitiva, la pregunta sobre la capacidad de culpabilidad es también la otra pregunta, la de la “capacidad de humanidad” de los operadores.

Y continuar “capacitando” para ello, justamente, luce también como una de las emergencias primeras.

.....

(118) Ver NICOLETTI, ELENA, “Del riesgo al lazo”, en Juan Dobón e Iñaki Rivera Beiras (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2006, p. 105.

(119) No es casual que se haya dicho: “Un sistema legal sin espacio para maniobrar crea guiones y representaciones como las que se encuentran en los regímenes totalitarios. Todo está determinado, para beneficio de la autoridad”, en CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito*, op. cit., p. 190.

(120) No es casual que en su disidencia de Fallos 331:636, Fayt y Zaffaroni sostengan que en el caso de “R.T.” cabía preguntarse si se tuvo en cuenta que la acusada era un ser humano con sus niveles corpóreo, psíquico y espiritual o simplemente un objeto al estilo del mejor clasicismo penal y predicar; para terminar por concluir que “No puede admitirse que se intente combatir con derecho penal al desamparo”.

Sadismo sexual, fantasía y crimen en el agresor sádico

por MIGUEL Á. SORIA VERDE⁽¹⁾ y SERGIO MORA MONTSERRAT⁽²⁾

I | Introducción

En nuestro mundo compuesto, supuestamente, de seres civilizados, frecuentemente nos encontramos frente a crímenes violentos que ponen a prueba nuestra sensibilidad. Se trata de los realizados con una crueldad y sufrimiento innecesarios —al menos aparentemente—, los que mayor rechazo provocan en nuestra sociedad moderna.

Día a día, a través de los medios de comunicación, conversaciones formales e informales resulta común el empleo normalizado de los términos **sádico** o **sadismo** para hacer referencia a este tipo de conducta de carácter aberrante causantes de repulsión y terror.

En contrapartida, durante los últimos años, el uso cotidiano y en cierto sentido vulgarizado del concepto ha ido provocando irremediabilmente una paulatina desensibilización ante este tipo de violencia extrema, añadiendo confusión hacia la comprensión real de la misma y sus mecanismos motivacionales.

.....
(1) Dr. en Psicología. Universidad de Barcelona. Profesor de Psicología Criminal y Jurídica. Director del Master en Perfilación Criminal y Psicología de Investigación.

(2) Psicólogo. Universidad Autónoma de Barcelona. Postgraduado en Psicología Penal Forense.

Ante esta situación, el objetivo principal del presente análisis es la comprensión de los mecanismos que promueven y regulan la conducta criminal sádica con la finalidad de obtener una aproximación clara y precisa sobre este tema. Para ello se plantea el abordaje de este objetivo desde tres perspectivas diferentes:

- Describir y clarificar el concepto de sadismo sexual en agresores sádicos. Se estima que la prevalencia de sadismo sexual entre los agresores sexuales es relativamente baja. La cifra varía en torno al 2-5%.⁽³⁾ Sin embargo, la estimación puede cambiar significativamente en función del criterio para el diagnóstico utilizado. Así, según Langevin⁽⁴⁾ hablaríamos de hasta el 50% de prevalencia bajo los criterios de Krafft-Ebing.⁽⁵⁾ Por el contrario, siguiendo los criterios DSM-IV-TR, se situaría en el 10% de los violadores y el 30% en asesinos sexuales.⁽⁶⁾ En combinación con el trastorno sádico de la personalidad, hablan de prevalencias que alcanzan el 68%.⁽⁷⁾ Por su parte los estudios realizados con muestras de agresores esencialmente sádicos en sus crímenes, alcanzan una prevalencia de esta parafilia entre el 80-100%.⁽⁸⁾ Esta variabilidad en el número de agresores catalogados como sádicos refleja claramente dos problemas: las diferentes definiciones de sadismo sexual empleadas y la falta de homogeneidad de las diferentes muestras estudiadas.⁽⁹⁾ Por ello resulta clave definir con precisión el concepto de sadismo sexual.
- Entender las propiedades y el rol de las fantasías sexuales, especialmente la sádica, en la promoción de la conducta sexual violenta. De acuerdo con Howitt existen dificultades a la hora de determinar cuál es el rol exacto de la fantasía en la conducta sexual violenta.⁽¹⁰⁾ De forma concordante con Yates no existe

(3) YATES, P.M., HUCKER, S.J., y KINGSTON, D.A., "Sexual Sadism. Psychopathology and Theory", en D.R LAWS Y W.T O'DONOHUE (eds.), *Sexual Deviance. Theory, Assessment, and Treatment*, London, Guildford Press, 2008, pp. 213/230.

(4) LANGEVIN, R., "A Study of the Psychosexual Characteristics of Sex Killers: Can we Identify them Before it is Too Late?", en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 47(4), 2003, pp. 366/382.

(5) KRAFFT-EBING, R., *Psychopathia Sexualis*, New York, Arcade Publishing, 2011.

(6) MARSHALL, W.L. y KENNEDY, P., "Sexual sadism in sexual offenders. An elusive diagnosis", en *Aggression and Violent Behavior*, 8(1), 2003, pp. 1/22.

(7) BERNER, W., BERGER, P., y HILL, A., "Sexual Sadism", en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 47(4), 2003, pp. 383/395.

(8) BRITAIN, R., "The sadistic murderer", en *Medicine, Science, and the Law*, 10(1), 1970, pp.198/207.

(9) MARSHALL, W.L., y KENNEDY, P., "Sexual sadism...", *op. cit.*

(10) HOWITT, D., "What is the Role of Fantasy in Sex Offending?", en *Criminal Behaviour and Mental Health*, 14, 2004, pp. 182/188.

una única explicación específica y clara sobre la etiología de este tipo de fantasía y conducta sádica.⁽¹¹⁾

- Describir las características de los agresores sádicos, sus crímenes y sus víctimas. De acuerdo con diferentes autores, la complejidad de la conducta sádica, debido a sus elementos componentes, es común a otros tipos de agresores y crímenes. En consecuencia deberemos ser muy precisos en seleccionar aquellas características que nos permitan identificar con éxito a este tipo de agresores.⁽¹²⁾

2 | Desarrollo histórico y conceptualización del sadismo sexual

El término **sadismo** fue acuñado originalmente por el psiquiatra de origen austríaco-alemán Richard von Krafft-Ebbing en su clásico estudio sobre las desviaciones sexuales *Psychopathia Sexualis*, de 1886. Krafft-Ebbing fue el primero en ofrecer una clara descripción de esta entidad clínica:

“El sadismo es la experiencia de sensaciones sexuales placenteras (incluido el orgasmo) producidas por actos de crueldad, castigo corporal afligido a la propia persona u observado en otros, ya sean animales o seres humanos. También puede consistir en un deseo innato de humillar, lastimar, herir o incluso destruir a los demás con el fin de crear placer sexual en uno mismo”.⁽¹³⁾

Krafft-Ebbing basó el término **sadismo** en el aristócrata francés Donatien Alphonse François (1740-1814), conocido como Marqués de Sade, quien escribió diferentes obras en donde se describía de forma explícita este tipo de conducta sexual. Las obras más importantes de Sade, *Las 120 jornadas de Sodoma* y *La filosofía en el tocador*, ofrecen docenas de descripciones

(11) YATES, P.M., HUCKER, S.J., y KINGSTON, D. A., “Sexual Sadism...”, *op. cit.*

(12) BARTOL, C.R., y BARTOL, A.M., *Criminal Behavior. A Psychosocial Approach*, New Jersey, Pearson, 2005; CANTER, D. & YOUNGS, D., *Investigative Psychology. Offender Profiling and the Analysis of Criminal Action*, Chichester, UK, Wiley, 2009; HAZELWOOD, R. R., DIETZ, P.E. & WARREN, J. I., “The Criminal Sexual Sadist”, en R. R. HAZELWOOD y A. W. BURGESS (eds.), *Practical Aspects of Rape Investigation. A Multidisciplinary Approach*, New York, Elsevier, 2009, pp. 463/474; HOLMES, R. M. & HOLMES, S. T., *Sex Crimes. Patterns and Behavior*, California, Sage Publications, 2008.

(13) KRAFFT-EBING, R., *Psychopathia...*, *op. cit.*

y referencias al **sadismo** —“Agustine es azotada por los cuatro con toda la fuerza. Su hermoso trasero sangra. El duque se lo jode mientras Curval le corta un dedo, luego Curval la jode también por el trasero mientras el duque le quema con un hierro al rojo seis lugares de los muslos”⁽¹⁴⁾—, quien también escribió sobre “un deseo innato de humillar y herir” característico de todos los seres humanos, y especuló con la idea de que esta fuerza sádica era estimulada por la vergüenza o la timidez innata de las mujeres y era especialmente problemática si el hombre era hipersexual.

En su obra propia obra, mientras tanto, Krafft-Ebbing señala que “la emoción sexual, si es hiperestésica, puede degenerar en un ansia de infligir dolor (...) en condiciones patológicas, y el papel activo del hombre de vender a las mujeres puede convertirse en un deseo ilimitado de subyugación”. Así, Krafft-Ebbing consideró que la única explicación adecuada para la cualidad lasciva observada en estos actos derivaba de la implicación de los impulsos sexuales. Las raíces del sadismo se fundamentaban en una exageración de los impulsos sexuales masculinos siendo las tendencias agresivas sus componentes naturales.⁽¹⁵⁾

Contemporáneo a Krafft-Ebbing, el médico y aristócrata alemán Albert von Schrenk-Notzin creó el término *algolagnia* para referirse al placer sexual relacionado con las sensaciones físicas dolorosas. Esta debía considerarse en dos formas. La **pasiva**, cuando la excitación sexual se produce por recepción del dolor (masoquismo), y la **activa** al aparecer una excitación sexual inducida por el ejercicio del dolor sobre los otros (sadismo).⁽¹⁶⁾

En contraposición a sus predecesores, Havelock Ellis consideró el **sadismo** como una expresión de amor.⁽¹⁷⁾ Es más, al manifestarse junto con el **masoquismo** debían ser considerados emociones complementarias y no estados opuestos, siendo deseo del sádico que su conducta sea sentida como amor.

.....

(14) SADE, MARQUÉS DE, *Las 120 Jornadas de Sodoma*, Madrid, Espiral, 1985, p. 439.

(15) MILLON, T. y DAVIS, R. D., *Trastornos de la Personalidad. Más Allá del DSM-IV*, Barcelona, Masson, 2000.

(16) YATES, P.M., HUCKER, S.J., y KINGSTON, D.A., “Sexual Sadism...”, *op. cit.*

(17) ELLIS, H., *Analysis of the Sexual Impulse. Love and Pain. The Sexual Impulse in Women*, Philadelphia, F.A. Davis Company, 1913.

Como vemos, estas primeras descripciones del *sadismo sexual* se fundamentan principalmente en el componente físico. No obstante, Eulenberg, en 1902, ya había incluido el concepto de **dolor psicológico** como forma de humillación en la conceptualización del sadismo sexual.

Por su parte, Sigmund Freud —el padre del psicoanálisis— consideraba en su obra *Tres ensayos sobre teoría sexual* que “La sexualidad de la mayor parte de los hombres muestra una mezcla de agresión, de tendencia a dominar, cuya significación biológica estará quizá en la necesidad de vencer la resistencia del objeto sexual de un modo distinto a por los actos de cortejo”.⁽¹⁸⁾

De esta forma, Freud entendía que el sadismo comprendía desde una posición activa y dominadora con respecto al objeto sexual hasta la exclusiva conexión de la satisfacción con el sometimiento y maltrato del mismo, si bien únicamente consideraba como desviación sexual el maltrato extremo. Finalmente, podemos destacar que Freud consideraba el sadismo como la parte **activa** de una misma perversión, siendo el masoquismo la parte **pasiva**, de manera que “un sádico es siempre, al mismo tiempo, un masoquista, y al contrario. Lo que sucede es que una de las formas de la perversión, la activa o la pasiva, puede hallarse más desarrollada en el individuo y constituir el carácter dominante de su actividad sexual”.⁽¹⁹⁾

Por otro lado, las teorías psicodinámicas postularon que el sadismo sexual se desarrollaba en el individuo a partir de fijaciones en las primeras etapas de su desarrollo psicosexual, al igual que de una pulsión de muerte innata descrita por Freud en su obra *Más allá del principio del placer*, de 1920. De este modo, en el psicoanálisis, los términos **sadismo anal** (rasgos de personalidad tendientes a la violencia, agresión y hostilidad), **sadismo oral** (fantasías de agresión mediante la boca y los dientes, como por ejemplo mordeduras) y **sadismo fálico** (interpretación en la etapa fálica del desarrollo de la relación entre sexualidad y violencia) eran utilizados frecuentemente aunque no se corresponderían con la concepción actual del término sadismo sexual.⁽²⁰⁾

(18) FREUD, S., *Tres ensayos sobre teoría sexual*, Madrid; el País Clásicos del Siglo XX, 2002, pp. 31/32.

(19) *Ibid.*

(20) AGGRAWAL, A., *Forensic and Medico-legal Aspects of Sexual Crimes and Unusual Sexual Practices*. Boca Raton, CRC Press, 2009.

Stekel, seguidor de la obra de Freud, en su último libro acerca del sadismo y el masoquismo, *Sadism and masochism: psychology of hatred and cruelty* de 1929, ofrecía una clara descripción de las características de estos dos trastornos, promoviendo a la popularización de estos dos términos en la práctica clínica de la época.

Más tarde, otros psicoanalistas como Kohut otorgaban un papel funcional a la concepción de sadismo, entendiendo que los impulsos y actos sádicos ayudaban al individuo a estabilizar sus déficits existentes en el desarrollo de su personalidad madura y socialmente apropiada.

Por su parte, Karpman, desde su visión psicodinámica, puso de relevancia la importancia de otro componente que debía ser considerado en la definición de sadismo sexual: el **poder** y el **control** sobre el otro. En la misma línea, Erich Fromm enfatizaba en la misma idea: "La persona que tiene control total sobre otro ser vivo lo convierte en algo suyo, en su propiedad, mientras él se convierte en su Dios".

Investigaciones más recientes refuerzan esta noción de la importancia de los sentimientos y fantasías erotizadas de poder y control presentes en el agresor. ⁽²¹⁾

Sin embargo, pese a estas conceptualizaciones teóricas del **sadismo sexual**, quizás la definición más clara y exacta del sadismo sexual para un agresor sexual fue la revelada por uno de ellos, Mike Debardeleben, quien declaró:

"El deseo de infligir dolor en los demás no es la esencia del sadismo. Es un impulso esencial: tener el dominio completo sobre otra persona, convertirla en un objeto indefenso a nuestra voluntad, convertirse en su gobernante absoluto, ser su Dios, para hacer con ella lo que uno quiera. Humillarla, esclavizarla, son métodos para alcanzar este objetivo, y el objetivo radical más importante es hacerla sufrir, ya que no existe mayor poder sobre otra persona que el de infligir dolor en ella para obligarla

(21) BRITAIN, R., "The sadistic murderer", *op cit.*; MACCULLOCH, M. J., SNOWDEN, P. R., WOOD, P. J. y MILLS, H. E., "Sadistic Fantasy, Sadistic Behavior and Offending", en *British Journal of Psychiatry*, 143, 1983, pp. 20/29; y MACCULLOCH, M., GRAY, N., y WATT, A., "Britain's sadistic murderer syndrome reconsidered: An associative account of the aetiology of sadistic sexual fantasy", *Journal of Forensic Psychiatry*, 11(2), 2000, pp. 401/418.

a someterse a sufrir sin que sea capaz de defenderse. El placer en la completa dominación sobre otra persona es la verdadera esencia del sadismo".⁽²²⁾

Hoy en día, conceptualmente, el término **perversiones** acuñado por Freud ha quedado obsoleto para hacer referencia a las conductas sexuales desviadas. En la actualidad, para atender a la concepción contemporánea del término "sadismo sexual" y de las conductas sexuales desviadas en general, hemos de acudir a las clasificaciones psiquiátricas modernas: CIE-10 (Organización Mundial de la Salud, 1992) y DSM-IV-TR (American Psychiatric Association, 2002).

En ambas se conceptualiza el **sadismo sexual** dentro del grupo de las **parafilias** que a su vez son recogidas dentro de los diferentes trastornos sexuales y de la identidad sexual.

Etimológicamente, el término **parafilia** proviene del griego **para**, más allá, alejado de, y **philos**, amor, por lo que —estrictamente—, **parafilia** significa **amor por algo fuera de lo normal**.⁽²³⁾ De acuerdo con Gijs la **parafilia** se caracteriza principalmente por actos o fantasías sexuales intensas o recurrentes que suponen la presencia de objetos no humanos o de parejas que no consienten.⁽²⁴⁾ En este punto resulta importante tener en consideración la precisión realizada por Soria y Hernández, quienes puntualizan que:

"en el diagnóstico de las parafilias hay que distinguir entre la variaciones normales de la conducta y los trastornos que se suponen cuando estos actos o fantasías son intensos o recurrentes, y se convierte en medios casi únicos de excitación o interfieren en la vida de la persona".⁽²⁵⁾

(22) DIETZ, P.E., HAZELWOOD, R.R., y WARREN, J., "The sexually sadistic criminal and his offenses", *Bulletin Of The American Academy Of Psychiatry & The Law*, 18(2), 1990, pp. 163/178.

(23) MONEY, J., *Lovemaps. Clinical Concepts of Sexual/Erotic Health and Pathology, Paraphilia, and Gender Transposition in Childhood, Adolescence, and Maturity*, New York, Irvington Publishers, 1993.

(24) GIJS, L., "Paraphilia and Paraphilia-Related Disorders: An Introduction", en D. Rowland y L. Incrocci (Ed.), *Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders*, New Jersey, John Wiley & Sons, 2008, pp. 491/528.

(25) SORIA, M.A. y HERNÁNDEZ, J.A., *El Agresor Sexual y la Víctima*, Barcelona, Marcombo, Boixareu Universitaria, 1994.

De esta, forma debemos tener claro al hablar de esta conducta que la concepción contemporánea del **sadismo sexual** corresponde a los actos sexuales desviados estructurados en una entidad clínica —parafilia— y sin ceñirse únicamente a las variaciones de la conducta sexual normalizada.

3 | Fantasía sexual y agresión

Para entender lo que significa el concepto fantasía debemos recurrir a la definición propuesta por Beres, el cual entendía la fantasía como el conjunto de símbolos mentales que se sintetizan para formar una historia unificada, pudiendo incluso ser sustituta de la conducta y/o preparar el camino para una conducta futura.⁽²⁶⁾ De este modo, puede darse fantasía en relación a multitud de aspectos de la vida (dinero, viajes, fama, etc.) pero sin duda alguna, las más comunes están relacionadas con el romanticismo y la sexualidad. Asimismo, la fantasía sexual abarca casi todas las imágenes mentales que resultan eróticas y sexualmente excitantes, ya sean desviadas o no y de forma deliberada o espontánea. Pero sin duda alguna, el elemento fundamental de la fantasía sexual es la autopercepción de la capacidad del individuo para dominar en su imaginación lo que sucede en cada momento. Este control permite realizar los cambios y modificaciones deseados, orientando y desarrollando la fantasía sexual a su antojo con la intención de satisfacer las necesidades sexuales.⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

Debemos tener presente que los sueños eróticos no pueden entenderse como fantasías sexuales, pues al encontrarse el sujeto dormido es incapaz de controlar el curso y el contenido de los mismos. Cabe destacar cómo la propensión a la fantasía es un factor que varía en función de cada individuo al tratarse de una característica de la personalidad que implica un patrón persistente de tendencia a la imaginación.⁽²⁹⁾

(26) SCHLESINGER, L.B., "Serial homicide: Sadism, Fantasy and a Compulsion to Kill", en L. B. SCHLESINGER (Ed.), *Serial Offender. Current Thought, Recent Findings*, Florida, CRC Press, 2000, pp. 3/22.

(27) LEITENBERG, H. y HENNING, K., "Sexual Fantasy", en *Psychological Bulletin*, 117(3), 1995, pp. 469/496.

(28) WILLIAMS, K., COOPER, B., HOWELL, T., YUILLE, J. y PAULHUS, D., "Inferring Sexually Deviant Behavior from Corresponding Fantasies. The Role of Personality and Pornography Consumption", en *Criminal Justice and Behavior*, 36(2), 2009, pp. 198/222.

(29) KOCSIS, R.N., *Criminal Profiling. Principles and Practice*, New Jersey, Humana Press, 2006.

La fantasía sexual permite al individuo imaginarse cualquier cosa deseada, independientemente de ser poco realista, socialmente inadecuada, o atentar contra la moral o las leyes. En este sentido, las fantasías sexuales dotan al individuo de la capacidad para abstraerse en un espacio imaginario que le permite desarrollar sus guiones de actuación de cara a una futura actividad sexual real.⁽³⁰⁾

4 | El rol de la fantasía sexual

De acuerdo con las postulaciones de Meloy⁽³¹⁾ las fantasías sexuales proporcionan al agresor violento un gran número de refuerzos positivos antes, durante y después del crimen:

1. **La fantasía sexual, ya bien sea a través de la memoria o a través de la imaginación, sostiene y mantiene el placer cuando se combina con la masturbación.** De este modo, el agresor recurre a la fantasía sexual para beneficiarse de la excitación sexual provocada, la cual culmina con la masturbación.
2. **La fantasía sexual estimula el sentimiento de grandiosidad del agresor pues tiende a la perfección compensando cualquier deficiencia sexual o relacional presentado por el individuo.** De este modo, por ejemplo, el agresor puede fantasear con tener grandes dotes de seducción o no tartamudear cuando intenta agradar a una mujer.
3. **La fantasía sexual estimula el sentimiento de omnipotencia pues la persona posee el control total de los acontecimientos que en ella de desarrollan.** En este sentido, en las fantasías de carácter sádico, el sentimiento de omnipotencia se presenta como un factor indispensable en la relación establecida entre el agresor, la víctima y el entorno.
4. **La fantasía permite al agresor poner en práctica mentalmente su agresión antes de ejecutarla.** Cuando el agresor se abstrae dentro de su fantasía tiene la oportunidad de ensayar en un espacio interno seguro, pudiendo de este modo valorar las diferentes opciones de aprensión de la víctima, escenario del crimen, proceso de agresión y plan de huida. De este modo, tiene la oportunidad de valorar los posibles inconvenientes y estar preparado para anticiparlos y resolverlos.

(30) PERSON, E.S., *The Force of Fantasy. Its Roles, Its Benefits and what It Reveals About our Lives*, London, Harper Collins, 1997.

(31) MELOY, R., "The Nature and Dynamics of Sexual Homicide: An Integrative Review", en *Aggression and Violent Behavior*, 5(1), 2000, pp. 1/22.

En relación a esta última consideración, Ward y Hudson sugieren que la fantasía forma un papel vital en el mapa mental realizado por el agresor sobre el crimen y en consecuencia tenderá a guiar su conducta para cumplirla.⁽³²⁾ Por su parte, Carabellese, Maniglio, Greco y Catanesi sostienen que la fantasía también sirve al agresor para seleccionar a su víctima, al establecer las características determinadas de su selección.⁽³³⁾

De acuerdo con el estudio desarrollado por Gee, Ward y Eccelston,⁽³⁴⁾ debemos considerar también que las fantasías sexuales tienen un papel importante en la regulación de dos aspectos relevantes para el agresor, el **estado de ánimo interno y la activación fisiológica mediante el arousal sexual**:

1. Regulación del estado de ánimo. Se postula que el agresor recurre a la fantasía con la finalidad de regular su estado de ánimo y emociones. Si bien inicialmente sólo se consideró que permitía el control de los estados de ánimo disfóricos, posteriormente, se puso de manifiesto como la fantasía sexual también tiene la función de elevar un estado de ánimo ambivalente o de potenciar, aún más, un estado de ánimo positivo pre-existente.
2. Regulación del arousal sexual. Según estos investigadores, existen dos motivos por los cuales los agresores utilizan las fantasías sexuales para regular su arousal sexual. El primero es que las fantasías sirven para generar excitación previamente a la práctica de la masturbación o las propias agresiones. El segundo es que las fantasías sirven como complemento a la actividad sexual, promoviendo un aumento de la excitación pre-existente y de este modo se potencia que el agresor alcance el orgasmo o intensifique la potencia excitatoria de una experiencia sexual concreta.

5 | El contenido de la fantasía sexual

En el análisis de las fantasías de un agresor debemos considerar sus componentes. Estos se han estructurado en seis tipologías distintas:⁽³⁵⁾

(32) GEE, D., WARD, T., BELOFASTOV, A. y BEECH, A., "The Structural Properties of Sexual Fantasies for Sexual Offenders: A Preliminary Model", en *Journal of Sexual Aggression*, 12(3), 2007, pp. 213/226.

(33) CARABELLESE, F., MANIGLIO, R., GRECO, O. y CATANESI, R., "The Role of Fantasy in a Serial Sexual Offender: A Brief Review of the Literature and a Case Report", *Journal of Forensic Sciences*, 56(1), 2011, 256/260.

(34) GEE, D. y BELOFASTOV, A., "Profiling Sexual Fantasy. Fantasy in Sexual Offending and the Implications for Criminal Profiling", en R. N. Kocsis (ed.), *Criminal Profiling: International Theory, Research, and Practice*, Totowa, USA, Humana Press Inc., 2007, pp. 49/71.

(35) GEE, D., DEVILLY, G.J., y WARD, T., "The content of sexual fantasies for sexual offenders", *Sexual Abuse: Journal Of Research And Treatment*, 16(4), 2004, pp. 315/331, HAZELWOOD, R. R.

1. **Relacional:** hace referencia al contexto interpersonal establecido en la fantasía. Este varía en función de cómo se relacionen entre sí los diferentes actores que la componen. Así el agresor puede poner el foco en tres tipos de diferentes de relación, mutua, hacia el yo y hacia el otro. En la relación mutua se entiende que todos los participantes en la fantasía ejercen un rol activo y disfrutan del mismo activamente. En la relación hacia el yo, el agresor focaliza la interacción hacia sí mismo con la intención de satisfacer sus necesidades internas sin tener la menor consideración hacia las necesidades de las otras partes. En la relación hacia el otro, el agresor focaliza la interacción hacia los otros participantes, ejecutando un rol activo hacia la satisfacción de las necesidades de los demás.
2. **Conductual:** esta tipología hace referencia a las diferentes conductas y acciones, sexuales o no, que se desarrollan a lo largo de la fantasía.
3. **Situacional:** refiere a toda la información situacional y contextual en la cual se desarrolla la acción dentro de la fantasía. El agresor puede incorporar y controlar factores del entorno como, por ejemplo, el tiempo, la ubicación, o la estación del año donde se desarrolla la acción.
4. **Demográfico:** se relaciona con las características sociodemográficas de los actores en la fantasía sexual del agresor, tales como el sexo, la edad o el grado de parentesco. En función de esta dimensión se articula en gran medida el proceso de selección de la víctima realizado por el agresor.
5. **Auto-perceptivo:** hace referencia a como se percibe el individuo durante la fantasía sexual. Se centra en el rol jugado por éste, en un continuo que va desde la máxima omnipotencia a sentimientos de incompetencia extrema, y se sugiere que el grado de percepción del individuo sobre sí mismo en su fantasía ejerce una gran influencia sobre el comportamiento posteriormente ejecutado durante la agresión.
6. **Parafilico:** este tipo de contenido determina la preferencia por la inclusión de conductas desviadas o parafilicas en las fantasías y, en consecuencia, sirve de *script* o pauta genérica para el resto de tipologías de contenidos fantasiosos.

6 | La estructura de la fantasía sexual

Atendiendo al modelo de Gee, Ward, Belofastov y Beech,⁽³⁶⁾ consideramos las fantasías sexuales estructuradas en función de ocho categorías fundamentales, íntimamente ligadas con el contenido de la fantasía:

.....
 Y MICHAUD, S., *Dark Dreams*, New York, St. Martin's Press, 2002, HAZELWOOD, R.R. Y WARREN, J. I., "The Sexually Violent Offender: Impulsive or Ritualistic?", *Aggression and Violent Behavior*, 5(3), 2000, pp. 267/279.

(36) GEE, D., WARD, T., BELOFASTOV, A. Y BEECH, A., "The Structural Properties of Sexual...", *op. cit.*

1. **Origen:** esta categoría hace referencia a de dónde proviene el contenido de la fantasía sexual del agresor. Se puede presentar de dos formas, externa o interna, interrelacionándose y retroalimentándose ambas entre sí. De forma externa se destacan cinco orígenes: el propio abuso sexual recibido durante la infancia y/o adolescencia previa, el contenido de la pornografía consumida las diferentes experiencias sexuales (consentidas o no) vividas, el modelo de figuras de referencia tenidos en su desarrollo psicosocial (p.ej. si el padre también era agresor), y todo aquel contenido adquirido mediante los medios de comunicación y entretenimiento (televisión, internet, radio, prensa, literatura, etc). De forma interna, la fantasía se produce como el producto del conjunto de imágenes mentales que el agresor crea, modifica y adecúa mediante su imaginación.
2. **Contexto:** se refiere a la situación ambiental en la cual el agresor ubica la fantasía sexual, es decir, dónde y cuándo esta tiene lugar. Además, también hace referencia a la situación en la que se encuentra el agresor cuando se pone a fantasear (p. ej. cuando se queda solo en casa).
3. **Desencadenante:** hace referencia al proceso que provoca la activación/evocación de la fantasía en la mente del agresor. El desencadenante, al igual que el origen, puede ser interno o externo. El desencadenante interno es una serie de estímulos internos, identificables o no por el propio agresor, que desencadenan la aparición de la fantasía (p.ej. un pensamiento recurrente o el propio estado de ánimo disfórico). El desencadenante externo es, por el contrario, una serie de estímulos externos que evocan la aparición de la fantasía (p. ej. al ver de noche a una chica sola en un parque).
4. **Modalidad perceptiva:** en la estructura de la fantasía es importante considerar qué modalidad o modalidades perceptivas se ven representadas en la mente del individuo. Mayoritariamente la fantasía es percibida mediante imágenes visuales, pero también puede producirse acompañada por representaciones mentales de otros canales sensoriales táctiles, auditivas, olfativas y/o gustativas.
5. **Claridad:** hace referencia a cómo de vívida experimenta el agresor la fantasía. La claridad dependerá en gran medida del contenido de la fantasía y de la experiencia que vaya ganando el individuo en evocarla y recurrir a ella de forma reiterativa.
6. **Intensidad:** esta categoría estructural se refiere a la fuerza e impacto de la fantasía. Esta categoría se desglosa en frecuencia y duración. La frecuencia se refiere al número de veces que el agresor recurre a la fantasía en un determinado espacio temporal (p. ej. recurrir a una fantasía de contenido pedófilo cinco veces a lo largo de un día), la cuál puede ser a su vez estable (se mantiene en el tiempo), inhibida (disminuye en el tiempo) o intensificada (aumenta en el tiempo). La duración debe considerarse en función de dos componentes. El primero es el alcance, entendido como cuánto tiempo ocupa la fantasía o fantasías

en la vida del agresor. El segundo es el comienzo, que hace referencia a desde cuándo una fantasía concreta forma parte de las fantasías de un agresor (p. ej. desde cuando la fantasía de violación forma parte del repertorio de fantasías sexuales del agresor).

7. **Emoción:** se refiere a la huella, positiva o negativa, proyectada por la fantasía en el psiquismo del agresor. En este sentido pueden distinguirse el tono y el *arousal*. El tono se refiere a las evaluaciones del agresor sobre sí mismo, la víctima y su comportamiento en el seno de la fantasía, así como la estimación general realizada sobre la fantasía, desde un punto de vista emocional, en términos de emociones positivas y/o negativas. El *arousal* se refiere a la activación, a nivel psicológico y fisiológico, producida por la fantasía en el organismo y mente del agresor. Ello dependerá del contenido de la fantasía y de la evaluación psicológica realizada por el propio individuo.
8. **Movimiento:** esta categoría se refiere a si la fantasía se representa en modo de imágenes estáticas y quietas, o bien de forma dinámica. El movimiento dentro de la fantasía dependerá, como hemos visto en otras categorías estructurales, es decir de su contenido.

7 | De la fantasía sádica a la agresión: el *acting out*

En el estudio clásico de Brittain se pusieron de manifiesto dos componentes fundamentales de los agresores sádicos: el primero corresponde a **fantasías sádicas extremas** y el segundo se relaciona con los **ataques sádicos**. Ambos son la culminación del desarrollo escalado de la gravedad y severidad de las fantasías sádicas del sujeto. En este sentido, las fantasías sádicas irán evolucionando y se verán reforzadas por diferentes ataques sádicos, a la vez que se va aumentando la severidad de ambos.⁽³⁷⁾

Con la intención de valorar el rol de la fantasía sádica en la agresión sádica, un grupo de autores realizó una investigación con un grupo de 16 agresores sexuales de un centro psiquiátrico de los cuales 13 eran agresores sádicos.⁽³⁸⁾ Tras analizarse las fantasías sexuales sádicas en comparación a los diferentes actos criminales cometidos hasta la fecha, y que habían motivado el ingreso en el centro psiquiátrico, los resultados fueron con-

(37) BRITTAİN, R., "The sadistic murderer", *op cit.*

(38) MACCULLOCH, M. J., SNOWDEN, P. R., WOOD, P. J. y MILLS, H. E., "Sadistic Fantasy...", *op. cit.*

cluyentes y acreditaron cómo todos los agresores sádicos habían descrito fantasías de carácter sádico coincidentes en gran medida con los crímenes por los cuales habían sido condenados. En síntesis, de igual forma que las fantasías sexuales en general, las sádicas juegan un rol fundamental en el desarrollo, promoción y orientación de la conducta criminal sádica.

Hace ya medio siglo Reinhardt, citado por Schlesinger, ponía de manifiesto el importantísimo rol de la fantasía en la génesis del asesino sexual:

“Las fantasías sádicas parecen siempre preceder el acto brutal del asesinato lujurioso. Estas fantasías adquieren todo tipo de formas grotescas y crueles. El perverso, en este nivel de degeneración, puede recurrir a imágenes pornográficas, a capítulos de literatura grotesca y cruel, de los cuales teje sus fantasías. La imaginación se apodera de estos individuos, llegando a perder todo contacto con la realidad, hasta encontrarse de pronto impulsados a llevar a cabos sus fantasías al mundo real”.⁽³⁹⁾

Otros, por su parte, encontraron que alrededor del 86% de los asesinos sexuales seriales de su muestra presentaban fantasías sexuales violentas pero sólo estaban presentes en el 23% de los asesinos sexuales únicos. Según estos investigadores, existe una estrecha relación entre las fantasías y la repetición de los crímenes.⁽⁴⁰⁾

También resulta interesante los resultados encontrados por Nicole y Proulx, los cuales indican una mayor presencia de fantasías sexuales desviadas de carácter agresivo durante la infancia en los asesinos sexuales (39,50%) frente a los violadores (22,70%). Por otro lado, existe una prevalencia similar en cuanto a las fantasías sexuales no desviadas en la misma etapa: 94,40% en asesinos sexuales y 88,40% en violadores.⁽⁴¹⁾

(39) SCHLESINGER, L.B., *Sexual Murder. Catathymic and Compulsive Homicides*, Boca Raton, CRC Press. 2004, pp. 208, 209.

(40) PRENTKY, R., BURGESS, A., ROKOUS, F., LEE, A., HARTMAN, C., RESSLER, R. y DOUGLAS, J., “The Presumptive Role of Fantasy in Sexual Sexual Homicide”, *American Journal of Psychiatry*, 146(7), 1989, pp. 887/891.

(41) NICOLE, A. y PROULX, J., “Sexual Murderers and Sexual Aggressors. Developmental Paths and Criminal History”, en J. PROULX, E. BEAUREGARD, M. CUSSON y A. NICOLE (Ed.), *Sexual Murderers. A Comparative Analysis and New Perspective*, London, John Willey & Sons. 2007, pp. 29/50.

Para comprender el paso de la fantasía a la agresión debemos analizar como el agresor se habitúa a los efectos reguladores del estado de ánimo y del *arousal* sexual mediante el uso de la fantasía, necesitando cada vez un mayor grado de estimulación. De acuerdo con Hazelwood y Michaud,⁽⁴²⁾ el agresor irá realizando conductas de acercamiento a la realización de sus fantasías en función de que estas se lo requieran, es decir, llegará un punto que al individuo no le bastará con la fantasía y deberá ejecutarla en una conducta o conjunto de actos (*acting out*) que le permitan ponerla a prueba en la realidad, pero al mismo tiempo le muestren sus propias capacidades y habilidades para desarrollarla según sus deseos y finalmente, le faciliten la incorporación de nuevos elementos y experiencias que retroalimenten su fantasía. Por ello podemos hablar de un círculo vicioso entre la fantasía y los *acting out* de aproximación al crimen, donde ambos elementos se retroalimentan, enriquecen y ganan complejidad.⁽⁴³⁾

Sin embargo, llega un momento donde los estímulos añadidos a la fantasía a partir de los *acting out* dejan de ser funcionales y el nivel de estimulación/excitación se estanca o incluso decae, por lo cual el individuo, necesitado de un mayor grado de estimulación, sentirá la necesidad de convertir la fantasía en realidad.⁽⁴⁴⁾ En este sentido, la agresión será la culminación del proceso y formará parte a la vez del mismo pues la realidad nunca será tan perfecta como la fantasía.

Diferentes estudios, sobre todo provenientes de investigaciones llevadas a cabo por el FBI permiten clasificar los *acting out* en siete categorías distintas:

- I. **Objetos inanimados y símbolos:** tales como muñecas, figuras o dibujos. Permiten al agresor realizar un boceto de su fantasía, proyectando en ellas sus ideas y comportamientos perversos, parafílicos y bizarros.⁽⁴⁵⁾ Así en numerosos crímenes sádicos encontramos involucradas muñecas que han sido

(42) HAZELWOOD, R. R. y MICHAUD, S., *Dark Dreams...*, *op. cit.*

(43) SCHLESINGER, L. B., *Sexual Murder...*, *op. cit.*

(44) GEE, D. y BELOFASTOV, A., "Profiling Sexual Fantasy...", *op. cit.*

(45) HAZELWOOD, R. R. y WARREN, J. I., "The Relevance of Fantasy in Serial Sexual Crimes Investigations", en R. R. Hazelwood y A. W. Burgess (Eds.), *Practical Aspects of Rape Investigation. A Multidisciplinary Approach*, New York, Elsevier, 2009, pp. 55/65.

quemadas, acuchilladas, amputadas, sodomizadas, atadas, perforadas, maquilladas, vestidas de una determinada manera, etc. De este modo, la presencia de estas en sitios de seguridad para el agresor (hogar, trabajo, etc.) y/o en la escena del crimen, revelarán a los investigadores gran parte de la fantasía del autor.⁽⁴⁶⁾

2. **Fotografías y prensa:** otra forma que tienen los agresores de representar sus fantasías es mediante la alteración de fotografías extraídas de revistas, ya bien sean pornográficas o no. Estas alteraciones consistirían en incluir dibujos (ligaduras, lesiones, armas, sangre, etc.) y cortar-pegar para generar nuevas imágenes. No es raro que todas estas imágenes sean almacenadas y coleccionadas en álbumes donde el individuo puede ir perfeccionando su fantasía.⁽⁴⁷⁾ se ha dicho también que las famosas revistas de detectives de los Estados Unidos podían servir como material en cierto sentido pornográfico para los agresores. Concretamente, sería el contenido de dichas revistas (imágenes violentas, vocabulario criminal, descripciones de escenas del crimen, etc.) el que serviría para aumentar el *arousal* sexual de los individuos, permitiéndoles a su vez, añadir nuevos contenidos a sus fantasías. Al mismo tiempo, este mecanismo se vería reforzado a través de la masturbación. Por otro lado, el contenido abordado en este tipo de publicaciones permite al individuo preparar y perfeccionar su paso de la fantasía a la acción al facilitar información sobre el funcionamiento de las fuerzas de seguridad y de los conocimientos técnicos desarrollados en una investigación criminal y/o forense.⁽⁴⁸⁾
3. **Prendas de vestir:** la ropa de mujer, especialmente la lencería, es el objeto favorito para representar las fantasías. Las acciones más comunes consisten en rasgar o recortar aquellas zonas de las prendas de ropa que cubren las partes sexuales. Por ello no es extraño observar como los primeros actos del paso de la fantasía a la acción consisten en un acercamiento a la víctima a través de pequeños robos de sus prendas íntimas. Estas son incluidas en la fantasía y sirven de conexión entre lo imaginado y la realidad, ayudando a la aproximación entre la fantasía a la acción.⁽⁴⁹⁾
4. **Animales:** Frecuentemente los animales, sobre todo gatos, pájaros y perros son víctimas de la crueldad de los agresores. Según Querol,⁽⁵⁰⁾ es en la in-

(46) HAZELWOOD, R.R. y MICHAUD, S., *Dark Dreams...*, op. cit.

(47) *Ibid.*

(48) DIETZ, P.E., HARRY, B. y HAZELWOOD, R.R., "Detective Magazines: Pornography for the Sexual Sadist?", en *Journal of Forensic Sciences*, 31(1), 1983, 197/211.

(49) HAZELWOOD, R.R. y MICHAUD, S., *Dark Dreams...*, op. cit.

(50) QUEROL, N., "El maltrato animal en la conducta criminal violenta", Acta del Workshop presentado en las *I Jornadas de Investigación Criminal y Perfilación Psicológica en Delitos Violentos*, Universidad de Barcelona, 2012.

fancia/adolescencia cuando este tipo de conducta empieza a desarrollarse. Mediante esta el sujeto va desensibilizándose ante los actos de violencia sádica y extrema. Su inicio a edades tempranas se fundamenta en la mayor desprotección de los animales frente a los seres humanos y por ello al agresor le resulta más fácil iniciarse en la ejecución de sus fantasías con este tipo de víctimas. Además, normalmente son sujetos que se han desarrollado en ambientes potencialmente negligentes y por ello no reciben reprimendas ni castigos por sus actos o incluso observan este tipo de comportamiento en sus figuras de referencia.⁽⁵¹⁾

5. **Prostitutas:** El uso de la prostitución permite al agresor poner en práctica su fantasía con total libertad. Se trata de una pareja sexual que, por el mero hecho de ser pagada, deberá responder a sus deseos sin posibilitar la aparición de rechazo, amenaza o vergüenza. El contrato sexual dota al agresor de una posición de poder y le permite derribar cualquier barrera moral al entender que la prostituta debe satisfacer todos sus deseos y fantasías.⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾
6. **Parejas sentimentales consentidoras:** Son aquellas parejas sentimentales que se adentran en una relación sádica de forma voluntaria pero que son manipuladas mediante actividades sadomasoquistas durante un largo período de tiempo, convirtiéndose finalmente en víctimas. Esencialmente son mujeres o novias pero también pueden ser hombres, que sufren abuso emocional, físico y sexual extremo durante meses o años, en una relación iniciada como un noviazgo normal. El agresor, durante la relación, va transformando el comportamiento de la mujer para que gradualmente, y de forma progresiva, acepte mayores demandas de actos sexuales sádicos. Además, mediante el abuso repetido y el aislamiento social al cual se la somete, se derriba su autoimagen y autoestima y las víctimas llegan a creerse que merecen los castigos inducidos por sus parejas.⁽⁵⁴⁾
7. **Autoeroticismo:** Según Hazelwood y Michaud, el autoeroticismo es otra forma de *acting out* de las fantasías sexuales. No resulta infrecuente que los agresores practiquen con ellos mismos las conductas que posteriormente realizarán a sus víctimas, tales como *bondage*, electroshocks o flagelación. Además de sentir excitación sexual por el dolor producido (masoquismo sexual), les permite practicar en el desarrollo de estas conductas, su ejecución y efectos. Ello les aproximará a la perfección exigida por su fantasía en el momento de llevarlas a cabo en el seno del acto criminal.

(51) MACCULLOCH, M., GRAY, N., y WATT, A., "Brittain's sadistic murderer...", *op. cit.*

(52) HAZELWOOD, R. R. y MICHAUD, S., *Dark Dreams...*, *op. cit.*

(53) HAZELWOOD, R. R. y WARREN, J. I., "The Relevance of Fantasy...", *op. cit.*

(54) *Ibid.*

8 | Fantasía sexual, pornografía e inteligencia

En una investigación realizada con la intención de identificar diferentes conductas sexuales desviadas en relación a su correspondiente fantasía, una de las variables consideradas fue el consumo de pornografía de forma habitual. En los resultados se observaron cómo aquellos sujetos con un mayor índice de fantasías sexuales eran también los que practicaban un mayor consumo de pornografía. Estos resultados se corresponden con lo hipotetizado por varios autores citados en la propia investigación, como Byrne y Osland, que mantienen como la exposición a pornografía, al margen del formato y tipo propicia un incremento de las fantasías sexuales especialmente si son desviadas y por ende un comportamiento sexual acorde con las mismas.⁽⁵⁵⁾

Por otro lado, de acuerdo con Hazelwood y Warren, la fantasía es esencialmente una obra de teatro que se construye y representa en la mente del individuo. La misma requiere que múltiples elementos interaccionen, entre ellos actores, entorno, circunstancias, y diálogos. Además puede depender de continuidad temporal y ser dinámica. De este modo, la integración de la fantasía y la capacidad para fantasear deben corresponderse en algún sentido con el nivel de inteligencia del individuo. Por ello, Hazelwood y Warren concluyen como "una persona que tiene un promedio de inteligencia pobre, tiene un mundo interior menos complicado y menos habilidades para llevar a cabo complejas escenas del crimen".⁽⁵⁶⁾

9 | Tipos de sadismo sexual

Diversos estudios realizados nos permiten establecer distintos tipos de clasificación tipológica de sadismo sexual desde la acuñación del término. Entre otras podemos destacar:

(55) WILLIAMS, K., COOPER, B., HOWELL, T., YUILLE, J. y PAULHUS, D., "Inferring Sexually Deviant...", *op. cit.*

(56) HAZELWOOD, R.R., y WARREN, J.I., "The Relevance of Fantasy...", *op. cit.*

- I. En 1886 Krafft-Ebbing acuñó el término sadismo, como hemos visto anteriormente, pero a su vez clasificó esta conducta en 8 tipologías:
 - *Lust murder*: existe una conexión entre el asesinato de la víctima y la excitación sexual.
 - Necrofilia o mutilación de cadáver: Atracción por personas muertas o acciones sobre el cuerpo de la persona fallecida.
 - Lesionar a mujeres: en esta tipología se contemplaba la flagelación, el uso de objetos punzantes, etc.
 - Desfloración de la mujer: en cierto sentido era considerado como sadismo, ya que la fuerza era necesaria para someter a la mujer.
 - Otros tipos de asaltos a mujeres o sadismo simbólico: se incluían conductas que no suponían un daño significativo sobre la mujer, como por ejemplo, cortar el pelo o rasgarle la ropa.
 - Sadismo ideal: se refería al uso exclusivo de fantasías sádicas sin que llevar a cabo ningún comportamiento físico.
 - Sadismo con otros objetos: hacía referencia cuando el sadismo iba dirigido a otras víctimas que no fueran mujeres, como niños u otros hombres.
 - Sadismo con animales: tipología concreta para clasificar aquellos actos donde las víctimas eran animales.

2. *Mild & Major Sadism*. Hirschfeld establece dos categorías de sadismo sexual en función de si su práctica es consentida o no:⁽⁵⁷⁾
 - *Mild Sadism*: este tipo de sadismo sexual está relacionado con las relaciones sexuales consentidas, y está integrado en prácticas sadomasoquistas donde cada parte asume un rol dentro de la relación sexual. El comportamiento sexual sádico en este tipo de relación consentida acostumbra a involucrar roles de dominación y sumisión (máster-esclavo, maestro-pupilo, etc.), posiciones de dominancia acompañadas de verbalizaciones degradantes, mordazas y vendaje de ojos, ataduras, flagelación, humillación, comportamientos escatológicos, etc. Todos los comportamientos se fundamentan en la relación sexual previamente pactada, donde cada una de las partes experimenta excitación sexual mediante el ejercicio de la acción o recibimiento de la misma.
 - *Major Sadism*: la característica fundamental es que se trata de una conducta sexual no consentida que involucra graves lesiones o incluso la muerte de la víctima. Este tipo de sadismo incluye comportamientos como: palizas, tortura, quemaduras, cortes, *piquerism* (apuñalamiento descontrolado),

(57) HIRSCHFELD, M., *Sexual Anomalies and Perversions*, London, S. Sidders & Sons, 1952.

violación, asesinato, vampirismo, necrofilia, etc. El elemento esencial reside en el miedo de la víctima y la completa dominación, control y poder sobre la misma.

3. *Severe Sexual Sadism* (SSS). Corresponde al término forense utilizado para especificar la parafilia —tipificada en las clasificaciones internacionales como el DSM de la American Psychiatric Association—, en su concepción extrema, donde la víctima es sometida brutalmente contra su consentimiento y voluntad a los deseos del sujeto que padece el trastorno.⁽⁵⁸⁾ Correspondería al *major sadism* descrito por Hirschfeld, aunque el SSS se basa en una serie de criterios que permite su identificación.
4. Nivel de gravedad de los actos sádicos. Aggrawal, con la intención de unificar criterios y diferencias conceptos al hablar de sadismo, propone una clasificación general para los sádicos en función de la gravedad de sus actos:⁽⁵⁹⁾
 - Leptosádicos: aglutina a aquellos sádicos que experimentan un sadismo de tipo **suave** y no orientado hacia conductas criminales. Incluye:
 - a. Sádicos de Clase I: existe presencia de fantasías de carácter sádico pero no muestran comportamiento sexual acorde, no actúan fuera de las mismas.
 - b. Sádicos de Clase II: llevan a cabo y ponen en práctica sus fantasías sádicas con compañeros/as sexuales que consienten experimentar sufrimiento, dolor y humillación.
 - Barysádicos: aglutina a aquellos sádicos cuyo sadismo de carácter severo se orienta a la agresión. Incluye:
 - a. Sádicos de Clase III: llevan a cabo sus fantasías sádicas con víctimas que no consienten la relación sexual pero sin llegar a herirlas gravemente ni matarlas. En este grupo se concentrarían principalmente violadores sádicos.
 - b. Sádicos de Clase IV: llevan a cabo sus fantasías sádicas con víctimas que no consienten, hiriéndolas gravemente o incluso matándolas. En este grupo se concentrarían algunos violadores sádicos más violentos que los del grupo anterior, pero principalmente, los asesinos sexuales sádicos o *lust murder*.
5. *Grandiose Sadism*. Tipología elaborada por Knoll y Hazelwood con la intención de describir aquellos agresores que combinan el sadismo y masoquismo sexual, hipotetizando la existencia de una conducta sádica que va más allá de

(58) NITSCHKE, J., BLENDL, V., OTTERMANN, B., OSTERHEIDER, M., y MOKROS, A., "Severe sexual sadism—An underdiagnosed disorder? Evidence from a sample of forensic inpatients", *Journal Of Forensic Sciences*, 54(3), 2009, pp. 685/691.

(59) AGRAWAL, A., *Forensic and Medico-legal...*, *op. cit.*

las conceptualizaciones modernas. De este modo, el *Grandiose Sadism* consiste en el comportamiento inusual y totalmente extremo de algunos asesinos sexuales sádicos que asumen la identidad de la víctima (por ejemplo, mediante su ropa y aplicándose a ellos el mismo mecanismo utilizado para torturar a la víctima) en relación a una agresión reciente o pasada, extendiendo de este modo su control sobre la víctima más allá de la vida y la muerte. Asimismo, el hecho de asumir la identidad de la víctima les permite evocarla a su antojo, reviviendo las escenas de la agresión y sus fantasías asociadas de omnipotencias, poder y control más allá de la muerte.⁽⁶⁰⁾

10 | Conductas que parecen sadismo sexual

Con la intención de delimitar correctamente qué debemos entender al referirnos al sadismo sexual en relación a agresores sexuales y sus crímenes, Hazelwood y otros proponen una serie de conductas que por sus características pueden llegar a confundirse con sadismo sexual a lo largo de una investigación criminal:

1. **Personalidad sádica.** Las personas que presentan este tipo de personalidad tienden a mostrar crueldad, exigencia y agresividad en todos sus entornos vitales y sobre personas a las cuales consideran subordinadas. Carecen de empatía, disfrutan humillando y denigrando a los demás tanto física como psicológicamente, pero este tipo de comportamiento carece de componente sexual.
2. **Crueldad durante el crimen.** Es habitual que muchos crímenes presenten elementos de extrema crueldad, pero no necesariamente son de naturaleza sexual sádica. Este tipo de criminales pueden infringir sufrimiento, físico y psicológico con otras intenciones, como por ejemplo obtener sumisión o coaccionar a terceros.
3. **Crueldad en grupo.** Los crímenes cometidos en grupo, por lo general, contienen mayor grado de violencia y de brutalidad que los ejecutados de forma individual. Ello se explica porque dentro de la agresión cada uno de los autores quiere demostrarse y demostrar al resto del grupo todo aquello que es capaz de hacer. Como consecuencia, este tipo de escenas del crimen reflejan altos niveles de crueldad pudiendo llegar a confundirse con agresiones sádicas.

(60) KNOLL, J. y HAZELWOOD, R. R., "Becoming the Victim: Beyond Sadism in Serial Sexual Murderers", en *Aggression and Violent Behavior*, 14(2), 2009, pp. 106/114.

4. **Crueldad por odio/venganza.** Los crímenes motivados por grandes sentimientos de odio y venganza reflejan mayor grado de crueldad en la víctima. Incluso la violencia se dirige a zonas sexuales, aunque a diferencia de las agresiones sádicas este tipo de conducta va orientada a **castigar** y no a satisfacer la propia excitación sexual.
5. **Crueldad durante interrogatorio.** Son aquellos delitos donde se emplean mecanismos altamente crueles con la intención de sonsacar información a la víctima, orientando la agresión a zonas sensibles, incluso sexuales. Al igual que en casos anteriores, la diferencia con las agresiones sádicas estriba en la carencia de componente sexual.

Existen otras conductas que pueden confundirse con el sadismo sexual, como por ejemplo la mutilación, pero la diferencia siempre estriba en el mismo componente: la excitación sexual inducida por la conducta. De este modo, para conceptualizarla adecuadamente deberemos encontrar elementos en la escena del crimen que reflejen un *modus operandi* del agresor orientado la satisfacción sexual, si bien ello no descarta la existencia de otros tipos de indicios que indiquen cualquiera de las conductas mencionadas anteriormente.

II | Características fundamentales del agresor sádico

En 1970 el psiquiatra Robert P. Brittain presentó el clásico artículo "The Sadistic Murderer" donde exponía, por primera vez hasta la fecha, las características principales de este tipo de agresor, dotándolo incluso de entidad propia bajo su término *sadistic síndrome* y diferenciándolo de otros agresores cuyas conductas criminales se asemejan al sadismo. Pese a la inexistencia empírica de los estudios realizados por este autor, investigaciones más recientes se han fundamentado en las características descritas por él en relación a los agresores sádicos ratificando su validez.⁽⁶¹⁾

Presentamos a continuación las características, agrupadas por áreas, del agresor sádico propuestas de forma pionera por Brittain:

- Desarrollo: relación ambivalente con la madre, padre autoritario y severo (castigo físico), socialmente aislado y con pocas habilidades interpersonales.

(61) MACCULLOCH, M., GRAY, N., y WATT, A., "Brittain's sadistic murderer...", *op. cit.*

- Personalidad: introspectivo, solitario, obsesivo, hipocondríaco, mojigato, vanidoso, rara vez se muestra abiertamente violento y esconde con recelo sus sentimientos agresivos.
- Sexualidad: se siente sexualmente inferior al resto de los hombres, a menudo sufre impotencia, existe historia de travestismo, fetichismo y experiencias homosexuales. Tiene un mundo rico de fantasías sexuales.
- Hábitos: se siente atraído por la posición de poder frente a otras personas y seres vivos. Se siente excitado por la crueldad y violencia de las películas, libros y cualquier otro medio audiovisual. Muestra un interés bizarro en hombres lobo, vampiros, brujería, tortura y nazismo. Tiene un gran interés por las armas de todo tipo. De forma habitual, existe un historial de tortura hacia los animales en la infancia y/o adolescencia, pudiendo desarrollarse incluso en la etapa adulta.
- Historia médica: poco o ningún antecedente psiquiátrico, no presencia de esquizofrenia ni de ningún otro trastorno del espectro psicótico, puede desarrollar ansiedad y depresión como resultado de su lucha interior por vencer sus impulsos agresivos y sádicos.
- Crimen: tiende a pasar a la acción cuando pierde la autoestima, planear los crímenes le hace sentirse un ser superior, se siente mejor y regresa a la normalidad emocional tras el crimen, suele matar mediante asfixia, múltiples puñaladas o como consecuencia de graves lesiones en tórax, genitales y recto.
- Pronóstico: a menudo se comporta como un prisionero ejemplar, pero en su interior está esperando la mínima oportunidad para volver a actuar.

Posteriormente y gracias al trabajo desarrollado por Brittain (1970), encontramos en la bibliografía científica diversos estudios que nos permiten realizar un acercamiento a las características básicas de los agresores sádicos.

En primer lugar, abordaremos las características **sociodemográficas**. Existe un elevado acuerdo en mencionar que prácticamente entre el 95-96,70% de los sádicos son de raza blanca, el 65% posee un nivel socioeconómico medio, y en torno al 50% provienen de familias desestructuradas. Looman, Dickie y Maillet⁽⁶²⁾ encontraron que la media de edad de estos agresores oscilaba entre los 30-40 años, y aproximadamente el 45% estaba casado en el momento de su detención. Por otro lado, el 75% de los sádicos mantenía un trabajo estable en el momento de su detención, el 33% tenía algún tipo de experiencia militar, entre el 43,30-50% había tenido acceso

.....

(62) LOOMAN, J., DICKIE, I. y MAILLET, G., "Sexual Arousal among Rapist Subtypes", en *Journal of Sexual Aggression: An International, Interdisciplinary Forum for Research, Theory and Practice* 14(3), 2008, pp. 267/279.

a estudios superiores y cerca del 57% no presenta antecedentes policiales previos a la primera agresión de carácter sádico. En cuanto al nivel de inteligencia existe diversidad de opiniones, así Langevin les otorga un CI dentro de la normalidad (103) mientras que Beuregard, Proulx y St-Yves mencionan la presencia de una inteligencia elevada en este tipo de sujetos. De todas formas la discapacidad intelectual no es una característica común entre los agresores sádicos.⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾

En segundo lugar, debemos mencionar las características del **desarrollo psicosocial infanto-juvenil**. La presencia de experiencias traumáticas durante la infancia es un factor muy importante a tener en cuenta. Según Proulx, Blais y Beuregard, el 51,20% creció y se desarrolló en ambientes potencialmente violentos. Existe un acuerdo bastante amplio en afirmar la relevancia de un estilo de crianza negligente, siendo el 16,40% de carácter físico y alcanzando el 83,60% el de carácter emocional.⁽⁶⁵⁾ Así, los diferentes estudios consultados ponen de manifiesto que el abuso físico oscila entre el 23,30-82%, el abuso sexual entre el 20-28,60% de los agresores sádicos.⁽⁶⁶⁾ Finalmente un 6,60% habría sido testigo directo de violencia física o sexual contra terceras personas durante su infancia. Como veremos más adelante, estas experiencias traumáticas serán fundamentales para entender las fantasías y comportamientos sádicos de estos sujetos.⁽⁶⁷⁾⁽⁶⁸⁾

Por otro lado, es preciso destacar la existencia de distintas conductas antisociales durante el desarrollo infanto-juvenil de estas personas. Así durante esa etapa de su vida el 30,43% poseía algún tipo de arma, el 52,17% realizaba pequeños robos, el 17,39% había realizado actos

(63) LANGEVIN, R., "A Study of the Psychosexual...", *op. cit.*

(64) BEAUREGARD, E., PROULX, J. y ST-YVES, M., "Angry or Sadistic: Two Types of Sexual Murderers", en J. Proulx, E. Beuregard, M. Cusson y A. Nicole (eds.), *Sexual Murderers: A Comparative Analysis and New Perspectives*, 2007, pp. 107/155.

(65) HILL, A., HABERMANN, N., BERNER, W., y BRIKEN, P., "Sexual Sadism and Sadistic Personality Disorder in Sexual Homicide", *Journal Of Personality Disorders*, 20(6), 2006, pp. 671/684.

(66) GRATZER, T. y BRADFORD, J.M., "Offender and Offense Characteristics of Sexual Sadists: A Comparative Study", en *Journal of Forensic Sciences*, 40(3), 1995, pp. 450/455.

(67) ARRIGO, B.A., y PURCELL, C.E., "Explaining paraphilias and lust murder: Toward an integrated model" en *International Journal Of Offender Therapy And Comparative Criminology*, 2001 45(1), 6/31.

(68) MACCULLOCH, M., GRAY, N., y WATT, A., "Britain's sadistic murderer...", *op. cit.*

vandálicos durante esta etapa, entre el 4,90-26% torturaba y se mostraba cruel con los animales; el 4,50-9,80% contacto peligrosos con el fuego, y el 21,30% mentía de forma recurrente. En cuanto a su contacto social, Proulx y otros mantienen que de los sádicos estaban aislados socialmente durante la infancia y la adolescencia en un 45% y 52,50% de los casos respectivamente. Hill y otros encontraron como esa cifra aumentaba hasta el 78,80% de los casos estudiados, pero no diferenciaron entre infancia y adolescencia. Además, el 73,80% de ellos habían presentado problemas en su entorno escolar; el 27,90% presencia de signos de trastorno de déficit de atención y un 41% trastornos del control de los esfínteres, principalmente enuresis. Finalmente, Proulx y otros destacaron la presencia de ciertos comportamientos inadecuados antes de haber cumplido los 18 años: 35,70% coleccionaba películas y revistas de carácter pornográfico; 31% había estado alguna vez en clubs de estriptis, y un 25% presentaba masturbación compulsiva. En relación a este último dato, resulta importante destacar como el 46,30% y el 56,10% de las personas, en la infancia y en la adolescencia respectivamente, presentaban intensas fantasías sexuales desviadas y de carácter agresivo.

En tercer lugar, deben considerarse las características de **personalidad** de los sujetos sádicos en la edad adulta. Existe un acuerdo muy amplio entre autores en determinar que en la mayoría de los casos de criminales sádicos analizados, alrededor del 84,50%, presentaban algún tipo de trastorno de la personalidad. En lo referente a cuáles son los patrones de personalidad más comunes, encontramos cierta disparidad de opiniones según el estudio consultado. Langevin habla de presencia de trastorno antisocial de la personalidad en el 40% de los casos, mientras Proulx y otros abogan por una mayor prevalencia del trastorno esquizoide de la personalidad (44%) y del trastorno de personalidad dependiente (46,70%). Por su parte, Hill y otros proponen, además del trastorno antisocial de la personalidad en un 37,70%, la presencia de trastorno sádico de la personalidad en un 36,10%. Otros autores, sin llegar a valorar la presencia de trastornos de la personalidad, manifiestan que los criminales sádicos se caracterizan por ser extremadamente manipuladores e interesados, preferir el aislamiento social, carecer de empatía y no arrepentirse de sus actos.

En cuarto lugar, pese a que no existe una amplia investigación al respecto, debemos hacer referencia a las características de **patología clínica psicopatológica u orgánica**. Los estudios nos permiten destacar

de presencia en un 55% de los casos de anomalías en el lóbulo frontal derecho y de un 33% de alteraciones inespecíficas en el cerebro. Por otro lado, según Eliseev y Kunikovskiy la sintomatología psicopatológica más frecuente en estos sujetos es distimia (95%), disforia (85%) y ansiedad (45%). Adicionalmente, la prevalencia de trastornos del espectro psicótico puede llegar a alcanzar el 30% según Langevin y en un 10,70% de los casos ha existido tentativas de suicidio.

En quinto lugar, se describen las características del **consumo de sustancias**. El porcentaje de sádicos con un historial significativo de abuso de sustancias varía entre el 40-80%, basándose principalmente en consumo de alcohol (56,52%), seguido de otras drogas tales como marihuana (52%), alucinógenos (39,13%), anfetaminas (34,78%) y cocaína (30,43%).

En sexto lugar, hacer mención de las características significativas en relación a los **hobbies** de estas personas. Diferentes investigaciones destacan como entre el 75-83% de los sádicos colecciona objetos relacionados con el sexo y/o la violencia. Por otro lado, estos mismo autores, sitúan entre el 47-53% de los agresores estudiados como coleccionistas de material pornográfico, el 37% poseía algún tipo de arma de fuego, el 10% coleccionaba algún tipo de arma blanca, el 27% disponía de parafernalia asociada al atado (*bondage*) y el 23% tenía revistas de detectives. Además, según Douglas, Burgess, Burgess y Ressler,⁽⁶⁹⁾ estos individuos son propensos a la colección de dispositivos sexuales, ropa interior de mujer, uniformes, insignias e identificaciones de autoridad, libros de procedimientos legales y de investigación criminal, instrumentos de tortura, cámaras y equipos de grabación. También suelen coleccionar objetos relacionados con los crímenes, como diarios, cartas, fotografías, videos o dibujos. De la misma manera, resulta frecuente que guarden ítems pertenecientes a las víctimas, como ropa interior, zapatos, joyería, identificaciones personales o en los casos más extremos, partes corporales.

En último lugar, resulta fundamental exponer las características relacionadas con la **sexualidad** de este tipo de agresor. La conducta sexual desviada principal, en el 100% de los casos, es el sadismo sexual. Además, en la mayoría de ellos, existen otras desviaciones sexuales secundarias tales como:

(69) DOUGLAS, J. E., BURGESS, A. W., BURGESS, A. G. y RESSLER, R. K., *Crime Classification Manual*, San Francisco, Jossey-Bass, 2006.

atado (40%), travestismo (20-39,30%), voyerismo (34,78%), exhibicionismo (20-42,90%), fetichismo (13-40%), pedofilia (33%) y frotismo (25%). Por otra parte, alrededor del 43% habían mantenido experiencias homosexuales y existe presencia de problemas de identidad sexual en el 13,04% de los casos. Langenvin establece que cerca del 63% de los agresores sádicos se perciben como sexualmente inadecuados y poco competentes; el 75% presenta dificultades para relacionarse directamente con las mujeres y un 38% de los casos sentían odio e ira hacia las mismas. Finalmente y de capital interés resulta observar cómo la gran mayoría de los sádicos (80%) presenta elaboradas fantasías sexuales desviadas de carácter violento y sádico.

12 | Características del crimen sádico

Debido a que el agresor sádico intenta llevar a cabo sus fantasías con la máxima precisión posible, de forma general, el crimen será de tipo **organizado**,⁽⁷⁰⁾ **ritualista**⁽⁷¹⁾ y **compulsivo**.⁽⁷²⁾ Ello se observará en las tres fases de todo acto criminal: **precrimen**, **crimen** y **postcrimen**.

Fase precrimen (48 horas previas a la agresión). Según Beauregard y otros,⁽⁷³⁾ los sádicos en esta fase por lo general presentan grandes sentimientos de baja autoestima, altos niveles de estrés, un estado emocional bajo, y agresividad y enfado mayoritariamente motivado por algún conflicto con alguna mujer. Es habitual el consumo de sustancias durante estas horas previas al crimen, siendo alcohol el principal consumo en el 64,30% de las veces y otras drogas en el 53,70% de los casos. También resulta importante destacar como durante esta fase, para los agresores sádicos el mundo de la fantasía es más importante que el mundo real, ello les lleva a planear concienzudamente sus agresiones entre el 80-95% de las ocasiones encontrando una satisfacción adicional en el proceso.

Fase crimen. El crimen es llevado a cabo en una zona de **confort** para el agresor (lugares físicos conocidos y donde se siente relativamente

(70) DOUGLAS, J. E., BURGESS, A. W., BURGESS, A. G. y RESSLER, R. K., *Crime Classification...*, *op. cit.*

(71) HAZELWOOD, R. R. y WARREN, J. I., *The Sexually...*, *op. cit.*

(72) SCHLESINGER, L. B., *Sexual Murder...*, *op. cit.*

(73) BEAUREGARD, E., PROULX, J. y ST-YVES, M., "Angry or Sadistic...", *op. cit.*

seguro para ejecutar el acto criminal). En éste puede extender el dominio sobre su víctima, por ello suele estar en posesión de un garaje, caravana o habitación dispuesta conforme a todo lo requerido para llevar a cabo sus fantasías sádicas (cadenas, cuerdas, armas, sistemas de grabación, etc.).⁽⁷⁴⁾

En el 100% de los casos, las víctimas son torturadas y en el 87% de las ocasiones muestran evidencia de haber sido atadas y amordazadas. Según Gratzler y Bradford,⁽⁷⁵⁾ los diferentes métodos de tortura incluyen: instrumentos destinados a ese propósito (26-55%), golpes (20-60%), inserción de objetos de forma dolorosa (25%), *bondage* con la intención de hacer daño (20%), mordiscos (16%) shocks eléctricos (15%), flagelación y torsión de los pechos (13%) y quemaduras (10%). Por su parte, Dietz y otros ponen de manifiesto que los actos sexuales llevados a cabo con la víctima acostumbra a ser diversos: 73% sodomía, 71% felación, 57% violación vaginal. Por el contrario, Gratzler y Bradford encontraron un menor número de presencia de estas conductas sexuales (21,40% sodomía; 17,90% felación y 39,30% violación vaginal). En su estudio analizaron otras características que pueden explicar esta diferencia: el 50% de los sádicos había sufrido disfunción sexual durante la realización del crimen. Independientemente del porcentaje, resulta evidente que la escena del crimen refleja las diferentes conductas sexuales desviadas comórbidas y secundarias al sadismo sexual, en la mayoría de los casos: fetichismo y *bondage*.

Otra característica del crimen es que la víctima acostumbra a estar retenida por más de 24 horas en el 60% de los casos hasta su liberación o hasta su asesinato. En aquellos casos donde la víctima es asesinada, el principal mecanismo fue la asfixia (manual o por ligaduras) entre el 40-60% de los casos, y en aquellos casos en que el mecanismo fue el apuñalamiento con arma blanca (10%), las víctimas presentaban múltiples puñaladas, un número mayor al necesario para provocarles la muerte, fenómeno llamado *overkill*. Por otro lado, los estudios demuestran que con la intención de recordar el crimen, entre el 60-80% de los sádicos cogen suvenires de la escena del crimen, tales como pertenencias de las víctimas (joyas, ropa, etc.) o partes de su cuerpo.

(74) CANTER, D. y YOUNGS, D., *Investigative Psychology...*, op. cit.

(75) GRATZLER, T. y BRADFORD, J.M., *Offender and Offense...*, op. cit.

Finalmente, Beauregard y otros observan la frecuente presencia de mutilaciones *pre* y *postmortem*, al igual que comportamientos necrofilicos.

Fase postcrimen. Según Canter y Youngs, es habitual que el individuo utilice guantes, limpie la escena o desplace o se deshaga del cadáver para evitar ser descubierto. Además, que intente disfrazar el crimen mediante otras conductas delictivas, como por ejemplo un robo, evitando descubrir su motivación sádica. Holmes y Holmes⁽⁷⁶⁾ también proponen que el agresor sádico estará muy interesado en los medios de comunicación, así la divulgación de su crimen también le proporciona sentimientos de poder y control adicionales. En el mismo sentido, Beauregard y otros acreditan cómo el agresor sádico se presta a colaborar con las fuerzas de seguridad para incrementar su sensación de poder. Al mismo tiempo destacan que una vez detenido, pese a mostrarse reticente en un inicio, el sádico tenderá a reconocer su crimen por el mismo motivo. En este sentido, Holmes y Holmes manifiestan que el agresor sádico pretende impresionar y darse a ver al mundo como un ser superior. Finalmente, Hill y otros observan cómo en torno al 85% de los agresores sádicos mantiene una memoria detallada y precisa del crimen cometido, de la cual disfrutaron, denotando un nulo arrepentimiento por sus actos violentos.

13 | Características de las víctimas

Como hemos visto anteriormente, en la mayoría de los agresores sádicos, el crimen es planeado concienzudamente y por ello dentro de la planificación se reserva un especial interés el proceso de selección de la víctima. En un 52,50% de los casos, las víctimas son escogidas en función de la fantasía del agresor, y cuando se trata de agresores seriales, el 50% de las víctimas cumplen un perfil similar entre ellas. En otras ocasiones, las víctimas tienen características comunes a mujeres de significativa importancia en la vida presente o pasada del agresor. De forma habitual, las víctimas son mujeres de raza blanca (70-90%) y desconocidas para el agresor, son seleccionadas en una zona específicas entre el 65-75% de las ocasiones. Según Douglas y otros, las víctimas no son abducidas de forma impulsiva, sino que la abducción corresponde a un patrón obsesivo de seguimiento

(76) HOLMES, R.M. y HOLMES, S.T., *Profiling Violent Crimes*, California, Sage Publications, 2002.

y acoso para asegurarse de que la víctima cumple con sus requisitos. El modo de aproximación a la víctima suele ser bajo el ofrecimiento de ayuda, pidiendo información o simulando ser una autoridad.

14 | Conclusión

En la actualidad resulta importante destacar que al hablar de **sadismo sexual** hacemos referencia a una patología de la sexualidad, reconocida en las principales clasificaciones internacionales, la cual implica la necesidad de ejercer control, poder, humillación y daño (físico o psicológico) sobre otro ser humano no consentidor para lograr obtener su propio placer sexual basado en permanentes fantasías sexuales sádicas, retroalimentadas a partir de la conducta criminal ejecutada.

En la literatura científica existen diversas clasificaciones y tipologías de **sadismo sexual**, si bien todas tienen en común la vertebración de la conducta en función de la gravedad de la conducta violenta realizada sobre la víctima. Por ello resulta clave profundizar en el estudio científico de los criminales sádicos con el objetivo de optimizar el proceso de detención, lo más precoz posible de esta clase de individuos, siendo para ello capital el uso de una misma conceptualización teórica.

Como hemos analizado a lo largo del presente estudio, entender los mecanismos que generan, motivan y promueven la agresión sádica no es sencillo. Pese a la existencia de una definición relativamente clara y tipificada del término **sadismo sexual**, en la actualidad todavía sigue dándosele un uso inadecuado en la conceptualización de los criminales sexualmente violentos.

Esto se debe a la confusión generada por los hallazgos en las escenas de crímenes violentos, especialmente, en poder identificar si tras los mismos se esconde una motivación de índole sexual y las fantasías que las reflejan o bien otro tipo. En contraposición, pese a los escasos estudios rigurosos realizados hasta la fecha, podemos concluir que la fantasía sexual sádica juega un rol fundamental, resulta ser el elemento catalizador, y permite la retroalimentación con la realidad en el desarrollo y mantenimiento de las conductas sádicas. Asimismo, cabe destacar el papel fundamental jugado por estas fantasías en la génesis y el mantenimiento de la conducta criminal sádica a través del refuerzo positivo que le supone al individuo

la regulación de los estados emocionales y de su excitación sexual. A su vez, el individuo encuentra en la fantasía un espacio de seguridad donde poner a prueba su conducta sádica y a sí mismo ante un futuro hecho criminal, la cual se retroalimenta a través de la experiencia que suponen los diferentes *acting out*. Del mismo modo, se ha puesto de manifiesto la influencia de **fantasía sexual sádica** en el agresor sádico, diferenciando sus características internas del resto de agresores violentos, determinando los componentes de su crimen y detallando los elementos claves de selección de sus víctimas.

Finalmente, resalta patente cómo el agresor sádico orienta su conducta en función de un terminado tipo de fantasía elaborada internamente, y cómo esta necesariamente se plasma en su conducta criminal; por ello resulta relevante disponer de conocimientos especializados en la investigación criminal ante estos tipos de actos violentos, permitiendo su detección y posterior nexos cuando se trate de crímenes seriales.

El consentimiento informado y el derecho a la salud en la atención de personas privadas de libertad⁽¹⁾

por VALERIA VEIGH WEIS⁽²⁾

I | Introducción

El presente trabajo procura abordar el consentimiento informado y la problemática del derecho a la salud en la población de personas privadas de libertad.

En primer lugar, se afrontarán los tratados e instrumentos internacionales en los que se recogen **el derecho a la salud**, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), los Principios de Ética Médica⁽³⁾ y las resoluciones e informes de la Organización Mundial

.....

(1) Este artículo recoge enseñanzas y aportes de compañeros de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, particularmente lo volcado en *El consentimiento informado y la atención en salud mental*, de Javier Ignacio Frías (abogado), María Noelia López (Lic. en Trabajo Social), y Alfonsina Povilaitis (Lic. en Psicología), así como un trabajo previo sobre el derecho a la salud mental en personas privadas de libertad.

(2) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal. Becaria CONICET.

(3) Estos principios se encuentran detallados en el texto de la Resolución 37/194, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/XII/1982.

de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, entre otros; como aquellos abocados específicamente al **derecho a la salud de las personas privadas de libertad**, a saber, Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de las Américas,⁽⁴⁾ El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,⁽⁵⁾ Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, entre otros⁽⁶⁾ y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.⁽⁷⁾

Asimismo, se explorarán algunos pronunciamientos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), del Comité de Derechos Humanos y de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, y en el plano nacional, del Consejo de Defensores Generales de la Provincia de Bs. As. y del Comité contra la Tortura perteneciente a la Comisión Provincial por la Memoria.

En tercer lugar, se señalarán los lineamientos del Protocolo de Estambul en lo atinente a la prevención de la tortura y de las exigencias deontológicas en este aspecto, donde se marca la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad como objetivo de la ética profesional, así como las fuentes tales como el derecho internacional, los códigos éticos internacionales y los nacionales o locales, con las especificaciones y repercusiones de los mismos.

Luego, se impone como principal objeto de atención el análisis de la **confidencialidad y consentimiento informado como ejes del tratamiento sanitario de las personas privadas de libertad, desde un eje de derechos humanos**. En esta vía, se analizarán las pautas básicas

(4) Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su 131 período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

(5) Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

(6) Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

(7) Número 126 del Consejo de Europa, Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

que comprenden la confidencialidad y el consentimiento informado, para luego analizar específicamente el segundo de estos elementos en tanto marca la participación ineludible de la persona privada de libertad en las decisiones y los alcances del tratamiento. De este modo, se abordará el Plexo normativo internacional en materia de consentimiento informado, luego la normativa local en la materia y, por último, el estudio específico del consentimiento informado en el encuentro con el paciente privado de libertad, donde se abordarán algunas experiencias provinciales.

Y después, a los efectos de ir delineando algún horizonte de superación de la problemática en la práctica cotidiana de los tratamientos en los privados de libertad, surge un posicionamiento en la materia —a ser problematizado y discutido—, y que es la **atención sanitaria por profesionales civiles e independientes como único cauce viable a los efectos de plasmar efectivamente los principios proclamados**. En este acápite, se destacará el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el precedente “Bayarri c/ Argentina” (2008).

Para finalizar, se presentarán unas cortas **reflexiones a propósito de un esbozo de conclusión** sobre la problemática carcelaria en general.

2 | Principios internacionales de derechos humanos en los que se asienta el derecho a la salud de las personas privadas de libertad

El derecho a la salud de las personas privadas de libertad reposa, en primer lugar, en su condición de personas en condiciones de igualdad con cualquier otro sujeto en condiciones de libertad (aunque con las implicancias de la especial condición de sujeción ya mencionada).

En esta línea, cabe recordar que el art. 75, inc. 22 CN, reformada en el año 1994, otorga jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, éste es el denominado bloque de constitucionalidad federal.

Es fundamental tener en cuenta que cuando un Estado ratifica un tratado de derechos humanos, se asumen obligaciones en los términos y significados del instrumento internacional, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Corte IDH, OC-2/82 del 24/09/1982).

En cuanto a la aplicación de dichos tratados en nuestro país, nuestro máximo Tribunal de Justicia Federal ha sostenido que "... en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional...".⁽⁸⁾ Posteriormente, la Corte expresó que deben valorarse como reglas hermenéuticas las opiniones vertidas en los informes emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en tanto *soft law*.⁽⁹⁾

Dentro de dicho bloque, en el sistema Naciones Unidas encontramos, en lo que atañe al derecho a la salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) en su art. 25.1: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Mientras, en el sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se encuentra la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948): "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" (art. XI).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), en su art. 7°, prevé que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".⁽¹⁰⁾ Este

.....

(8) CSJN, "Giroldi", consid. 12.

(9) CSJN, "Bramajo", 12/09/1996, consid. 8.

(10) Aquí aparece, por vez primera en el derecho internacional, el concepto de consentimiento informado.

artículo representa una ampliación del art. 5° de la ya nombrada Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), en el art. 12.1, se establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".⁽¹¹⁾

Es particularmente a partir del citado art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC) y del abordaje de la Organización Mundial de la Salud en la Declaración de Alma Ata (OMS),⁽¹²⁾ que se encuentra receptado normativamente un concepto integral de Salud/Salud Mental, no sólo como ausencia de enfermedad, sino como aspiración al mejor nivel de vida posible.

Ahora bien, es entonces que en lo que atañe a las personas privadas de libertad que se encuentran dentro del conjunto de portadores de este derecho⁽¹³⁾ y, en base a estos presupuestos amplios, es exigible respecto de éstos que el derecho a la Salud abarque las condiciones materiales de detención, alojamiento, alimentación, seguridad personal, condiciones de las requisas, preservación de las relaciones afectivas, entre otros. Y así lo establecen los puntos 9, 10, 11, 12, 13 y 26 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, colocando en el servicio de salud el control de las exigencias normativas, conforme al art. 26.1 del mismo cuerpo legal.⁽¹⁴⁾

(11) Y aquí por primera vez se incluye la salud mental como parte integrante del derecho a la salud.

(12) Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, publicada el 12 de septiembre de 1978.

(13) Máxime bajo los lineamientos de la doctrina de la sujeción especial que surgen de distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos "*Panchito López*" del 13 de diciembre de 2004 y "*Urso Branco*" del 17 de abril de 2002, y Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "Verbistki"* del 11 de mayo de 2005.

(14) 9. 1) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. 2) Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate.

Asimismo, lo reseña taxativamente el principio X de los Principios y Buenas Prácticas para las Personas Privadas de Libertad de las Américas: “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social...”.

El énfasis sobre el aseguramiento de la salud en este colectivo, reposa en el hecho de que las instituciones totales —manicomios, instituciones monovalentes en general⁽¹⁵⁾ y unidades carcelarias—, en tanto lugares de encierro que estigmatizan y fijan roles, producen necesariamente un deterioro de la salud/salud mental por el sólo hecho de encontrarse la persona en ellas. Es entonces que cualquier individuo que se encuentre

.....

10. Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.

11. En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista.

12. Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente.

13. Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado.

14. Todos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios.

26. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado. 2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

(15) Se denomina bajo esta acepción a toda aquella institución con internación que reduce a la persona que se encuentra alojada bajo un único rótulo, reduciendo la complejidad por la que la persona es susceptible de ser definida bajo un único carácter.

inserto en un dispositivo de encierro, se encuentra ultrajado en su derecho a la salud.⁽¹⁶⁾

En esta lógica, el Estado es llamado a intervenir en el aseguramiento del derecho al acceso a la Salud de los privados de libertad, en un mandato de garantía que resulta doble, en tanto se superponen la situación de encierro y la condición de vulnerabilidad de sus titulares. Así lo expresó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso de Renolde c/ Francia de fecha 16 de octubre de 2008:

“Joselito Renolde murió el 20 de julio de 2000 luego de haberse ahorcado en su celda en la prisión de Bois-d’Arcy, en Francia, donde se encontraba con detención preventiva. En vista de la obligación del Estado para tomar medidas operativas de prevención para proteger una persona cuya vida estaba en riesgo, se pudo haber esperado que las autoridades que estaban a cargo de un recluso del que se sabía que sufría de trastornos mentales graves y que ostentaba riesgo de suicidio, tomaran medidas especiales orientadas a contener su enfermedad para asegurar la compatibilidad con la detención continua”.

Y es que el principio de legalidad en la ejecución de la pena —ver ley nacional 24.660— impone que la misma no puede afectar más derechos que los estrictamente afectados por la privación de libertad, so riesgo de incurrir en una manifiesta causal de discriminación.⁽¹⁷⁾ Ello se potencia en el riesgo de doble discriminación para el caso de los procesados, quienes conservan su estatus de inocencia.

La regla ha de ser, entonces, el pleno reconocimiento, ejercicio y tutela —operatividad— de todos los derechos no estrictamente afectados por la sentencia, en aplicación del principio de legalidad que debe regir en la ejecución penal. Se debe recordar que sientan las reglas para la ejecución de la pena privativa de libertad, especialmente la defensa de la dignidad e inviolabilidad del interno, su derecho a condiciones de encierro

(16) GOFFMAN, E., *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*; Bs. As., Amorrortu Editores, 1961.

(17) Susceptibles de ser encuadrados en la ley de antidiscriminación en Argentina: ley 23.592 Discriminación. Sanc. 3/08/1988; prom. 23/08/1988; BO 5/09/1988.

adecuadas, la prohibición de torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la no discriminación, la readaptación social como aspiración de la ejecución de la pena privativa de libertad y especialmente el acceso a la justicia, la tutela judicial suficiente y el debido proceso.

Lo que es más, la propia condición de privado de la libertad genera un cúmulo accesorio de derechos que deben ser operativizados por el Estado como derivación de la propia restricción que éste aplica a la persona y que implica que ella misma no pueda satisfacerlos. El Estado deviene garante de los derechos fundamentales del privado de libertad.

En esta lógica, la falta de atención médica no es una pauta inherente al encierro, sino todo lo contrario. El aseguramiento del derecho a la salud en el sentido amplio asentado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Principios para los Privados de Libertad de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud son un imperativo al que el Estado debe responder. De este modo, no satisfacer los recaudos exigidos por estos estándares constituye una vulneración a los derechos humanos de la persona. Su contracara necesaria es que el reclamo por parte de la persona privada de libertad de la exigencia de respeto por sus derechos en modo alguno constituye una indisciplina, sino el legítimo ejercicio de un derecho.

A nivel normativo, entre Las Reglas Básicas para el Tratamiento de los Reclusos,⁽¹⁸⁾ se destaca el Principio 9 (“Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”) y entre el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, el Principio 24 (“Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con el menor retraso posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”).

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955 establecen en el acápite “Servicios Médicos” que “Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general

(18) Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resol. 45/111, del 14/12/1990.

del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales” (art. 22.1) y que “El médico estará de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención. 2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión” (art. 25.1). Asimismo, se agrega la exigencia de que el médico realice inspecciones regulares y asesore al director de la unidad respecto de “a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado” (art. 26.1).

Según el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes debe regir igualdad en la asistencia de los privados de libertad, siendo el estándar que

“...38. Un servicio de asistencia sanitaria de una prisión debería poder proporcionar tratamiento médico y cuidados de enfermería, así como las dietas apropiadas, fisioterapia, rehabilitación o cualquier otra atención especial necesaria en unas condiciones comparables a aquellas que disfrutaban los pacientes de la comunidad exterior. Se debería adaptar el suministro de personal médico, técnico y enfermeros, así como las instalaciones y el equipo”.

Se ha dicho allí que las personas privadas de libertad conservan su derecho fundamental de gozar de una buena salud, tanto física como mental, así como a una atención médica cuyo nivel sea, como mínimo, el mismo que goza la población en general. Y que, en consecuencia, las administraciones penitenciarias no sólo tienen la responsabilidad de prestarles atención médica, sino también de disponer de las condiciones que promuevan su bienestar y que no deben abandonar la prisión en un estado peor al

que tenían cuando ingresaron. Por ello, los problemas de salud preexistentes deben recibir apoyo particular, al igual que muchos otros cuyo estado de salud mental puede verse significativa y adversamente afectado por el hecho de estar encarcelados. El hacinamiento encarna la potencialidad de mayor deterioro físico y mental.⁽¹⁹⁾

Entre los Principios de Ética Médica de las Naciones Unidas aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se destaca el Principio 1 que impone que “El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas”.

En lo que atañe a los pronunciamientos de organismos internacionales, se destaca que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha manifestado que, incluso en épocas de crisis económica, nada puede exonerar al Estado de su responsabilidad de atender las necesidades de aquellas personas a quienes se ha privado de su libertad. Asimismo, ha expuesto con toda claridad que estas necesidades incluyen los suministros médicos apropiados en cantidad suficiente.

Ello se refuerza en tanto que el Estado no puede ampararse en la falta de recursos para abstenerse de cumplir con estas obligaciones, evadiendo el riesgo de que se abstenga de satisfacer los derechos bajo el eufemismo de la “protección integral de derechos”. Lo que es más, el Estado asume la posición de garante respecto de los privados de libertad en virtud de la especial relación de sujeción que se establece, tal como se afirmó párrafos arriba.

La Corte IDH en el Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay⁽²⁰⁾ ha dicho explícitamente que:

(19) COYLE, ANDREW, “Los reclusos y la atención sanitaria”, en *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, Londres, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009, pp. 47/48.

(20) Corte IDH, sentencia del 02/09/2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia.⁽²¹⁾ De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.

154. La privación de libertad trae, a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática”.

(21) Aquí se cita “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri”, *supra* nota 26, párr. 98; “Caso Juan Humberto Sánchez”, sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C N° 99, párr. 111; y “Caso Bulacio”, *supra* nota 56, párr. 138. En el mismo sentido, ver “Caso de la Cárcel de Urso Branco”, *supra* nota 54, considerando sexto; y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Medidas Provisionales”, resolución de la Corte IDH, 07/05/2004, considerando 13.

En nuestro país, conforme los registros epidemiológicos estimados por la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones en conjunto con la Organización Panamericana de la Salud, más del 21% de la población mayor de 15 años detenta alguna problemática en Salud Mental. Si bien la ausencia de registros en las unidades carcelarias impide extrapolar los datos, los análisis aproximatorios permiten advertir que los porcentajes serían altamente superiores en el marco del sistema penitenciario.⁽²²⁾

Las ya citadas Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes lo respaldan: "41. En comparación con la población general, hay una alta incidencia de síntomas psiquiátricos entre los presos". En esa lógica, se promueve la necesidad de que la asistencia sanitaria en prisiones contemple programas de prevención del suicidio en tanto: "57. La prevención contra el suicidio es otro de los asuntos que se incluyen dentro de los objetivos del servicio de asistencia sanitaria en las prisiones. Dicho servicio debería garantizar que exista una concienciación adecuada de este tema en todo el establecimiento y que se hayan tomado las medidas adecuadas".

Las condiciones de detención son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, particularmente en lo atinente al derecho a la salud desde la visión amplia, y así lo advirtieron las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos "Argentina" de noviembre del año 2000, las que hicieron hincapié en los arts. 7° y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que recabaron que "... la gran superpoblación y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, como la alimentación, ropa y atención médica, son incompatibles con el derecho de toda persona a un trato humano y con el respeto de la dignidad inherente al ser humano".

Por su parte, también lo hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre la situación de las cárceles de la provincia de Mendoza en 2006.⁽²³⁾ Si bien el Estado receptó luego lo propuesto por la Corte, en la supervisión del cumplimiento de las medidas en 2010,

.....

(22) *Op. cit.*; Boletín Epidemiológico n° 1.

(23) Corte IDH, 30 de marzo de 2006; Medidas Provisionales en el caso de las Penitenciarias de Mendoza.

“...destacó que seguían presentándose suicidios y observó que el Estado omitió presentar información precisa respecto de las condiciones de las instalaciones sanitarias, del acceso al agua potable y de las medidas de higiene”.⁽²⁴⁾

Asimismo, ello se advierte en los informes elaborados por las Relatorías sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la Organización de Estados Americanos. En el informe del Relator Rodrigo Escobar Gil de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, publicado el 23 de junio de 2010, se revelaron “las dramáticas condiciones en que se encuentran las personas privadas de libertad en las cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires” y se exhortó al Estado a “asegurar las condiciones mínimas de detención que sean compatibles con la dignidad humana”.

En la misma línea, el 17 de marzo de 2011, representantes de los mecanismos contra la tortura del sistema de Naciones Unidas y la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Corte IDH mostraron su preocupación por las condiciones de detención en América, resaltando la problemática de “...el hacinamiento y la superpoblación; las deficientes condiciones de detención a nivel de infraestructura y en relación con la falta de provisión de servicios básicos, como alimentación, agua potable, atención médica, y condiciones higiénicas adecuadas”.

Y, a nivel local, en igual sentido se expidió el Consejo de Defensores Generales de la Provincia de Bs. As. en el marco del “Protocolo General de Actuación para el Monitoreo de las Condiciones de Detención en las Unidades Carcelarias de la Provincia de Buenos Aires”, aprobado por el Consejo de Defensores en el mes de noviembre de 2008 —específicamente, en el informe final del período junio 2009-junio 2010—.

Por su parte, el Comité contra la Tortura perteneciente a la Comisión Provincial por la Memoria, respecto de la población penal de la Provincia de Buenos Aires, expresó en su Informe 2010, que:

.....

(24) Resolución de fecha 20 de noviembre de 2010 de evaluación de las medidas provisionales respecto de Argentina en el asunto de las Penitenciarias de Mendoza.

“...uno de los aspectos que configura el agravamiento de las condiciones de detención y se ha constituido en uno de los problemas más graves en 2009 es el de la falta de atención médica o bien la atención médica deficiente (...). El padecimiento físico y psicológico que ocasiona a los detenidos percibir el agravamiento de su enfermedad, la angustia de saber que no será atendido y si lo es será de manera deficiente, lo conducen a un estadio de desintegración de la personalidad que profundiza el deterioro (...). Se realizaron 312 *habeas corpus* por detenidos sin atención médica en 33 unidades penitenciarias, representando el 11,27% de los *habeas corpus* totales presentados (...). por atención médica deficiente se presentaron, en 2009, 124 *habeas corpus* que representan un 4,48% de los *habeas* totales”.⁽²⁵⁾

De este modo, se advierte cómo tanto la normativa como la jurisprudencia internacional en la materia unívocamente establecen que, frente a toda persona que se encuentra privada de su libertad, existe el deber del Estado de efectivizar la atención sanitaria en el marco de las obligaciones positivas asentadas en los tratados internacionales de derechos humanos y el especial deber de garantía. El eje axiológico sobre el que reposa esta obligación estatal es la no discriminación respecto de la población en general en el acceso a los sistemas de salud.

3 | La ética en la atención sanitaria de las personas privadas de libertad, según el Protocolo de Estambul

Ahora bien, aceptado el estándar internacional de derechos humanos que avala el aseguramiento del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, cabe atender a los lineamientos del Protocolo de Estambul en lo que hace a la regulación de la práctica de los profesionales de la salud, como condición necesaria a los efectos de arribar a una efectivización plena de este derecho.

(25) COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA, Comité contra la Tortura, Informe Anual 2010, Bs. As., Latingráfica, 2010, pp. 123/124.

Ello resulta primordial en tanto la atención de la salud en el ámbito del encierro conlleva un sinnúmero de situaciones controvertidas, de conflicto de intereses y deberes en cabeza de los profesionales de la salud, así como la eventualidad de que las afectaciones en la salud de la persona privada de libertad se encuentre vinculada con el ejercicio concreto de la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes infligidos por el propio personal del lugar de detención, que puede ocupar una función de jerarquía superior o igual al del profesional de la salud actuante. Asimismo, no se puede soslayar que en algunas ocasiones pueden ser los propios profesionales de la salud los involucrados en estos repudiables hechos.

Entonces bien, a los efectos de regular las prácticas y prever estas problemáticas, tal como se expresa en el capítulo II del Protocolo de Estambul, todas las profesiones trabajan de conformidad con códigos éticos en los que se describen los valores comunes y se reconocen los derechos de los profesionales, estableciendo las normas morales que, según se espera, deben respetar.

A partir del punto 50 del Protocolo, se señala que existe un vínculo estrecho entre los derechos humanos y los principios de la ética en la atención de salud, estableciéndose que:

“El principio básico del conjunto de la ética de la atención de salud, cualquiera que sea la forma como se enuncie, es el deber fundamental de actuar siempre de conformidad con los mejores intereses del paciente, sean cuales fueren las limitaciones, presiones u obligaciones contractuales... (y que)... incluso cuando los principios de la ética no están determinados de esta forma por la ley, todos los profesionales de la salud están moralmente obligados a respetar las normas establecidas por sus organismos profesionales”.

En lo que hace a los destinatarios en materia de responsabilidad de los profesionales de la salud, tal la letra del Protocolo, se bifurca en tres ramas que exceden al receptor director de los servicios profesionales: son efectivamente los pacientes individuales, pero también la sociedad en su conjunto y los colegas y/o el honor de la profesión. Ello se impone como contratara del amparo de los derechos fundamentales de toda persona que se vincula con profesionales jurídicos o de la salud. Responsabilidad profesional y derechos fundamentales son entonces un complejo inescindible.

Estas normas éticas presentan una triple fuente: los instrumentos internacionales preparados por organismos como las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales de profesionales de la salud y los códigos de principios locales preparados por los propios profesionales, mediante sus asociaciones representativas, en el ámbito local o nacional.

Entonces bien, en un primer plano y desde el ámbito del derecho internacional como fuente de contenido, se revela que los profesionales de la salud, como todas las demás personas que trabajan en los sistemas penitenciarios, están obligados a observar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,⁽²⁶⁾ en las que se exige que todas las personas privadas de libertad, sin discriminación, tengan acceso a servicios médicos, incluidos servicios psiquiátricos, y que se vea diariamente a todos los enfermos o a aquellos que soliciten tratamiento y se asignan importantes funciones a los médicos en lo relativo a la prevención de la tortura, el hacinamiento y la insalubridad, entre otras.

Asimismo, se impone el respeto por los Principios de Ética Médica⁽²⁷⁾ aplicables a la función del personal de salud, en la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, se les prohíbe el uso de sus conocimientos y técnicas de medicina en forma contraria a lo prescripto por las declaraciones internacionales, así como, claro está, participar activa o pasivamente, en la tortura o condonarla de cualquier forma que sea.

Se destaca en este último punto que cuando se alude a “participación en la tortura” se entiende también el evaluar la capacidad de un sujeto para resistir a los malos tratos; el hallarse presente ante malos tratos, supervisarlos o infligirlos; el reanimar a la persona de manera que se la pueda seguir maltratando o el dar un tratamiento médico inmediatamente antes, durante o después de la tortura por instrucciones de aquellos que con toda probabilidad son responsables de ella; el transmitir a torturadores sus conocimientos personales o información acerca de la salud personal del sujeto; el descartar internacionalmente pruebas y falsificar informes como informes de autopsia y certificados de defunción. Sin embargo,
.....

(26) Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas Mínimas, adoptadas por las Naciones Unidas en 1955.

(27) Adoptados por la Asamblea General en 1982.

debe problematizarse que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos le imponen dar el apto médico para las celdas de aislamiento.

En un segundo lineamiento, se agregan las declaraciones de organismos profesionales internacionales, como la Asociación Médica Mundial, la Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial, la Declaración de Hawaii de la Asociación Psiquiátrica Mundial, la Conferencia Internacional de la Medicina Islámica en su Declaración de Kuwait, entre otras.

Se resalta aquí que los profesionales de la salud tienen el deber de apoyar a los colegas que se oponen abiertamente a las violaciones de los derechos humanos. El no hacerlo supone no sólo violar los derechos de los pacientes y contradecir las Declaraciones antes citadas, sino además desacreditar a las profesiones sanitarias. El menoscabar la honra de la profesión se considera como un comportamiento gravemente perjudicial para la profesión.

Indica el instrumento que el tercer nivel de articulación de los principios éticos es el de los códigos profesionales nacionales o locales. En ellos se destacan principios comunes, a saber: el principio de la independencia profesional que exige que, en todo momento, el profesional de la salud se concentre sobre el objetivo fundamental de aliviar el sufrimiento y la angustia y evitar dañar al paciente, ignorando todas las presiones; el deber de dar una asistencia compasiva; el deber de dar asistencia, que incluye la obligación de dar atención de emergencia como deber humanitario.

En lo que hace al deber de asistencia se destaca que todo el mundo tiene derecho a una atención de salud adecuada, independientemente de factores como origen étnico, ideas políticas, nacionalidad, género, religión o méritos individuales. Aquí se incluye a las personas acusadas o condenadas por delitos con igual derecho moral a una atención adecuada. La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial pone de relieve que el único criterio aceptable para discriminar entre los pacientes es el de la urgencia relativa de sus necesidades médicas.

Particularmente en nuestro país y en lo que hace a la atención psicológica,⁽²⁸⁾ la ley 23.277 describe tales actividades de la siguiente manera:

.....

(28) Abordaremos únicamente este instrumento a modo ejemplificativo en virtud de lo complejo y extenso de la temática.

“Artículo 2: Se considera ejercicio profesional de la psicología, a los efectos de la presente ley, la aplicación y/o indicación de teorías, métodos, recursos, procedimientos y/o técnicas específicas en: a) El diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la personalidad, y la recuperación, conservación y prevención de la salud mental de las personas. b) La enseñanza y la investigación. c) El desempeño de cargos, funciones, comisiones o empleos por designaciones de autoridades públicas, incluso nombramientos judiciales. d) La emisión, evaluación, expedición, presentación de certificaciones, consultas, asesoramiento, estudios, consejos, informes, dictámenes y peritajes”.⁽²⁹⁾

Algunas de las áreas de incumbencia del ejercicio profesional establecidas son:

Realizar acciones de orientación y asesoramiento psicológico tendientes a la promoción de la Salud y la prevención de sus alteraciones. Realizar acciones tendientes a promover la vigencia de los derechos humanos y efectuar estudios, asesorar y operar sobre las repercusiones psicológicas derivadas de la violación de los mismos. Participar, desde la perspectiva psicológica en la planificación, ejecución y evaluación de planes y programas de salud y acción social. Asesorar, desde la perspectiva psicológica, en la elaboración de normas jurídicas relacionadas con las distintas áreas y campos de la psicología.⁽³⁰⁾

Por su parte, la introducción al Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (Fe.PRA) plantea la siguiente distinción:

“El Preámbulo y la Declaración de Principios constituyen objetivos deseables que guían a los psicólogos hacia los más elevados ideales de la Psicología; expresan así el espíritu de este Código y si bien no son en sí mismos reglas obligatorias deben ser considerados prioritariamente ya que constituyen el fundamento mismo del actuar ético de los psicólogos. Las

.....

(29) Ley 23.277 de Ejercicio Profesional de la Psicología, en BO N° 25.806, 15/11/1985.

(30) Arts. 19 y 20 de Incumbencias de los Títulos de Psicólogo y Licenciado en Psicología, resolución N° 2447 del Ministerio de Educación y Cultura, 20/09/1985.

disposiciones deontológicas establecen reglas de conducta profesional, las que expresan deberes que afectan a todos los profesionales psicólogos, considerando que descuidar estos deberes atenta contra los derechos de los receptores de los servicios profesionales".⁽³¹⁾

Respecto de la Declaración de Principios, el propio Código informa que:

"El Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (Fe.PRA), hace suyos los siguientes Principios Generales, acordados por los países miembros y asociados del Mercosur en la ciudad de Santiago de Chile, 7 de noviembre de 1997". El primer principio que establece se titula *Respeto por los derechos y dignidad de las personas*: "Los psicólogos se comprometen a hacer propios los principios establecidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos..."

De esta simple ejemplificación, se pretende esclarecer que los códigos de ética profesionales pretenden, como fin privilegiado, resguardar los derechos de la persona que es objeto de la práctica de salud, en base al respeto y la protección del derecho a la privacidad, autodeterminación, libertad y justicia, promoviendo fundamentalmente la protección de los derechos humanos.⁽³²⁾

Así, las normas tutelan los valores contemplados en los derechos humanos que toman de este modo fuerza jurídica.⁽³³⁾ De ello, no pueden estar exentas las personas privadas de libertad.

(31) Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (Fe.PRA). Publicado en CALO, O.; HERMOSILLA, A. M, *Psicología, Ética y Profesión: Aportes deontológicos para la integración de los psicólogos del Mercosur*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2000.

(32) Ver DOMÍNGUEZ, M. E., "Los derechos humanos entre la deontología profesional y la ética del no-todo", en *XIV Jornadas de Investigación. Tercer Encuentro de Investigadores del Mercosur. "Investigación en Psicología, su relación con la Práctica Profesional y la Enseñanza"*, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, 9, 10 y 11 de Agosto de 2007.

(33) SALOMONE, GABRIELA Z., "Responsabilidad profesional: las perspectivas deontológica, jurídica y clínica", en *Práctica de Investigación: La Psicología en el ámbito jurídico. Reflexiones ético-clínicas a través de un estudio cualitativo de casos*, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.

4 | Confidencialidad y consentimiento informado como ejes del tratamiento sanitario de las personas privadas de libertad, desde un eje de derechos humanos

Asentadas las finalidades que guían a los profesionales de la salud desde una visión deontológica, cabe adentrarse en los ejes sobre los que debe asentarse la concreta práctica en el marco del tratamiento.

En esta línea, surgen dos axiomas fundamentales en el abordaje sanitario de la persona: la confidencialidad y el consentimiento informado (Capítulo 3, punto C, apartados 2 y 3 del Protocolo de Estambul). Estos ejes del tratamiento se imponen como un cambio paradigmático en la forma de concebir al destinatario de los servicios de salud. Ya no se trata del objeto de un tratamiento en el que los profesionales de la salud saben y aplican lo mejor para aquél, sino que se lo concibe como un sujeto de derecho capaz de decidir lo mejor para sí. Así las cosas, "62 (...)Un precepto absolutamente fundamental de la ética médica moderna es que los propios pacientes son los mejores jueces de sus propios intereses".

El deber de consentimiento informado no es sino el presupuesto de asumir el derecho a la autodeterminación por parte del paciente, mientras la confidencialidad es el compromiso que plasma el deber de secreto profesional. Ambos son la contratara del respeto por los derechos fundamentales del paciente a la autodeterminación y la privacidad. Y, asimismo, se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en tanto la única vía para quebrantar la confidencialidad en el marco del tratamiento, debiera ser —en principio— el consentimiento informado del paciente.

Este anclaje requiere, claro está, de un gran compromiso por parte de los profesionales de la salud en alentar el diálogo como pieza fundamental del tratamiento a los efectos de dar prioridad a los deseos del paciente. El presupuesto de ello es que los sujetos necesitan conocer las consecuencias que pueda tener su consentimiento tanto para llevar a cabo

determinada práctica de salud como para que lo expresado en el marco del tratamiento sea conocido por terceros, y por ello, el profesional de la salud deberá explicar con toda franqueza cuál es el objetivo y los riesgos de cada intervención y cada hecho a ser transmitido a personas ajenas al tratamiento. Cabe atenderlos detalladamente.

4.1 | Confidencialidad

En lo que hace estrictamente a la confidencialidad, señala el Protocolo que “64. Todos los códigos éticos, desde el juramento hipocrático hasta los más modernos, incluyen el deber de confidencialidad como un principio fundamental que también se sitúa en primer plano en declaraciones de la Asociación Médica Mundial, como la Declaración de Lisboa”.

La álgida problemática que encierra este principio es que se trata de un deber no absoluto, sobre todo la pregunta sobre si se podría incumplir éticamente con el deber de confidencialidad en circunstancias excepcionales cuando el no hacerlo podría previsiblemente provocar graves daños a personas o graves perturbaciones a la Justicia. Ahora bien, los límites son difusos y la colisión como la obligación de denunciar el conocimiento de un delito que abarca a los profesionales de la salud cuando desempeñan roles de funcionario público complejizan los extremos de la problemática. Sin perjuicio de ello, huelga aclarar que el principio general es que prima el deber de confidencialidad.

El Protocolo no soslaya esta encrucijada y analiza la situación de los profesionales de la salud que en términos generales —más allá de su carácter de funcionario público— poseen una doble obligación ante el paciente y ante la sociedad en general. El Protocolo enfatiza el caso de los profesionales que se desempeñan en servicios de policía, ejército, servicios de seguridad o sistema penitenciario, donde los intereses de los superiores jerárquicos o de los compañeros de trabajo pueden entrar en colisión con los mejores intereses de los pacientes privados de libertad. Aquí la letra del Protocolo no deja lugar a titubeos: “Cualesquiera que sean las circunstancias de su empleo, todo profesional de la salud tiene el deber fundamental de cuidar a las personas a las que se pide que examine o trate. No pueden ser obligados ni contractualmente ni por ninguna otra consideración a comprometer su independencia profesional. Es preciso

que realicen una evaluación objetiva de los intereses sanitarios de sus pacientes y actúen en consecuencia”.

Se insiste en que se trata de una decisión axiológica indiscutible y que de modo alguno el estar privado de libertad puede constituir una excepción a los efectos del deber de confidencialidad. De modo contrario, ninguna información pueda ser revelada sin conocimiento del paciente, por lo que deben asegurarse de que sus registros se conservan confidenciales, a lo que se agrega el deber de vigilar y denunciar a cualquier servicio que actúe de forma contraria a la ética, abusiva, inadecuada o peligrosa para la salud del paciente. En estos casos, tienen el deber ético de adoptar medidas inmediatas ya que si no actúan sin pérdida de tiempo, más tarde les puede ser más difícil protestar. Deben comunicar el asunto a las autoridades competentes o a organismos internacionales que puedan realizar una investigación, pero sin exponer a los pacientes, a sus familias o a ellos mismos a riesgos serios previsible.

En el caso mencionado de que una ley obligue a brindar información al profesional, el Protocolo señala que las declaraciones internacionales y nacionales de preceptos éticos mantienen un consenso en el sentido de que otros imperativos, incluida la ley, no pueden obligar al profesional de la salud a actuar en contra de la ética médica y de su conciencia. En esos casos, el profesional de la salud deberá negarse a cumplir una ley o un reglamento en lugar de comprometer los preceptos básicos o exponer a sus pacientes a un grave peligro.

De surgir de la atención sanitaria, la existencia de pruebas de tortura, deberán adecuarse los actos a seguir de conformidad con el consentimiento del paciente, debiéndose abrigar la solución que más se ajuste a los principios de justicia, pero sin descuidar el consentimiento del paciente.

El Protocolo marca la excepción atinente a los médicos forenses que en general sí tienen la obligación de comunicar objetivamente sus observaciones. Allí, el paciente tiene menos poder y capacidad de elección en tales situaciones y también es posible que no pueda relatar francamente qué es lo que le ha ocurrido. Antes de iniciar el examen, el médico forense explicará cuáles son sus funciones ante el paciente y dejará bien claro que

normalmente la confidencialidad médica no forma parte de ellas, como sucedería en un contexto terapéutico. Cabe aclarar que ello no ocurre en la actualidad de nuestras prácticas.

En el caso de los profesionales de la salud afectados a las unidades penitenciarias, ante falta de consentimiento informado del paciente para labrar una denuncia deben tomar en consideración cuáles son los mejores intereses del paciente y su deber de confidencialidad, pero existen también fuertes argumentos morales para que el médico denuncie la evidencia de malos tratos, ya que con frecuencia los propios prisioneros son incapaces de hacerlo efectivamente.

En ese caso, debe ponderar el riesgo y el peligro potencial para ese paciente concreto contra los beneficios que para la población penitenciaria en general y para los intereses de la sociedad puede reportar el prevenir que se perpetúen esos abusos. De darse ello, se debe cuidar de realizar la denuncia en una jurisdicción diferente a los efectos de evitar represalias para los propios profesionales.

4.2 | Consentimiento informado

4.2.1. Antecedentes históricos

El consentimiento informado como parte integrante de la lógica del tratamiento encuentra históricamente su punto de inflexión en el Código de Ética de 1947 (Código de Núremberg. Normas éticas sobre la experimentación con seres humanos). Allí surgió un reconocimiento cada vez mayor de los derechos de los pacientes que definió las responsabilidades de los proveedores de servicios de salud y del Estado con respecto a ellos. En 1947, el Código de Núremberg afirmó que en todas las circunstancias se necesita el consentimiento voluntario del sujeto humano para someterlo a investigaciones médicas. En la Declaración de Helsinki (1964) se detallaron más los principios contenidos en el Código y se vincularon con las obligaciones éticas de los médicos, esbozadas en la Declaración de Ginebra (1948).

En 1994, en la Declaración de Ámsterdam sobre los derechos de los pacientes, de la Organización Mundial de la Salud, se estipuló que el

consentimiento informado es el requisito previo a toda intervención médica, y se garantizó también el derecho a rechazar o detener las intervenciones médicas. El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y atribuye a los proveedores de servicios de salud deberes y obligaciones conexos. Sus justificaciones normativas éticas y jurídicas dimanar del hecho de que promueve la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar del paciente.⁽³⁴⁾

Entre los instrumentos regionales en los que se protege el derecho al consentimiento informado, se encuentran el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, elaborado por el Consejo de Europa (Convenio de Oviedo) y aprobado en 1997, y su protocolo adicional relativo a la investigación biomédica (European Treaty Series (ETS) 195); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva sobre los ensayos clínicos del Parlamento Europeo y del Consejo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Organización Mundial de la Salud (OMS), el primer Relator Especial y muchos otros interesados han elaborado un análisis del derecho a la salud para facilitar su comprensión y aplicación. En la observación general número 14 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se anuncian los requisitos del respeto, la protección y la realización del derecho a la salud, que abarcan tanto libertades como derechos.

Tal como aclara el Dr. Alfredo Achával,⁽³⁵⁾ "Las Convenciones Internacionales que van desde el Derecho del Paciente del siglo pasado, permitieron pasar a las del Derecho al Consentimiento como problema bioético y jurídico y su finalidad: llegar a plasmarlo como ley de cumplimiento efectivo. La Convención Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en su 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO del 19 de octubre de 2005, así también lo impulsa".

(34) Ver informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, "El derecho a la salud y el consentimiento informado".

(35) Conferencia pronunciada por el Académico Correspondiente Dr. Alfredo Achával en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires en la sesión pública del 29 de agosto de 2006, presentada por el Dr. Mariano Castex.

Por último, caben destacar las fuentes enumeradas por el Dr. Mariano Castex, a saber: el Juramento Hipocrático en el cual al respecto dice que: "...Respetar el secreto de quien se os haya confiado a vuestro cuidado...".

En segundo lugar, se apoya en el Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la III Asamblea General de la Asociación Médica Mundial realizada en Londres en 1949 donde sostiene que: "... El médico debe a su paciente absoluto secreto en todo lo que se le haya confiado o él sepa por medio de una confidencia...". En tercer lugar, el Código de Ética de la Confederación Médica de la R.A. aprobado en 1955.

La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente (octubre 1981, revisada en octubre 2005) establece como uno de sus principios el Derecho al Secreto. En tal sentido señala que: "... Toda información identificable del paciente debe ser protegida...".

Asimismo, la Declaración de la misma Asociación sobre las consideraciones éticas de las bases de datos de la salud, adoptada por la Asamblea en Washington en el año 2002, señala que: "... Cuando sea posible la información para usos secundarios debe ser anónima (...) o protegida con un código o apodo...". Se entienden como usos secundarios los que no responden a la finalidad para la cual fueron autorizados.⁽³⁶⁾

4.2.2. Una posible definición y derechos interpelados

Podemos definir el consentimiento informado como la declaración de voluntad manifestada en forma libre por el usuario para proponer o consentir la administración de un tratamiento o procedimiento de salud, efectuada en forma clara y suficiente, como colofón de la obligación previa del profesional de la salud de haberle proporcionado información en forma confidencial, adecuada, suficiente y comprensible sobre aspectos propios del tratamiento o procedimiento, así como de los posibles riesgos que el mismo acarree. Es parte integrante del derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional.

(36) CASTEX, MARIANO, *El secreto médico en Peritación*, Bs. As., Ad Hoc; pp. 37/38.

El consentimiento informado se asienta fundamentalmente en el principio de autonomía (límite al principio de beneficencia y tutela del otro), cuyo fin es asegurar el derecho de las personas de someterse a una intervención de salud sólo bajo su aceptación libre y voluntaria. Garantiza de este modo que las prácticas de salud respeten el principio de no discriminación, la autonomía y libre determinación, la integridad física y psíquica, y la dignidad de toda persona. Constituye un derecho del paciente a los efectos de decidir sobre su tratamiento y un deber del profesional de la salud que asegura que el paciente tenga conocimiento de la práctica que se le va a realizar de forma previa.

En este sentido, se enlaza con otros derechos humanos que son indivisibles, interdependientes e interrelacionados. Entre ellos se cuentan, además del derecho a la salud, el derecho a la libre determinación, el derecho a la no discriminación, el derecho a la integridad psico-física, el derecho de toda persona a no ser sometida a experimentos sin su libre consentimiento, la seguridad y la dignidad de la persona humana, el reconocimiento ante la ley, la libertad de pensamiento y expresión y la libre determinación en lo tocante a la reproducción.

4.2.3. Deber del profesional de la salud de brindar información adecuada

El consentimiento informado abarca como requisito necesario para su conformación el recibir información adecuada y comprensible —a través de los medios y tecnologías que sean necesarias— acerca del estado de salud, el tratamiento y las alternativas de atención.

La información proporcionada debe abarcar: el diagnóstico y su evaluación; el propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto; las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles, los dolores o incomodidades posibles, y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto.

La información debe brindarse en forma adecuada, accesible y comprensible, en una forma y en un lenguaje que la persona entienda. Debe tenerse presente que existen diferentes niveles de comprensión y que, por tanto, la información no debe ser demasiado técnica o compleja, ni expresada en un lenguaje, manera o contexto que el paciente no comprenda, debiendo adecuarse a las necesidades de comunicación particulares de la persona.

Para facilitar la comprensión pueden utilizarse diversas medidas de apoyo, tales como el asesoramiento y la intervención de redes comunitarias, o el uso de intérpretes o de modos de comunicación alternativos.

La información debe respetar las exigencias de ser confidencial, adecuada, suficiente y comprensible:

Confidencial: Sólo podrá brindársele información al usuario, salvo que:

1. este autorice expresamente a un familiar a que tome conocimiento de la información, o bien que durante el procedimiento para brindar el consentimiento estén presentes una o más personas a su elección —Principio 11, punto 3 de los Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (OMS, 1996); (37) art. 4, ley 26.529—;
2. que esté imposibilitado de comprender la información a causa de su estado, por lo que le será brindada a su representante o, en su defecto, a su cónyuge o conviviente o persona que esté a su cuidado y a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad —art. 4, ley 26.529; art. 7, inc. j), la ley 26.657—;
3. que requiera el apoyo o ayuda de una tercera persona —Principio 6 (“Componentes”), de los Diez Principios—.

Adecuación: Se refiere a que la información brindada debe corresponderse con la intervención que se va a implementar y con las implicancias de llevar a cabo la misma. La información debe provenir de parte del profesional interviniente y debe guardar estricta vinculación con el tratamiento a administrar (art. 5, ley 26.529).

Suficiencia: La información adecuada debe recabar cada uno de los aspectos atinentes del tratamiento, incluyendo las alternativas para su atención. Debe informarse sobre los derechos que asisten al usuario (art. 7, inc. j, ley 26.657). Dos aspectos importantes de este requisito se refieren al derecho del usuario de no recibir información y al derecho del usuario de recibir la información por escrito a fin de obtener segunda opinión (art. 2, incs. f y g, ley 26.529).

Comprensibilidad: la información debe ofrecérsele en lenguaje y forma que el usuario pueda entender. El usuario puede presentar dificultades para comprender acabadamente la información que se le brinda y para

.....
(37) En adelante, Diez Principios.

apreciar las implicancias de su decisión; ello puede deberse a diferentes causas —conocimientos generales, aptitudes lingüísticas, impedimentos derivados de su padecimiento, etc. (Principio 6, “Componentes”, de los Diez Principios). Ante ello, se le informará sobre el derecho que le asiste de solicitar ayuda de un tercero.

Cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) —órgano del sistema de Naciones Unidas que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC)—, en su Observación General N° 14, se refiere al derecho de salud y, al hacer referencia al consentimiento informado, menciona los elementos que componen dicho derecho, entre los cuales figura un elemento esencial para el consentimiento, que es el acceso a la información:

“El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados (...): a) Disponibilidad (...) b) Accesibilidad (...) La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: No discriminación (...) Accesibilidad física (...) Accesibilidad económica (asequibilidad) (...) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad. c) Aceptabilidad (...) d) Calidad...” (punto 12).

4.2.4. Cómo brindar la información

La información debe ser brindada por el profesional de la salud en forma clara y suficiente, de tal forma que no queden dudas en cuanto a su conformación, alcances y forma.

En cuanto a la conformación, puede ser de contenido asertivo (aceptación del tratamiento) o negativo (rechazo del tratamiento) (art. 2, inc. e, ley 26.529).

En cuanto a sus alcances, debe limitarse a los aspectos atinentes al tratamiento o procedimientos brindados por el profesional.

En cuanto a sus formas, rige el principio de oralidad para los procedimientos menores (Principio 5, “Componentes”, punto D, de los Diez Principios).

Para los procedimientos más invasivos y restrictivos (internaciones, intervenciones quirúrgicas o psico-quirúrgicas, tratamientos experimentales y procedimientos que implican riesgos —determinados por reglamentación—) se requiere que se asiente por escrito y sea suscripto por el usuario (art. 7, ley 26.529).

Es importante traer a colación lo que destaca el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (el derecho a la salud), en su presentación ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 2007:

“El concepto de ‘paciente prudente’ tiene su origen jurídico en la Doctrina de Canterbury, originada en los Estados Unidos, que estipula que se le proporcione al paciente toda la antedicha información antes de obtener su consentimiento. En el caso del consentimiento objetivo modificado, elaborado en el Canadá, se tiene en cuenta además la visión subjetiva del paciente al asegurar que la información es accesible y aceptable para las circunstancias específicas del paciente y contribuye mejor a respetar sus derechos.

El desequilibrio de poder derivado de la entrega de la confianza y del desigual nivel de conocimientos y experiencia que caracterizan la relación entre el médico y el paciente, debido en particular a las complejidades de la medicina moderna, hacen sumamente difícil que se establezca una comunicación efectiva. Esta situación se exagera a causa de los desequilibrios de poder por motivos de clase, género, origen étnico y otros factores socioeconómicos. Garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria”.

4.2.5. Momento en que opera el consentimiento informado y el recurso de las instrucciones anticipadas

El proceso de consentimiento informado debe iniciarse siempre de modo previo al tratamiento ofrecido, y debe ser continuo a lo largo del mismo.

Es entonces que, si bien nos referimos al tratamiento, debemos incluir también a los procedimientos previos, como el diagnóstico. En cuanto al tratamiento en salud mental o adicciones, nos referimos al suministrado tanto en forma ambulatoria como en internación. Los procedimientos médicos o quirúrgicos invasivos, los tratamientos psico-quirúrgicos o irreversibles, y los tratamientos experimentales presentan, además, requisitos adicionales, como el establecimiento de dicho procedimiento por ley o la previa aprobación de un organismo independiente (Principio 11, puntos 13, 14 y 15 de los Principios).

También podrá utilizarse la figura de las “instrucciones o directivas anticipadas”,⁽³⁸⁾ a efectos de obtener el consentimiento de la persona en forma previa a la situación de crisis y, así, prever situaciones en que no pueda expresar su voluntad.

4.2.6. Excepciones a la exigencia de contar con el consentimiento informado

Sólo en aquellos casos excepcionales en que sea necesario actuar de modo urgente por tratarse de una situación de emergencia que ponga en riesgo la vida de la persona (y no otros bienes jurídicos de menor trascendencia), podrá iniciarse un procedimiento sanitario sin obtener el consentimiento informado, con la debida justificación posterior. Estas situaciones deberán interpretarse con carácter restrictivo (art. 9 *in fine*, ley 26.529).

Es esencial mencionar que, cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del usuario, se hará no obstante todo lo posible por informar a éste acerca de la naturaleza del tratamiento y de cualquier otro tratamiento posible y por lograr que el usuario participe, en cuanto sea posible, en la aplicación del plan de tratamiento (Principio 11, punto 9 de los Principios).

En lo que hace, específicamente, a la salud mental, se contemplan las siguientes situaciones de excepción:

.....

(38) Las directivas anticipadas (consagradas legalmente en el art. 11, ley 26.529) constituyen una forma de otorgar o negar consentimiento para un futuro tratamiento. Se trata de una declaración que establece preferencias sobre qué tratamiento se acepta recibir (y cuál no) si se experimenta un episodio o crisis que afecta la aptitud de decidir o comunicar, incluyendo la posibilidad de designar a terceros que pueden decidir en su nombre en esos momentos.

1. Cuando al mediar un situación que configure un riesgo cierto o inminente de daño para el usuario o para terceros deba procederse a internarlo involuntariamente (art. 20, ley 26.657 —Ley Nacional de Salud Mental—; Principio 11, punto 6, inc. a, de los Principios);
2. Cuando el usuario esté imposibilitado de prestar su consentimiento a causa de su estado;
3. Cuando el órgano de revisión (creado por el art. 38 de la ley 26.657) compruebe que el plan de tratamiento es el más indicado para las necesidades de salud del usuario y éste se niegue irracionalmente a dar su consentimiento (Principio 11, punto 6, incs. b y c de los Principios);
4. Cuando mediere un grave peligro para la salud pública (art. 9º, inc. a, ley 26.529). Esta excepción, según la misma ley lo establece en el art. 9º *in fine*, debe ser precisada en la reglamentación, sobretodo porque entendemos que no se refiere a la peligrosidad en el usuario, puesto que el carácter de peligrosidad en una persona carece de científicidad (CSJN, "Gramajo", 05/09/2006). Por ende, la reglamentación debe establecer de qué habla cuando habla de "peligro en la salud pública".

4.2.7. Decisiones contrarias al consejo del profesional tratante.

Derecho a la autodeterminación

De no presentarse las situaciones de excepción mencionadas, la persona puede negarse a realizar un tratamiento que sea beneficioso, y deberá respetarse su decisión a favor del derecho a la autodeterminación. No importa, entonces, que el criterio profesional se pronuncie en forma contraria, si la persona fue correctamente informada y aún así escogió rechazar el tratamiento ofrecido.

Es en este punto donde el Estado, en el respeto por la persona en tanto sujeto de derecho, no puede interceder para imponer una forma de desenvolverse en el curso vital y a los efectos de forzar decisiones que se entienden como más beneficiosas para la persona involucrada, ya que en ese caso se confundiría el Estado de derecho con un Estado que intenta imponer una moral y un proyecto de vida pre-fijados.

Como ya se señaló, en 1996 la Organización Mundial de la Salud estableció los ya referenciados Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental: un documento que deriva de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental y que, en los puntos 5 y 6, resalta el derecho

a la “Auto-determinación” y el “Derecho a ser Asistido en el Ejercicio de la Auto-determinación”, respectivamente.

4.2.8. Prohibición de forzar el consentimiento informado

El derecho a la autodeterminación y a ser asistido al momento de ejercerlo, veda de pleno la posibilidad de que el profesional de la salud coaccione o fuerce el consentimiento de la persona involucrada a los efectos de que ratifique la posición del profesional.

De hecho, un requisito para determinar si existe consentimiento válido, radica en que la persona tenga capacidad para consentir —en el sentido de comprender— los alcances de su acto, y que lo manifieste libremente y sin influencias indebidas.

Se destaca que situaciones de fatiga o estrés en las que, de todos modos, se compela al paciente a prestar su consentimiento, encuadran dentro de estos supuestos vedados por la normativa. La influencia indebida incluye, asimismo situaciones en las que el paciente percibe la posibilidad de que su negativa a otorgar el consentimiento tenga consecuencias desagradables.

En el orden local ello se encuentra específicamente previsto en el art. 19 de la Ley Nacional de Salud Mental —ley 26.657— que prevé consecuencias civiles y penales al profesional de la salud que fuerce el consentimiento del usuario.

4.2.9. Capacidad del paciente para consentir o rechazar el tratamiento

La capacidad exigida a los efectos de prestar consentimiento informado implica tener capacidad para comprender, retener, creer y sopesar la información que se recibe a fin de tomar una decisión. Es decir, entender los alcances del tratamiento y su finalidad, beneficios, riesgos y alternativas que conlleva, comprender las consecuencias de rechazar el tratamiento, y posibilidad de comunicar la decisión asumida. Conforme el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad —ya citada—, se presume la capacidad de toda persona, salvo resolución en contrario. La existencia de una inhabilitación o una insania en los términos del art. 152 *ter* CC no implican de suyo una incapacidad para asumir

decisiones sobre su salud, salvo que esté expresamente establecido en la sentencia correspondiente.

Para que se repunte la existencia de voluntad, la declaración de voluntad —que constituye un verdadero acto jurídico—, debe ser efectuada con discernimiento, intención y libertad (art. 897 CC), conceptualizando a los mismos como:

Discernimiento: Es la aptitud que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. Nos referiremos a la comprensibilidad más adelante;

Intención: Es la correspondencia entre la acción que desea llevar a cabo el sujeto y el propósito de dicha acción. La falta de correspondencia se configura con la ignorancia, el error o el dolo.

Libertad: Es el propio derecho a la libertad, del cual emana el derecho a la autodeterminación. La falta de libertad se configura con la violencia e intimidación, el temor reverencial y el estado de necesidad.

Es una exigencia ineludible que la declaración de voluntad emane del usuario implicado en la administración del tratamiento y no de terceras personas, aun cuando se traten de familiares. Para que una tercera persona pudiera dar el consentimiento por el usuario se requiere que la misma sea su representante, facultado por ley o judicialmente (art. 5 ley 26.529; Principio 11, punto 7, de los Principios).

La obligación y la responsabilidad de evaluar las condiciones en las que el sujeto da su consentimiento incumben al profesional responsable de la práctica de que se trate. Esta obligación y esta responsabilidad no son delegables. A modo de ejemplo, FePRA establece que “La responsabilidad con respecto a las personas debe recaer siempre en el facultativo médicamente cualificado y nunca en las personas que participan en la investigación, por mucho que éstas hayan otorgado su consentimiento”; también lo hace la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, en sus Recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas (“I. Principios básicos”, Punto 3) —adoptada por la 18 Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, en junio de 1964—. Por su parte,

las siguientes enmiendas ratifican estos lineamientos: Tokio (Japón), 1975; Venecia (Italia), 1983; Hong Kong (China), 1989.

4.2.10. Contenidos mínimos de un documento en donde se plasme el consentimiento informado

Los contenidos mínimos que debería reunir cualquier documento en el que se plasme el consentimiento informado (Principio 11, punto 2 de los Principios; arts. 3 y 5, ley 26.529), son:

1. Nombre y apellido del paciente y del profesional de la salud que informa.
2. Explicación de la naturaleza de la problemática (estado de salud, diagnóstico y evaluación).
3. Explicación del tratamiento a realizar y objetivos que se persiguen (procedimiento propuesto, método, objetivos, duración).
4. Explicación de los beneficios que razonablemente se puede esperar del tratamiento.
5. Información sobre riesgos y probables complicaciones (riesgos, molestias, dolores, incomodidades, efectos adversos, secuelas, todos ellos previsibles).
6. Planteo de alternativas de tratamiento, con especificaciones respecto de sus riesgos y beneficios (se deben especificar las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los procedimientos alternativos señalados).
7. Satisfacción del paciente por la información recibida y evacuación de sus dudas.
8. Fecha y firma aclarada de los profesionales tratantes, paciente y representante legal, en caso de que fuere necesario, siempre en el marco de la historia clínica del paciente.⁽³⁹⁾

En caso de que el formulario sea completado en el contexto de un encuentro terapéutico con un profesional forense, deberá adecuarse a los lineamientos de la doble obligación que pesa sobre aquél. Es decir, que deberá contemplar un punto en donde se explique la naturaleza de la función forense y los límites que se imponen sobre el deber de confidencialidad por parte del profesional, a los efectos de no producir un engaño

.....

(39) Es de suma importancia que quede estrictamente asentado en la historia clínica del paciente y bajo las exigencias que sobre ella operan, conforme la ya mencionada Ley Nacional de Derechos del Paciente n° 26.529, Cap. IV "De la historia clínica", arts. 12 y ss.

en el paciente. En lo que hace a los restantes puntos, se deberá procurar cumplirlos de la forma más acabada posible, con las limitaciones que se desprenden de la función pericial del forense.

4.2.11. El carácter complejo y omniabarcador de consentimiento informado

En el último punto cabe destacar que **no basta con la mera firma** del paciente en un documento escrito sino que se debe registrar la decisión de aquél y las discusiones que han tenido lugar en forma minuciosa.

Pero se debe ir más allá aún y especificar que, pese a las especificaciones del enunciado anterior, el consentimiento es un proceso continuo y no una decisión de una sola vez susceptible de ser plasmada en la rúbrica de un documento. La firma de un documento en donde conste el consentimiento informado es una, y sólo una, de las modalidades en las que se debe asentar este derecho y que involucran el diálogo permanente, el suministro de información en forma continua, la contención del paciente a los efectos de que pueda formular libremente las decisiones acerca de su tratamiento, entre otros elementos.

4.2.12. Revocabilidad

Como consecuencia del carácter continuo del consentimiento informado como eje del tratamiento, se desprende que el paciente puede formular nuevos interrogantes a lo largo del tratamiento y revocar el consentimiento cuando así lo considere, siempre que **preserve** la capacidad para hacerlo. Es esa una muestra clara de que no se trata de un momento estanco en el que se ratifica el tratamiento a realizar sin más, sino que se trata de un pilar que se encuentra presente en forma continua.

Así, el usuario tiene el derecho de revocar su consentimiento prestado con anterioridad (art. 2, inc. e, ley 26.529). En ese caso, la revocación debe dejarse asentada por escrito, dejando constancia en la historia clínica que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que implica. El profesional debe acatar la decisión, pero sólo si mantienen las condiciones de salud del usuario que, en su oportunidad, aconsejaron dicho tratamiento o procedimiento (art. 10, ley 26.529).

4.2.13. Consecuencias mediatas del consentimiento informado

El consentimiento informado busca equilibrar el poder entre paciente y el profesional de la salud en torno a las decisiones sobre el tratamiento. El fin buscado es devolver al paciente la capacidad de decidir sobre el curso de su atención, lograr que se comprometa y se involucre como agente activo del tratamiento.

Estos lineamientos demandan de un justo equilibrio: ni el abandono de aletargar las decisiones únicamente sobre el paciente (quien no cuenta con las herramientas técnicas para asumir por sí solo las decisiones), ni el autoritarismo (que el profesional de la salud asuma las decisiones obviando el diálogo con el paciente por ser quien detenta los conocimientos especializados).

Lo que se busca, al fin y al cabo, es democratizar el abordaje de la salud.

4.3 | Plexo normativo internacional en materia de consentimiento informado

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas —ya citados— establecen en su principio X que “...en toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente”.

El Principio 11 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental,⁽⁴⁰⁾ dispone que:

“1. No se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado (...). 2. Por consentimiento informado se entiende el consentimiento obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y en un

(40) Adoptados por la Asamblea General de la ONU Resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991.

lenguaje que éste entienda, acerca de: a) el diagnóstico y su evaluación; b) el propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto; c) las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles; d) los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto (...) 9. Cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del paciente, se hará no obstante todo lo posible por informar a posible y por lograr que el paciente participe en cuanto sea posible en la aplicación del plan de tratamiento. 10. Todo tratamiento deberá registrarse de inmediato en el historial clínico del paciente y se señalará si es voluntario o involuntario”.

Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁽⁴¹⁾ dispone, en su art. 5 —bajo el título “Protección contra la tortura”— que: “1. ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado”; al tiempo que, en su art. 25, apart. d), establece que se exigirá a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad una atención de la misma calidad que la ofrecida a las demás personas, sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras medidas que apuntan a la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

Por su parte, el Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 28 de julio de 2008 (A/63/175), señala que, en el contexto médico, las personas con discapacidad sufren con frecuencia graves abusos y violaciones de su derecho a la integridad física y mental, en particular, a través de experimentos o tratamientos dirigidos a corregir y aliviar discapacidades concretas. En esa lógica, se establece que:

.....

(41) Resolución aprobada por la Asamblea General 61/106. Nueva York, 13 de diciembre de 2006. Aprobada por Ley Nacional N° 26.378. Sanción: 21/05/2008. Promulgación: 06/06/2008. BO 09/06/2008.

“La práctica de la lobotomía y la psicocirugía pueden servir de ejemplo. Cuanto más invasivo e irreversible sea el tratamiento, mayor será la obligación de los Estados de garantizar que los profesionales de la salud administren cuidados a las personas con discapacidad sólo si éstas han dado su consentimiento libre e informado.

En el caso de los niños, los Estados deben garantizar que los profesionales de la salud sólo realicen esas intervenciones si tienen un fin terapéutico, redundando en el interés superior del niño y cuenta con el consentimiento libre e informado de los padres (si bien no hay que tenerlo en cuenta cuando el tratamiento es contrario al interés superior del niño).

En todos los demás casos, el Relator Especial señala que estos tratamientos pueden constituir tortura, o trato cruel, inhumano o degradante”.

Luego, en el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, intitulado “El derecho a la salud y el consentimiento informado” —y que fuera presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de agosto de 2009—, se establece que:

“...el consentimiento informado es fundamental para lograr el disfrute del derecho a la salud mediante prácticas, políticas e investigaciones en las que se respete la autonomía, la libre determinación y la dignidad humanas.

Un entorno favorable en el que se asigne prioridad al consentimiento informado entraña la vinculación del asesoramiento, las pruebas y el tratamiento para crear un proceso continuo y eficaz de atención voluntaria de la salud.

La salvaguardia del consentimiento informado en todas las etapas de la atención de salud es una obligación que recae sobre los Estados y sobre las terceras partes que se ocupen del respeto, la promoción y el ejercicio del derecho a la salud.

Ello requiere que los Estados garanticen una información plenamente disponible, aceptable, accesible y de buena calidad, que

se transmita y sea comprendida en virtud de medidas de apoyo y protección tales como el asesoramiento y la intervención de redes comunitarias”.

El Relator Especial examina la evolución del consentimiento informado y analiza sus principales componentes en la sección II. En la sección III aborda sobre el papel del consentimiento informado en la realización del derecho a la salud y sobre las cuestiones particulares, los derechos y los deberes que atañen a los Estados y a los proveedores de servicios de salud para garantizar el consentimiento informado en la práctica clínica, la salud pública y las investigaciones médicas. En la sección IV indaga en la necesidad de que en la legislación, en la política y en la práctica se tenga presente la vulnerabilidad de determinadas personas cuyos derechos se ven comprometidos a causa de desequilibrios de poder y desigualdades estructurales muy arraigadas, lo que impone responsabilidades especiales a los Estados, los proveedores de servicios de salud y las terceras partes que se ocupan de garantizar la no discriminación en el ejercicio del derecho a la salud.

En la conclusión de dicho informe, el Relator Especial pone de relieve la importancia de otorgar prioridad al consentimiento informado, tanto en su calidad de elemento fundamental del proceso continuo de asesoramiento, pruebas y tratamiento, como en la preparación de directrices para la práctica clínica y en lo concerniente a las evidencias en materia de salud pública y protocolos de las investigaciones médicas, con especial hincapié en las necesidades de los grupos vulnerables.

Luego, en su resolución 6/29, de 14 de diciembre de 2007, el Consejo de Derechos Humanos prorrogó por un nuevo período de tres años el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (el derecho a la salud). En sus recomendaciones posteriores, el Relator Especial insta:

“a) a los Estados a cumplir sus obligaciones relacionadas con la salvaguardia del consentimiento informado mediante mecanismos legislativos, políticos y administrativos;

b) a los proveedores de servicios de salud a tener presente que, puesto que deben actuar siempre en interés del paciente, son agentes clave de la protección del consentimiento informado;

c) a los organismos nacionales e internacionales a subrayar la importancia del consentimiento informado como aspecto fundamental del derecho a la salud en las políticas y prácticas pertinentes”.

Es vasta la normativa internacional sobre consentimiento informado, así como los informes y recomendaciones de los organismos internacionales, entre los que se destacan los informes de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.

4.3.1. La normativa local en la materia

Reafirmando, entonces, que se reconoce a las personas privadas de libertad el pleno derecho a gozar del acceso a la Salud, se explicita que se les extiende la totalidad del arco normativo que lo asegura.

En el marco de la normativa nacional, en primer lugar, se destaca la Constitución Nacional que, en sus arts. 19 —“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”— y 75, inc. 22 —“...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la leyes en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”— amparan las previsiones del consentimiento informado.

Luego, cabe señalar a la Ley Nacional de Derechos del Paciente, ley 26.529, del 21 de octubre de 2009, que en el art 2. del capítulo III del Consentimiento informado, expresa que la asistencia, el trato digno y respetuoso, la intimidad, información sanitaria y la interconsulta médica constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud y cualquier efector de que se trate.

“Pero especialmente cabe resaltar la ‘d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva,

salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente' [y la] 'e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

En el art. 5 expresa que:

“Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

Su estado de salud;

El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

Los beneficios esperados del procedimiento;

Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados...”

Asimismo, en los arts. 6 y 7, respectivamente, establece que: “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente...” (art. 6) y que, a los efectos de su instrumentación, “El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos

que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación..." (art. 7).

En el art. 8 exige el consentimiento informado para la exposición del caso con fines académicos: "Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición".

Por último, se imponen las limitaciones. Así, el art. 9 prevé las excepciones al consentimiento informado:

"El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo".

Por su parte, el art. 10 regula la revocabilidad:

"La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica".

Una práctica que permite asegurar la existencia de consentimiento informado en los casos en que la persona no se encuentra en estado de lucidez,

son las directivas anticipadas, prevista en esta normativa en el art. 11: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

Otra normativa nacional, específicamente en lo que hace a la salud mental es la Ley Nacional de Salud Mental, ley 26.657, que se destaca por prever una situación específica en la que el equipo interdisciplinario de salud puede prescindir de la voluntad de la persona a los efectos de su internación.

La ley establece, en su art. 7, inc. j), el “derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales”, mientras que, en el inc. m), explicita el “Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente”.

Por su parte, el art. 10 refiere, específicamente: “Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley”.

La más clara limitación a la necesidad de contar con el consentimiento informado de la persona —como se adelantó— es el art. 16 que regula la internación involuntaria en caso de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros, sin perjuicio de lo cual la ley dota a esa situación de una estricta serie de exigencias a los efectos de resguardar los derechos de la persona internada, a saber: control judicial, intervención del órgano de revisión, representación a través de un defensor durante la internación involuntaria y obligaciones del equipo de salud a los efectos de no extender innecesariamente la internación.

Así, la letra del art. 16 dice:

“Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Evaluación,

diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra; b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar; c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda”.

Cabe destacarse que, a los efectos de la internación, la letra de la ley aclara:

“...sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria” (art. 16, c).

Por su parte, el art. 19 prevé la situación de que el consentimiento no sea libre y, en tal caso, esclarece que “El consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII y VIII de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan”.

El Ejercicio de la Medicina y otras Disciplinas de la Salud se rige por la ley nacional 17.132, de 1967,⁽⁴²⁾ cuyo art. 19 establece:

“....que los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a, ver inc. 3, Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación

.....

(42) En BO del 31/01/1967.

o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz (...) Inciso 5. Promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros”.

En los casos de operaciones mutilantes, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina requería la autorización formal y expresa (por escrito) del enfermo y, así, en su art. 15 determina que “El médico no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración, etc.) sin previa autorización del enfermo, la que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles...”.

Fueron incluidas en el Proyecto de Reforma del Código Civil realizado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo (dec. 468/92 —Adla, LII-B, 1641—) dos disposiciones específicas al respecto.

“Art. 120: Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamiento clínicos o quirúrgicos, cualquiera sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”.

Art. 121: Si el paciente es incapaz de hecho o no está en condiciones de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico podrá prescindir del consentimiento cuando su actuación tenga por objetivo evitar un mal grave al paciente”.

En caso de negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz se suplirá por ‘autorización judicial’. El ejercicio de los derechos del paciente en cuanto: a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la ley 26.529”.

En el estricto marco de la Ciudad de Buenos Aires, rige la ley 153 “Básica de Salud” (BOCBA N° 703, 28/05/1999, reg. dec. N° 208/71) que, en el art. 4 —Derechos. Enumeración—, establece: “...acceso a su historia clínica y a

recibir información completa y comprensible sobre su proceso de salud... El médico está obligado a proveer a su paciente toda la información relevante disponible, relacionada con su diagnóstico y tratamiento... Provista en forma oral o escrita... Clara y veraz... Conforme a las posibilidades de comprensión del asistido”.

Particularmente, en el art. 4, inc. h), establece: “Solicitud por el profesional actuante de su consentimiento informado previo a la realización de estudios y tratamientos”.

Por su parte, el decreto reglamentario 208/01 dispone:

“Inc. h): información previa respecto a estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades pre-
visibles de evolución.

También existencia de otras opciones de atención o tratamientos significativos si los hubiere.

El paciente podrá solicitar para manifestar su consentimiento informado la presencia de personas de su elección.

Toda persona mayor de 18 años en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional puede otorgarlo.

Una síntesis de la información brindada deberá quedar registrada en la Historia Clínica o registros profesionales con fecha, firma del médico, aclaración y número de matrícula.

En idéntica forma deberá registrarse la declaración de voluntad del paciente que acepta o rechaza el estudio o tratamiento propuesto, así como el alta voluntaria si correspondiere, con su firma y aclaración. En caso de rechazo informado, deberá explicarse al paciente las consecuencias de su decisión, lo cual se registrará del mismo modo en la H.C. o registros pertinentes.

En pacientes menores de 18 años o que no esté en condiciones de comprender:

El consentimiento será otorgado por su cónyuge, cualquiera de sus padres o representante legal, si lo hubiere. Si no, el pariente más próximo o allegado. Vínculo familiar acreditado con documentación. En urgencia: declaración jurada.

Solo en caso de negativa injustificada a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del paciente por parte de las personas mencionadas, se requerirá autorización judicial.

En ningún caso el profesional deberá alentar o persuadir a un paciente a que renuncie a su derecho a dar su consentimiento informado.

Se podrá prescindir del procedimiento para obtener el consentimiento informado del paciente cuando: 1) a criterio del profesional actuante existan riesgos para la Salud Pública y 2) cuando el paciente no pueda expresar su consentimiento y la gravedad del caso no admita dilaciones, salvo que existan indicios que permitan presumir la negativa del paciente a aceptar los estudios o tratamientos propuestos.

Inc. j): Solicitud por el profesional actuante de consentimiento previo y fehaciente para ser parte de actividades docentes o de investigación (resguardar la intimidad, detalle de objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que la experiencia puede acarrear). Los pacientes deberán ser informados del derecho a rechazar su participación en las prácticas docentes o de investigación. Su consentimiento deberá registrarse en la Historia Clínica, con iguales requisitos a los anteriores”.

Resta aclarar que, tanto los códigos profesionales locales como diversa normativa a nivel de las provincias contemplan, con igual intensidad, la relevancia del consentimiento informado.

4.4 | El consentimiento informado en el encuentro con el paciente privado de libertad

En el marco del encuentro terapéutico, en forma previa a las entrevistas y consultas, los profesionales de la salud deben poner en conocimiento del paciente, en forma clara y sencilla, los alcances del tratamiento a los efectos de contar con su consentimiento informado para la práctica y evitar tanto la vulneración del derecho a la autodeterminación de aquél como el “como si”—es decir, el tratamiento ficcional, no voluntario—.

Ulteriormente, deberá requerir al paciente el consentimiento a los efectos de revelar información que surja del tratamiento en el marco de las historias criminales, poniendo en conocimiento al paciente de que deberá merituar eventuales perjuicios que ello le pueda acarrear en las calificaciones que le otorga el Servicio Penitenciario. En este sentido, podrá el paciente otorgar el consentimiento informado para que se plasme determinada información y no otra que pueda resultar perjudicial en su evaluación por las autoridades pertinentes.

Estas previsiones son de gran relevancia en tanto permiten que la persona privada de libertad pueda mantener un vínculo honesto con el profesional que tenga perspectivas de éxito. De esta forma, la persona puede evitar autocensurarse en el marco del tratamiento con el profesional psicólogo, pudiendo conversar incluso sobre los hechos de la causa sin temor a que ello sea valorado en el expediente judicial o en el curso de ejecución de la pena. En igual modo en el marco del tratamiento con el profesional médico, se evita que la persona deba tergiversar los hechos en caso de una eventual lesión ocasionada en caso de haber recibido malos tratos o tortura, aun cuando no sea su voluntad realizar una denuncia contra los autores.

Cabe destacar que no se encuentra exonerado de estos requisitos de consentimiento informado, y del consecuente secreto profesional, el personal de salud que pertenece al Servicio Penitenciario cuando actúa en el marco del tratamiento. El Protocolo de Estambul señala que el personal médico que actúa en nombre de otra parte (nombrado y pagado por una parte tercera, por ejemplo, el Servicio Penitenciario o la policía) tiene la obligación de asegurarse de que el paciente comprende la situación y de explicarle el objetivo de su examen o tratamiento; asimismo, debe requerir su consentimiento para revelar cualquier información amparada por el deber de confidencialidad (punto 65 y ss. del Protocolo).

Es aconsejable la confección de un formulario de consentimiento informado a los efectos de incrementar las exigencias en el deber de información del interno/paciente y el aseguramiento de su derecho a decidir sobre su tratamiento.

A los efectos de relevar alguna de las experiencias que han procurado receptar estos lineamientos, se destaca lo expresado por el Sr. Subsecretario de Política Criminal y de Asuntos Penitenciarios de la provincia de Salta,

Dr. Ángel Sarmiento, quien expresa que en las unidades penitenciarias a su cargo el personal médico que actúa en nombre de otra parte, nombrado y pagado por una parte tercera, por ejemplo, por el Servicio Penitenciario o la policía, tiene la obligación de asegurarse de que el paciente comprende la situación y de explicarle el objetivo de su examen o tratamiento y requerir su consentimiento para revelar cualquier información amparada por el deber de confidencialidad (ver Protocolo de Estambul). Señala asimismo que se documenta por escrito el consentimiento informado de los pacientes en sus historias criminológicas y clínicas en una planilla particular en el departamento de sanidad.⁽⁴³⁾

Por el contrario, el Jefe del Servicio Penitenciario de Jujuy, Inspector Martín Tapia, expresó que no se consigna el consentimiento informado de la persona en su jurisdicción.

Luego, el Sr. Director del Servicio Penitenciario de la provincia de Santa Fe, Dr. Mariano Bufarini, relató que en la provincia se diferencia al personal de salud de los profesionales pertenecientes a los Organismos Técnicos Criminológicos. Los profesionales de la salud no tienen participación en las historias criminológicas en las que trabaja el Organismo Técnico Criminológico, y sí se involucran en la historia clínica médica, en la que se garantiza la confidencialidad. En el primer caso, en lo que hace a los legajos de cada interno que se encuentran en el organismo técnico criminológico, no rige la confidencialidad pese a que —tal como recordó el entrevistador Dr. Delgado— allí se suministra al interno una gran batería de test psicológicos. Ahí el Dr. Delgado le recuerda que la totalidad de los profesionales de la salud y no sólo el médico, “en el marco de la historias criminológicas debieran informarle (al interno) que la información que se le suministra no va a estar amparada por ningún secreto y va a poder incluso usada en su contra”.⁽⁴⁴⁾

Asimismo, cabe traer a colación la experiencia del Dr. Juan Pablo Chirino, Juez de Ejecución Penal de Río Negro; Daniel Vergez, Comisario General, Director de las Unidades Penitenciaria de la Provincia de Neuquén y la

(43) Video conferencia “Cárceles y Derechos Humanos, El Estado de las prisiones en Salta y Jujuy”. 9 de Septiembre de 2010, organizado por el Centro de Estudios de Ejecución Penal e Instituto de Estudios, Formación y Capacitación de la Unión de Empleados de Justicia de la Nación. UBA DE C y T, dirigido por el Dr. Sergio Delgado.

(44) *Ibid.*, Segunda video conferencia.

Licenciada Carlotta Marambio de la provincia de Chubut. Vergez expresó que en la mayor cárcel de Río Negro —la de Gral. Roca— no tenía siquiera historias criminológicas y que las que hoy hay distan de estar completas: están en proceso de confección. Señaló, asimismo, que no dejan asentado el consentimiento informado de los internos y que

“La atención medica que se realiza dentro la unidad de detención es atención médica primaria, es decir, se toma conocimiento de una patología o de un interno y se lo deriva a través del ministerio de salud. Dentro del ámbito de la provincia de Neuquén, está previsto este tipo de situaciones en las cuales exige consentimiento del paciente sobre algunas cuestiones que son parte de su vida privada dentro de su patología como por ejemplo el SIDA u otras situaciones las cuales quedan dentro de ese ámbito. Dentro de las historias criminológicas, pero en general, en Neuquén está conformado por un gabinete que no es dependiente de la Dirección de Unidad de Detención sino, si bien somos partícipes, están dentro del Ministerio de DDHH, la Secretaría de DDHH”.

Por su parte, el Dr. Chirino señaló que tampoco se plasma el consentimiento informado en la provincia de Neuquén ni en el marco de las historias criminológicas ni en las entrevistas del Cuerpo Médico Forense. Por último, del relato de La Lic. C. Marambio, se desprende que tampoco en Chubut encuentra asentada esta práctica.⁽⁴⁵⁾

En la línea de materialización del Protocolo, sí se destaca la labor de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) en lo que hace a la creación de un procedimiento para la investigación y documentación eficaces de casos de tortura y malos tratos, establecido en base a los principios y criterios del Protocolo de Estambul. La investigación y documentación de los casos de tortura se efectúa previa conformidad de la supuesta víctima, mediante la firma de un “consentimiento informado”, donde también se le pregunta si acepta ser revisado por un médico de la PPN para que constate las lesiones, así como si quiere presentar denuncia penal. Toda la información resultante se registra

(45) Otra conferencia celebrada por el Dr. Sergio Delgado y disponible en: <http://cep-uba-actividades.blogspot.com/p/normal-0-21-buenos-aires-sergio-delgado.html>

en la base de datos de casos de tortura y malos tratos investigados y documentados por la PPN.

En el año 2010 se abrieron un total de 306 expedientes en aplicación de este Procedimiento, de los cuales 109 casos solicitaron a la PPN la formulación de denuncia penal.

Conforme lo plasmado por la PPN, si en la entrevista con el privado de libertad surgiese la noticia de un posible caso de tortura, el área de Protección de los Derechos Humanos deberá designar un investigador, que mantendrá una primera entrevista con la supuesta víctima. Se establece que:

“esa entrevista será personal e individual, tendrá lugar cuanto antes y deberá efectuarse —siempre— en condiciones tales que la persona a entrevistar se sienta libre y segura para exponer su caso. En la medida de lo posible, la entrevista será grabada con conocimiento del interno (de lo contrario, el investigador tomará notas).

El investigador explicará a la supuesta víctima las funciones de la PPN y la instará a que relate los hechos, evitando que sus observaciones y preguntas induzcan las respuestas del entrevistado.

Se sugiere —en primer lugar— escuchar el relato del preso, dejando que éste lleve la iniciativa. Paralelamente o a continuación, deberá formularse las preguntas que resulten necesarias para completar la información mínima indispensable que será incorporada a la base de datos.

Es relevante, a su vez, registrar las demandas que tenga la supuesta víctima. Así como aclararle qué es lo que la PPN puede hacer —y qué no puede hacer— para canalizar y/o solucionar esas necesidades.

También deberá preguntarse al entrevistado —luego de las explicaciones necesarias— si presta su consentimiento para someterse a un examen médico, para efectuar la denuncia penal y/o para investigar y documentar su caso con reserva de identidad, asentando sus respuestas en el formulario Consentimiento. En cada caso, se le explicará el alcance del procedimiento que se va a seguir, así como los riesgos que éste implica”.

A ello se agrega que, en caso de realizarse exámenes psicológicos a la presunta víctima, “se requerirá el consentimiento informado del interesado, conforme las pautas antes señaladas, atendiendo a su vez —en lo pertinente— el Capítulo VI del Protocolo de Estambul”.

En el documento de regulación se define consentimiento informado como

“declaración de voluntad mediante la cual la persona privada de su libertad expone su conformidad con someterse a un examen médico y/o psicológico, y manifiesta su intención de prestar testimonio acerca de los hechos de los que ha sido víctima.

La condición para que esa declaración tenga validez es que el declarante cuente con información suficiente para decidir y que lo haga sin estar sujeto a presiones que restrinjan su libertad para hacerlo. Para asentar esta declaración de voluntad, se contará con un formulario pre-impreso, que deberá ser llenado y firmado de puño y letra por la víctima (en adelante consentimiento)”.

Por último, cabe destacar que es primordial abarcar la problemática de adicciones de sustancias en el marco de la pena privativa de libertad, resaltándose en esa lectura la necesidad de que el abordaje sea voluntario, no susceptible de ser meritudo conforme eventuales beneficios en la ejecución de la pena (conducta/concepto), para evitar las inconveniencias del sistema de premios/castigos, y dotar de confianza a la relación terapéutica para lograr una transferencia adecuada.

El tratamiento debe poder contemplar la necesidad de la persona privada de libertad de arribar a un espacio donde prime la palabra en un ámbito de confidencialidad. Sería, incluso, beneficioso alentar la atención extramuros en la modalidad ambulatoria. Deben asegurarse, en ese sentido, programas de protección contra el suicidio.

Asimismo, durante la permanencia del usuario en condiciones de detención, debe asegurarse tanto que los traslados no perjudiquen la continuidad del tratamiento, como las posibilidades concretas de continuidad en el exterior de la unidad carcelaria al momento de la obtención de la libertad.

Por otro lado, es de destacar que, en el marco del VI Encuentro de Jueces de Ejecución Penal celebrado en San Luis en abril de 2011, en la comisión N° 2 ("Salud Mental y Adicciones en contextos de encierro"), particularmente en los puntos 2, 3 y 4 se propuso:

"2. Promover una clasificación preventiva de la población carcelaria, evitando puntualmente alojar a aquellas personas imputadas de tenencia o tráfico de estupefacientes junto a otras reiterantes o reincidentes, líderes internos o a las que se les impute —por ejemplo— la comisión de delitos violentos contra la propiedad y sean considerados referentes en el medio. El tráfico de estupefacientes en el interior de las instituciones de encierro —válido resulta aclararlo— no es atribuible exclusivamente a los internos. 3. Impulsar el tratamiento de los que así lo requieran, a través de los dispositivos asistenciales elásticos que estén previstos en la nueva ley de salud mental N° 26.657. 4. Instar a las autoridades pertinentes a que los tratamientos de carácter voluntario referidos sean realizados por profesionales ajenos a la institución carcelaria, preferentemente por personal".

A modo de síntesis, cabe señalar que si se analiza la situación penitenciaria actual en nuestro país, se comprueba que en la gran mayoría de los casos no se encuentra documentado ni el consentimiento en las historias criminológicas, ni las intervenciones de profesionales de la salud respecto del privado de libertad.

Por otro lado, en aquellas situaciones en las que consta el consentimiento, este se encuentra consignado bajo la forma de planillas y/o formularios estandarizados que no vuelcan de forma suficientemente detallada la información relativa a la modalidad de tratamiento, los riesgos/beneficios, las alternativas terapéuticas conforme a la singularidad del paciente. En otros casos, el contenido es expresado en forma ambigua y se hace extensible a aspectos ajenos al tratamiento o a circunstancias que "potencialmente" pudieran ocurrir.

Otro rasgo habitual es que, en el algunos casos, se verifica que el consentimiento no es otorgado por la persona usuaria que será objeto de la atención, sino por el familiar que acompaña (particularmente en los CRD).

Por último, en las situaciones donde se documentan consentimientos con información detallada sobre la modalidad de tratamiento, se evidencia que la definición de los mismos no es consensual ni examinada conjuntamente.

5 | Atención sanitaria por profesionales civiles e independientes como único cauce viable para plasmar efectivamente los Principios proclamados

Ya hemos arribado, entonces, tanto a la determinación de que toda persona privada de libertad tiene derecho a un servicio de salud en las mejores condiciones posibles como que el acceso al mismo no es ficcional sino genuino. En esa lógica, dos ejes fundamentales que permiten sostenerlo, y que son indicadores del buen ejercicio, son la confidencialidad y el consentimiento informado en el tratamiento.

Pues bien, en este apartado se arriesgará un poco más en tanto se sostendrá que, para plasmar efectivamente esos lineamientos y evitar la confusión entre seguridad y derecho a la salud, necesariamente deberá optarse por personal sanitario de carácter civil. Así, el carácter independiente de los servicios de salud respecto del Servicio Penitenciario se impone como un requisito insoslayable para un goce genuino del derecho a la salud.

Esclarece, en tal sentido, el Dr. Sergio Delgado, asentado que: “Los completos compromisos asumidos por el Estado argentino, que ha rubricado todos los compromisos internacionales y regionales, no pueden ser cumplidos, entre otros motivos, por la militarización de instituciones claves (como lo son las penitenciarías) durante las dictaduras militares que interrumpieron el orden democrático durante el siglo XX, que no ha logrado ser revertida durante los últimos 25 años de democracia”.⁽⁴⁶⁾

(46) DELGADO, SERGIO, “La obligación de investigar ante la existencia de una denuncia o de razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura”, en *Revista Taripawi-IEFyC - UEJN*, t. I, 2010, p. 37 y ss.

Es preciso, entonces, sincerarse: no existe posibilidad alguna de que el privado de libertad se sienta seguro de denunciar situaciones de abuso, malos tratos o tortura cuando el servicio sanitario que lo asiste pertenece a la misma fuerza de seguridad que los posibles autores de tales abusos.

Continúa el Dr. Delgado:

“Subsiste (...) en la Argentina la estructura ‘militarizada’ del Servicio Penitenciario Federal, en la cual los abogados y, especialmente, los médicos y demás profesionales de la salud se encuentran subordinados en grado y ‘asimilados’ dentro de dicha estructura jerárquica al personal penitenciario que tiene trato directo y cotidiano con los internos.

Dicha estructura militarizada fue convertida, además, en una ‘fuerza de seguridad’ por el art. 1 de la actual ‘ley’ orgánica, la norma de facto 20.416 de 1973, antes citada que, en este aspecto particularmente relevante en lo que nos ocupa, continúa aplicándose cual si fuera una ley de la nación argentina.

El efecto jurídico más importante de esta última transformación ha sido asignar a las propias autoridades penitenciarias, como ‘fuerza de seguridad’, el rol de auxiliar de la justicia y, consiguientemente, la función de elaborar la prevención sumaria en las causas en las que se investigan delitos de acción pública ocurridos en el ámbito carcelario, entre otros, la posible aplicación de tormentos”.⁽⁴⁷⁾

Al respecto, informa la Comisión Provincial por la Memoria que

“existe una gran cantidad de hechos no informados, como tampoco sus consecuencias. Esa cifra negra encubre los casos de torturas o malos tratos (...) Producen fuertes sufrimientos físicos y psicológicos, lastiman, lesionan, dejan marcas en el cuerpo y la subjetividad (...) de los 590 detenidos entrevistados, 373 (62%) han sufrido lesiones en su cuerpo como consecuencia de las agresiones físicas y torturas provocadas por agentes

(47) *Ibid.*, p. 48.

penitenciarios (...) ninguno de estos casos fue informado por el Servicio Penitenciario".⁽⁴⁸⁾

A todo efecto deberá reformarse la ley 20.416, arts. 5, inc. a) y art. 41. iii), que abordan la salud carcelaria como funciones específicas del Servicio Penitenciario. Cabe destacar que la ley fue sancionada durante un gobierno de facto en 1946.

La Corte IDH en el precedente "Bayarri c/ Argentina" (2008) dispuso en su considerando 92 que:

"... Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar las prácticas de tortura, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos. A las autoridades judiciales corresponde el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura. El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión".

Es de recordar en este punto que los fallos de la Corte son de cumplimiento obligatorio para los Estados parte (ver arts. 62.3 y 68.1 CADH). Nuestra Corte, por su parte, ratificó el criterio en el precedente "Espósito", donde estableció explícitamente que "...la decisión [de la CoIDH] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (párr. 6). Luego, en los fallos "Simón" y "Arancibia Clavel", ratificó la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH, haciendo hincapié en que, en caso contrario, se haría incurrir a la Argentina en responsabilidad internacional.⁽⁴⁹⁾

.....

(48) *Ibid.*, pp. 59/61.

(49) Específicamente, en el caso "Simón" la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó un informe de la Comisión de Derechos Humanos en base a los lineamientos sentados por la Corte Interamericana en el fallo "Barrios Altos", entendiendo que es la Corte la que traza la forma de interpretación de los informes de la Comisión. Ya en el año 2003, y a partir

Pero, entonces bien, ¿qué recaudos debe cumplimentar el personal médico intramuros a los efectos de satisfacer la exigencia de independencia a la que hace referencia el alto tribunal?

Entre los Principios y Buenas Prácticas para la Prevención de los Privados de Libertad de las Américas, se destaca el mencionado Principio X, que establece que “el Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad”.

A su vez, en el Principio XX se dispone respecto del personal de los lugares de privación de libertad que “... Se garantizará que el personal esté integrado por empleados y funcionarios idóneos, de uno y otro sexo, preferentemente con condición de servidores públicos y de carácter civil —el resaltado no pertenece al original—”.

En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se destaca el ya citado art. 22. 1, en tanto establece que “Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación”.

Luego, en su último informe respecto de nuestro país en el período 1988-2005, el Comité estableció entre los motivos de preocupación sobre la situación carcelaria actual: “...m) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria”. Y como recomendación ante ello, que el país “m) Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas”.⁽⁵⁰⁾

En este punto y retornado a la responsabilidad internacional del país ante los pronunciamientos de los tribunales internacionales, debe tenerse en

.....

de una demanda interpretativa, la Corte explicitó que los fallos de la Corte son de aplicación general para todos los Estados y no únicamente para el Estado parte. Es entonces que la Corte Interamericana tiene una función interpretativa de las normas de derechos humanos y simultáneamente traza una línea jurisprudencial aplicable para todos los casos similares.

(50) Compilación de Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005), pp. 56 y 58.

consideración que Argentina ratificó sin reservas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, con fecha 24 de septiembre de 1986 y ya en la reforma constitucional de 1994, la incorporó en el bloque de constitucionalidad, a través del inc. 22 del art. 75 CN.

Por su parte, La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su visita a la Argentina del 7 al 10 de junio de 2010 se expidió en estos términos:

“...insta al Estado a tomar las medidas necesarias para proveer a las clínicas de las unidades penitenciarias de infraestructuras sanitarias adecuadas; de recursos humanos indispensables; de medicamentos e insumos médicos suficientes para cubrir las necesidades de la población penitenciaria; y de seguridad que garantice la integridad física del personal. La Relatoría quiere destacar que las personas privadas de libertad tienen derecho a la salud, en particular, a la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; a la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; y al acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos. Además, se recomienda al Estado proveer atención médica regular a las personas detenidas en dependencias policiales”.⁽⁵¹⁾

Las Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), respecto de la independencia profesional, afirman que

“71. El personal sanitario de una prisión es potencialmente un personal en riesgo. Su deber de cuidar a los pacientes (presos enfermos) puede entrar a menudo en conflicto con las consideraciones de la dirección y seguridad de la prisión. Ello puede dar lugar a difíciles cuestiones y elecciones éticas. Con el fin de garantizar su independencia en los asuntos de asistencia sanitaria, el CPT considera importante que dicho personal sea alineado tan estrechamente como sea posible con el servicio de asistencia sanitaria”.

(51) Comunicado de prensa N° 64/10 titulado “Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires”.

Por su parte, el ya referido Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, entiende que "Las administraciones penitenciarias deben asegurarse de que los reclusos tengan acceso al personal médico calificado, suficiente tanto en número como en especialización, para satisfacer sus necesidades. Normalmente, el mejor modo de conseguirlo es estableciendo relaciones con los prestadores de atención sanitaria de la población civil ", y agrega que: "El personal médico que trabaja en las prisiones no es parte del personal disciplinario o administrativo de la prisión. En aquellas jurisdicciones en las que el personal médico es contratado directamente por la administración penitenciaria, deberá estar encuadrado en una estructura organizativa independiente de la prisión".⁽⁵²⁾

En 1993, la Asociación Médica Mundial adoptó una declaración sobre los cacheos físicos de los internos que manifiesta, entre otras cosas, que la obligación del médico de prestar atención profesional "no debe verse comprometida por la obligación de participar en el sistema de seguridad de la cárcel". En la medida en que sea necesario realizar exámenes de las cavidades del cuerpo, éstos deberán ser realizados "por un médico distinto al que atiende al preso".⁽⁵³⁾

Por último, cabe señalar que, como ya se mencionó, en el marco del VI Encuentro de Jueces de Ejecución Penal celebrado en San Luis en abril de 2011, en la comisión N° 2 "Salud Mental y Adicciones en contextos de encierro", se acordó que se debe "Instar a las autoridades pertinentes a que los tratamientos de Salud de carácter voluntario referidos sean realizados por profesionales ajenos a la institución carcelaria, preferentemente por personal de los servicios de salud de la esfera nacional, provincial o municipal" (punto 4).

En esta línea se expidió asimismo la comisión N° 4, que señaló la necesidad de:

- "1. Constituir una comisión de estudio tendiente a elaborar los proyectos de ley necesarios para democratizar la estructura orgánica del Servicio Penitenciario Federal y de los Servicios

(52) COYLE, ANDREW, *op. cit.*, p. 56.

(53) Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Exámenes Físicos de los Presos, Asociación Médica Mundial, 1993 y revisado en la 170, sesión del Consejo en Divonne-les-Bains, Francia, mayo de 2005.

Penitenciarios Provinciales militarizados por normas de facto actualmente vigentes. Encomendar a esa comisión el estudio de los proyectos de ley que actualmente son considerados por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Nación y la promover su participación en las reuniones de trabajo que se lleven a cabo en dicho ámbito.

2. Dirigirse al Procurador Penitenciario de la Nación, solicitando tenga a bien considerar la conveniencia de presentar nuevamente a consideración del Congreso de la Nación el proyecto de Ley elaborado por la APDH de reforma de la ley de facto orgánica del SPF, que mereciera dictamen favorable de la comisión de legislación penal y que, actualmente, ha perdido estado parlamentario.

(...) 5. Dirigirse a las autoridades nacionales y provinciales con competencia en el área de las instituciones penitenciarias, instándolas a transferir a otras áreas específicas de la administración pública al personal profesional de aquellas —mediante comisiones de servicio, adscripciones o las modalidades que se estimen pertinentes— a fin de que continúen prestando sus funciones relativas al tratamiento penitenciario, asistencia clínica y prevención de la tortura, (en estos dos últimos, médicos y psicólogos) sin dependencia jerárquica del personal a cargo de la seguridad de los establecimientos”.

Así las cosas, y asentados en la normativa internacional pertinente, es posible afirmar que únicamente el carácter civil del personal sanitario puede evitar el encubrimiento de casos de torturas y asegurar la efectiva provisión de servicios de salud/salud mental a las personas privadas de libertad, conforme los objetivos que encarna el Protocolo de Estambul.

6 | Reflexiones a propósito de un esbozo de conclusión

Los instrumentos normativos analizados en el presente trabajo a los efectos de evitar que la pena privativa de libertad legitime la aplicación de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en el marco del encierro, constituyen herramientas sólidas y fundadas en un amplio consenso de la

comunidad internacional. En ese sentido, permiten nutrir de fundamento técnico-jurídico a las políticas públicas y a las demandas de organizaciones sociales y personas comprometidas con la problemática, adoptando una orientación destinada a paliar la vulneración de derechos a la que es proclive la persona que se encuentra en una situación de suma vulnerabilidad en el marco de la pena privativa de libertad.

Ahora bien, en esta línea de acción, se impone el análisis de la institución carcelaria en sí misma. En este punto se advierte que el encierro profundiza los niveles de vulnerabilidad psico-social —particularmente, frente a la selectividad del poder punitivo—, produce rupturas en el lazo social, redundando en profundos impedimentos para la posterior inclusión social y genera patologías vinculadas al encierro, entre otros efectos. Es decir, la mera situación de encierro —aun cuando medie el mayor respeto por los derechos fundamentales de la persona— determinará un deterioro de la salud psíquica de la persona.

Es en esta lógica, y sin perjuicio de la necesidad de reivindicaciones constantes tendientes al efectivo respeto por los derechos humanos de las personas privadas de libertad —entre ellas, la salud física y la salud mental—, es preciso buscar modalidades alternativas a la pena privativa de libertad. Así, parafraseando a Radbruch, podríamos decir que en la búsqueda de otras respuestas a los conflictos penales que se suscitan en nuestra sociedad, debemos no sólo pensar una cárcel mejor, sino algo mejor que la cárcel.



Proyectos de investigación

Protocolo de preguntas para relevar investigaciones en las cátedras⁽¹⁾

1 | ¿Cuál es el título del estudio/ investigación que está llevando a cabo la cátedra?

Conforme a la resolución del Consejo Superior N° 4/2012 y resolución Rectoral N° 967/2012 respectivamente, se acreditó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario el Proyecto de Extensión Universitaria que se titula "Criminalización de la Infancia y Delincuencia Juvenil". El Director es Daniel A. Erbetta y el Codirector, Guillermo Llaudet.

2 | ¿Cuáles fueron los antecedentes tenidos en cuenta a la hora de abordar el tema elegido?

Actualmente, es dable advertir la existencia de un gran número de niñas/os que, como consecuencia de distintos factores, se encuentran en situación de vulnerabilidad, en conflicto con el sistema penal o con altas probabilidades de estarlo en un futuro próximo.

.....

(1) Compaginado por María Angeles Ramos (UBA), Francisco Figueroa (UBA) y Nadia Espina (UNR).

Es por ello que resulta imprescindible estudiar las distintas causas del fenómeno de la delincuencia juvenil, analizar las soluciones actualmente implementadas desde el Estado, y plantear métodos superadores, alternativos y/o sustitutivos de los ya existentes.

Quienes aparecen como destinatarios del Proyecto, son las/os niñas/os en situación de riesgo que aún no han alcanzado su pleno desarrollo biopsíquico, emocional y socio-cultural, hallándose en plena etapa de formación. Por lo que, brindar soluciones preventivas y correctivas, conllevará a un beneficio a corto plazo para este sector y contribuirá, a largo plazo, a una disminución de los índices de delincuencia relacionados con esta problemática, y por consiguiente, se beneficiará a toda la sociedad.

La bibliografía que se ha tenido en cuenta es:

- Régimen penal juvenil vigente: ley 22.278.
- Proyecto Garcia - Mendez.
- Proyecto Morales.
- Proyecto Perceval - Escudero.
- Proyecto Negre de Alonso.
- Proyecto Zaffaroni -Narrandal.
- ALARCÓN, CRISTIAN, *Cuando me muera quiero que me toquen cumbia. Vidas de pibes chorros*, Ed. Grupo Norma, Buenos Aires, 2003.
- ALARCÓN, CRISTIAN, *Si me quieres, quereme transa*, Buenos Aires, Ed. Grupo Norma, 2010.
- BARATTA, ALESANDRO, "Infancia y Democracia", en *Derecho a tener derecho*, Instituto Interamericano del niño, ver texto en <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%204.pdf>
- BELOFF, MARY, "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos", en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/responsabilidad%20penal%20y%20DDHH.pdf
- BELOFF, MARY, "Memorias del Seminario Internacional. Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes", Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México, 2006.
- BELOFF, MARY, "Derecho, Infancia y Familia", Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, ed. Gedisa, Barcelona, 2000.
- BELOFF, MARY, "Los Derechos del Niño en el sistema interamericano", Bs. As., Ed. Del Puerto, 2004.

- BELOFF, MARY, "Quince años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la República Argentina", en Víctor Abramochiv, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007.
- BELOFF, MARY, "Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina", Presentación efectuada en el Seminario Inter-Cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mayo de 2012.
- BELOFF, MARY, "Reforma legal y Derechos Económicos y Sociales de los Niños: las paradojas de la ciudadanía", en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/reforma-legal-y-derechos-economicos-y-sociales-de-los-ninos-las-paradojas-de-la-ciudadania-mary-beloff.pdf>
- MENDOZA, CÉSAR ALBERTO y OTROS, *Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes en Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 172/10, caso 12.651, Informe de Fondo, 2010.
- CSJN, "García Méndez, Emilio y Musa; Laura s/ causa 7537, Recurso de hecho", G. 147. XLIV, causa N° 27.054, 02/12/2008.
- CSJN, "Maldonado, Daniel E. y otro s/ robo agravado por el uso de arma en concurso real con homicidio calificado", M. 1022. XXXIX, causa N° 1.174, diciembre de 2005.
- GALLEGOS, JORGE, "El menor ante el Derecho Penal", Bs. As., Ed. López y Etche-goyen, 1943.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, "Infancia, Derechos de los Niños y Justicia", Bs. As., Editores del Puerto, 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Prehistoria e historia del control social penal de la infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina*, Bs. As., Ed. Galerna, 1991.
- GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Bs. As., Amorrortu Editores, 1972.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, "Régimen Penal de la Minoridad", Selección de jurisprudencia y doctrina, septiembre de 2011.
- PLATT, ANTHONY M., *Los salvadores del Niño o la invención de la Delincuencia*, México, Siglo Veintiuno, 1997.
- RUIZ BRY, MARÍA EUGENIA, "Angelitos Negros que también se van al cielo", Rosario, Ed. UNR, 2011.
- UNICEF, "Justicia y Derechos del Niño", número 1, Santiago de Chile, 1999.
- UNICEF, "Justicia y Derechos del Niño", número 8, Santiago de Chile, noviembre de 2006.

- WAINERMAN, C. y SAUTU R., "La trastienda de la investigación", Bs. As., Ed. De Belgrano, 1997.
- WEINBERG, INÉS, "Convención de los Derechos del Niño", Bs. As., Ed. Rubinzal Culzoni, 2002.
- Constitución Nacional.
- Ley 22.278 y mod. 22.803.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Ley 26.061.
- Código Procesal de Menores de la Provincia de Santa Fe, ley 11.452.

3 | ¿En qué consiste el objeto de la investigación?

1. Determinar cuáles son las variables que tienen mayor incidencia en el fenómeno de la delincuencia juvenil.
2. Conocer específicamente el entorno, las circunstancias y características a partir de las cuales esas causas se desarrollan.
3. Determinar, a partir de las variables estudiadas, los ámbitos geográficos y/o institucionales donde se centrara la investigación en miras al desarrollo de un proyecto a aplicarse con posterioridad.
4. Proponer soluciones alternativas/sustitutivas y/o superadoras a las actualmente implementadas desde el Estado.
5. Promover la capacitación profesional en los temas relacionados a la problemática.
6. Organizar jornadas de difusión, tanto dentro del ámbito académico como fuera de él.

4 | ¿Cuál es el diseño elegido para la investigación?

Las fuentes de información de la investigación serán:

- a. Relevamiento en los Institutos: encuestas a realizar a diversos actores vinculados al Instituto de Rehabilitación del Menor de Rosario (los mismos niños/as en situación de encierro en primer lugar, además de talleristas y docentes).

- b. Estudio y análisis desde la prensa: también comprenderá el análisis de los artículos periodísticos de los Diarios *La Capital* y *Página 12*, Sección "Rosario 12", desde marzo de 2011 hasta marzo de 2012.
- c. Entrevista a operadores judiciales, jueces, fiscales, defensores particulares, Ministerio Público involucrados en la temática y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe.
- d. Entrevistas a operadores específicos del IRA, Director/a del Instituto, agentes del servicio penitenciario, profesionales que trabajan allí (médicos, docentes, trabajadores sociales) y talleristas.

Modalidad de las entrevistas y encuestas:

Las entrevistas o encuestas a los/as niños/as en situación de encierro se realizarán sobre la base de guías semiestructuradas. Serán individuales, y podrán tener dos modalidades: entrevistas personales o encuestas realizadas por escrito, en ambos formatos se resguardará la identidad de los entrevistados; inclusive si se expresa, se conservará el anonimato.

Las investigadoras contarán con una guía de preguntas organizadas de acuerdo a cada una de las temáticas abordadas en esta investigación, las que serán aplicables a todas las entrevistas.

5 | ¿Cómo están determinados los recursos y el cronograma?

- El grupo de trabajo se compone de la siguiente manera: 1 (un) Director: Daniel Anibal Erbetta. Jefe Titular de Cátedra de la Asignatura Derecho Penal I. Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología.
- 1 (un) Codirector: Guillermo Llaudet Maza. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Penal I.
- Miembros del Equipo de Trabajo: María Soledad Carrozza, Nadia Soledad Espina, Patricia Viviana Rovetto (Adscriptas a la Cátedra de Derecho Penal I) y Sabrina Quinteros (Ex Ayudante de la Cátedra de Derecho Penal I).

El Proyecto cuenta con un financiamiento otorgado por el Rectorado de la Universidad Nacional de Rosario mediante Resolución N° 967/2012 de \$5000 (cinco mil) pesos.

Posee una duración de un año. Dicho plazo corre desde el 17/04/2012 al 17/04/2013.

TABLA 1: PLAN DE TRABAJO

Actividad	Mes											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Desarrollo Marco Teórico	X	X	X									
Análisis del tratamiento del tema desde la prensa. (Diarios: La Capital y Página 12. Sección Rosario 12)	X	X	X	X	X	X						
Selección de la muestra a encuestar			X									
Elaboración Modelo de encuesta			X									
Realización de Encuestas				X	X	X	X					
Elección de entrevistados				X								
Preparación y realización de entrevistas				X	X	X	X					
Tabulación de encuestas y análisis de resultados							X	X				
Análisis de las entrevistas							X	X				
Selección de Instituciones				X								
Observación Participante					X	X	X	X				
Análisis de notas de observaciones participantes								X	X			
Análisis del material de prensa seleccionado							X	X	X			
Elaboración de conclusiones									X	X	X	

Actividad	Mes											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Diseño de Página Web										X	X	X
Organización de charlas y publicaciones										X	X	X
Encuestas finales de verificación de resultados												X

6 | ¿Cuáles estiman que son los peligros y las consideraciones éticas?

7 | ¿Se ha incluido en la investigación el tratamiento estadístico de datos (recolección, recuento, presentación, descripción y análisis estadísticos)?

Sí.



Organización Judicial

Se podría sugerir que los refrescantes debates sobre las tareas y funciones que involucran el gobierno y administración del Poder Judicial —así como el ámbito desde el cual se deben llevar a cabo— tienen una base común: la necesaria diferenciación de las tareas administrativas de aquellas estrictamente jurisdiccionales. Ampliamente abordada en los procesos de reforma de las administraciones de justicia heredadas de la colonia, la mencionada diferenciación de funciones se presenta como nervio neurálgico a la hora de pensar una judicatura centrada en decidir planteos de forma ágil y transparente, por los desafíos y resistencias que representa.

Se trata, en definitiva, de delinear un sistema en el cual los jueces se ocupen fundamentalmente de decidir casos en audiencias orales. El sinnúmero de dispositivos con que rodeamos los procesos de selección, permanencia en el cargo y remoción de los integrantes de la Magistratura, con el fin de dotar a los justiciables —titulares exclusivos de las garantías judiciales— de un proceso transparente y justo, carece de sentido si no son los jueces quienes deciden los casos de forma directa e inmediata.

La instrumentalización de este cambio en el ámbito de la judicatura (excluimos deliberadamente a otras instituciones que integran, coloquialmente hablando, “la justicia penal”: fiscalías y defensorías) supone la creación de una estructura encargada de la organización de los casos al interior del Poder Judicial.

El primero de los artículos de esta sección trata sobre dicha temática, adentrándose en la necesaria gestión judicial de los casos por parte de oficinas no integradas por jueces, quienes deben concentrarse exclusivamente en resolver casos; sobre la base de los cambios operados en la Provincia de Chubut. No obstante ello, los cambios no se agotan en modificaciones legislativas o reglamentarias, sino que requieren de un proceso de implementación y formación que desplace las antiguas prácticas. Por eso, en el segundo aporte, se toma a la capacitación en la oralidad como una de las herramientas fundamentales para consagrar en la realidad los cambios legales, destacándose las diferencias que un proceso exclusivamente oral (en todas las “instancias”) impone.

Hace tiempo que se advierte sobre la existencia de un cierto “fetichismo normativista” que, producto de una formación académica eminentemente positivista, nos hace suponer que los cambios realizados en la letra de la ley tienen la virtud de modificar “mágicamente” nuestras costumbres, en algunos casos, arraigas durante siglos.

Esperamos que las reflexiones presentadas en esta oportunidad permitan profundizar las discusiones sobre qué sistema de justicia demandan nuestros tiempos y nos ayuden a consagrar los cambios legales en las prácticas cotidianas.

*Diego García Yomha, Nahuel Martín Perlinger,
Santiago Martínez y Juan Pablo Iriarte*

Colaboradores Sección Organización Judicial

Capacitación en oralidad

Desafíos y límites para la mejora en la gestión del sistema

por LETICIA LORENZO

El presente trabajo procura abordar algunos temas que considero de importancia para comprender el significado de la capacitación como forma de contribuir a la gestión adecuada del sistema procesal. En primer término, me referiré a la diferenciación metodológica existente entre un sistema oral y uno escrito, para luego pasar a abordar las implicaciones de la capacitación en oralidad, los obstáculos que se encuentran en los procesos de capacitación, los límites de la capacitación para contribuir a la mejora del sistema y, finalmente, las contribuciones concretas que pueden observarse a partir de los procesos de capacitación.

I | Sistema escrito y sistema oral

Quisiera referirme en este primer punto a las diferencias metodológicas existentes entre el sistema escrito y el sistema oral, en función a las cuales deben construirse los programas de capacitación. Una característica siempre presente a la hora de definir al sistema escrito es el uso del expediente con sus consecuentes resultados (formalismo, burocratización, secreto, imposibilidad caso total de interacción entre las partes, escasa o nula intermediación con el juzgador, por sólo mencionar algunos de ellos).

Por el contrario, si se nos solicita caracterizar el método de trabajo de un sistema oral, debemos referirnos, necesariamente, a la audiencia. La audiencia es la metodología propia de un sistema oral en tanto permite el cumplimiento de los principios de intermediación, contradicción, publicidad y oralidad.

Vemos entonces que, más allá de las calificaciones valorativas que podamos realizar sobre cada método de trabajo, ambos generan entornos completamente diversos. En tanto el método de trabajo construido alrededor del expediente tiende hacia la formalidad y acumulación de datos —sin tener en cuenta, muchas veces, la relevancia de los mismos— el método de la audiencia genera un entorno en el cual la transmisión de información relevante y la interacción y posibilidad de contradicción de las partes frente al juez prima por sobre la burocracia y la formalidad. A partir de esta afirmación, una primera consideración a tomar en cuenta al hablar de capacitación es la vinculada al diseño normativo y las prácticas establecidas para el desarrollo de todo el proceso penal: si contamos con una extendida costumbre en sentido de realizar una instrucción (o etapa previa al juicio, más allá del nombre que le demos) escriturada y tendiente a la construcción de un expediente, resulta muy dificultoso desarrollar capacidades vinculadas con la metodología de la audiencia ya que, más allá de que los funcionarios encargados del desarrollo del juicio sean distintos a los encargados del desarrollo de la etapa previa, compatibilizar las actuaciones de dos etapas propias de un mismo proceso, caracterizadas por métodos de trabajo distintos —cuando no opuestos—, trae grandes dificultades a la hora de obtener un producto (sentencia) de calidad.

Por ello, creo importante asumir esta dificultad como punto de partida para el diseño de programas de capacitación y la orientación de los mismos, en función a decisiones concretas, tal como desarrollaré en las próximas líneas.

2 | ¿Qué implica capacitar en oralidad?

En primer término, considero importante asumir que capacitar en oralidad implica replantear los procesos de formación en función a las necesidades propias de un sistema oral. El sistema escrito, con su método de trabajo propio (el expediente) ha generado en el transcurso del tiempo una metodología propia, también para la capacitación de operadores del sistema judicial. Las características que suelen encontrarse en la formación de operadores a partir de un sistema escrito tienen relación con el desarrollo de clases magistrales, con escasa participación de los alumnos en el desarrollo del curso; en aquellos programas donde se utiliza el “método de casos”, éste suele equipararse a la discusión de casos hipotéticos que poca relación encuentran con las situaciones cotidianas que los opera-

dores deben resolver; las evaluaciones que deben rendir los estudiantes tienen una fuerte carga memorística; el proceso de capacitación culmina, generalmente, con la finalización del curso en sí, sin ningún planteo de seguimiento o evaluación de utilidad de los contenidos de la capacitación para la práctica profesional cotidiana.

Por el contrario, considero que las principales características que debería tener un programa de capacitación orientado a la oralidad son:

- a. Definición de objetivos en materia de conocimiento, comprensión y práctica. Esto implica que deben desarrollarse actividades que:
 - Introduzcan a los estudiantes en los temas vinculados con la oralidad (la audiencia como metodología de trabajo; funciones de los actores en ese entorno; consecuencias prácticas generadas por los principios de contradicción, intermediación, publicidad; necesidad de definición estratégica para la litigación de un caso; formas de organizar el trabajo en un contexto de oralidad, etc.);
 - Desarrollen ejercicios puntuales en los que se identifique el grado de comprensión sobre cada tema (proyección y análisis de las audiencias desarrolladas en la actualidad en el sistema en que se esté trabajando o, en caso de no existir, en otros sistemas; discusión sobre las diferencias cualitativas en la resolución de casos puntuales con un sistema escrito y un sistema oral; identificación de las diferencias salientes entre uno y otro sistema, etc.); y, finalmente,
 - Permitan a los estudiantes poner en práctica los temas abordados de forma tal que los mismos puedan acercarse al rol que les tocará llevar adelante en las audiencias orales (ejercicios de litigación a partir de casos previamente elaborados; casos que no tengan un grado alto de complejidad, de forma tal que permitan desarrollar los ejercicios con los tiempos acotados de un curso de capacitación pero que se acerquen a la realidad cotidiana de los participantes en el curso).
- b. Este tipo de metodología implica redefinir el rol del docente en el marco de la capacitación, que debe pasar de ser un docente magistral a convertirse en un facilitador para que los participantes pongan en práctica cada uno de los contenidos de las capacitaciones. En este punto es importante referir que esto no implica una obligación menor de parte del docente, sino que antes bien requiere capacidades en función a la transmisión de conocimientos pero también a la retroalimentación permanente de las actividades desarrolladas por los estudiantes en el marco del curso de capacitación, entendiendo por retroalimentación la identificación puntual de fortalezas y debilidades en la utilización de las herramientas estudiadas y practicadas en el curso de for-

mación. Se ve, a partir de lo afirmado, que el docente no debe utilizar el tiempo de comentario de los ejercicios relatando anécdotas sobre situaciones similares o casos/ cursos anteriores, sino que debe concentrarse en el trabajo con cada uno de los participantes en la capacitación, proveyéndole la información específica necesaria para mejorar su técnica y, por ende, elevar su desempeño laboral.

- c. Otro punto importante en términos de diseño de capacitación tiene relación con la importancia que debe darse al momento de la planificación al rol que cumplen los estudiantes en el sistema penal. En este sentido, es importante entender a la capacitación como parte del desarrollo profesional específico de los estudiantes, ya que no será el mismo abordaje de los temas si se está trabajando en forma exclusiva con jueces (donde, quizá, la formación deba orientarse mucho más hacia la dirección de las audiencias) que con acusadores o defensores (donde la formación se orientará a generar habilidades propias de la función de acusar o ejercer la defensa en el proceso penal)

En segundo lugar, es importante también definir la extensión de la oralidad en función a lo mencionado en la introducción: ¿es sólo una metodología para el juicio o debe extenderse al proceso en su integridad? Más allá de los diseños normativos, personalmente considero que en función de las exigencias del debido proceso debe entenderse que la oralidad (y su metodología, la audiencia) deben asumirse como una exigencia para todas las etapas del proceso penal y, en función de ello, la capacitación debe realizarse sobre la base de la audiencia en cada una de las etapas procesales.

Sin embargo, esto no implica que la capacitación deba ser igual, sino —por el contrario— que debe ser muy específica en función al rol que cumpla el grupo capacitado. Una capacitación orientada a funcionarios que desarrollan juicios orales estará mucho más orientada a la utilización correcta de técnicas de producción de información, que una capacitación orientada a funcionarios que desarrollan actividades en la etapa previa, la que estará orientada al diseño estratégico, a la definición de decisiones vinculadas a la continuidad o descarte del proceso y a las formas de continuidad (sea llegando hasta el juicio, sea buscando un medio alternativo de terminación posible). Es muy importante dar especial consideración a este punto ya que, partiendo de mi experiencia, puedo afirmar que he observado que la capacitación orientada en forma exclusiva al juicio oral genera procesos donde la etapa previa

al juicio se ha convertido en otra forma de juicio (en audiencias de medidas cautelares, por ejemplo), con audiencias con un promedio de duración similar al del juicio (casos de Bolivia y Perú, por ejemplo), y con producción de información y tomas de decisiones sobre la base de estándares tan elevados que han generado, en la práctica, una imposición de condena en forma anticipada.

En tercer lugar, capacitar en oralidad implica trabajar sobre el desarrollo en los funcionarios de destrezas específicas propias de un sistema de audiencias. Ello implica:

- Planteo y ejecución de una estrategia de litigación coherente, donde se asuma que el caso no variará de audiencia a audiencia ni de etapa a etapa, sino que debe desarrollarse sobre la base de un objetivo planteado desde el inicio, en función al cual se desarrolle la labor posterior, sea de acusación o de defensa;
- Reconocimiento fáctico, es decir, identificación concreta de los hechos relevantes para el caso. Tal y como lo señala la bibliografía existente sobre litigación, los abogados solemos tener una capacidad bastante desarrollada para abstraer los hechos en categorías jurídicas, pero nos resulta tremendamente complicada la realización de un relato del hecho que motiva un proceso penal. Esa habilidad (la de identificar y poder relatar un hecho concreto), en el marco de exigencias de un proceso oral, puede significar la diferencia entre obtener una decisión favorable o perder el caso;
- Relevancia normativa. Si bien, como se señala en el apartado anterior, los abogados tenemos la capacidad de identificar la norma en que se subsumen los hechos, no siempre desarrollamos esa tarea con la precisión que exige un sistema oral;
- Vinculación entre lo fáctico y lo normativo. A partir de la mención de lo fáctico y lo normativo, capacitar en este sentido implica la necesidad de trabajar con los funcionarios de forma tal de utilizar racionalmente el Código Penal, construyendo teorías jurídicas que cuenten con el respaldo de hechos suficientes para lograr la cobertura de todos los elementos exigidos;
- Posibilidades probatorias. Otra tarea de importancia es desarrollar en los funcionarios la destreza requerida para saber, al momento de conocer un caso, cuál será la prueba requerida y, de esa prueba, cuál será de posible obtención. Desarrollar capacidades en este sentido puede contribuir a generar una optimización en los tiempos (sobre todo del órgano acusador) que repercutan en mayor eficiencia para la persecución de los casos que, efectivamente, puedan llevarse a juicio, a la vez que respuestas más prontas para aquéllos que no tienen chance, en virtud a sus dificultades probatorias.

3 | ¿Cuáles son los principales obstáculos para la capacitación en oralidad?

Si bien en los últimos tiempos se ha extendido la necesidad de capacitación como forma de ingreso y ascenso en las distintas carreras institucionales, considero que más allá de la ventaja que esto implica, la inexistencia de objetivos institucionales claros en relación a la capacitación, genera dificultades para el desarrollo de procesos de formación en oralidad. Esto en función de que no basta el requisito formal de haber pasado “x” horas de capacitación; debe existir una motivación política (de política pública) que otorgue significado a esa exigencia y que permita evaluar la verdadera idoneidad de la formación que los funcionarios y/ o estudiantes reciben. Muchos de los institutos de capacitación que se han creado al interior de las instituciones han desarrollado programas de capacitación para el ingreso a la carrera funcionaria y para la permanencia en la misma, pero cuando se observan esos programas, una primera cuestión que surge es que la capacitación de ingreso suele reiterar contenidos propios de la carrera de pre grado de derecho, en lugar de desarrollar contenidos vinculados a la función que cumplirá el aspirante en caso de ingresar a la carrera; una segunda cuestión es la vinculada a la metodología, donde existe una tendencia a la clase magistral, dictada por personas con cierta antigüedad en la institución, más que por personas especializadas en cuestiones vinculadas a la planificación de objetivos educativos.

Por otra parte, los programas de capacitación permanente para los funcionarios de las instituciones nos dejan ver un segundo obstáculo para la capacitación en oralidad, y es la vinculada a la confusión entre “demanda” y “necesidad” de capacitación. Los diagnósticos institucionales realizados para la planificación de la capacitación permanente suelen basarse en encuestas en las que se pregunta a los funcionarios cuáles son los temas que les interesan, y no en un análisis vinculado a cuáles son los temas que la institución necesita mejorar para cumplir con su rol. En función de ello, la “demanda” o “tema que interesa” en un determinado momento, suele primar en la oferta de capacitación por sobre la “necesidad” o tema que la institución precisa mejorar para el cumplimiento de sus objetivos propios.

Lo antedicho posee relación con el tercer obstáculo al que deseo referirme: la escasa vinculación entre los contenidos de la capacitación y las metas institucionales. Al desarrollarse capacitaciones vinculadas más a demandas que a necesidades, dichos programas de formación no suelen tener una vinculación o desarrollo en función del cumplimiento de metas. Por ello, los funcionarios no suelen ser evaluados de acuerdo a las capacitaciones a las que han asistido; con esto quiero decir que las capacitaciones suelen tener una utilidad relacionada con la cantidad de cursos o de horas académicas que se han desarrollado —que le permiten al capacitado incrementar su currículum, su puntaje y, en algunos casos, incluso ascender en función a criterios objetivos (“x” número de capacitaciones de “x” duración dan “x” puntos dentro de los baremos de calificación curricular que suelen expresarse)—, pero los programas de capacitación no suelen fijar, como parte del programa, modos de seguimiento de los resultados a partir de los cambios en las prácticas propias de su puesto de trabajo. Ello no permite, a su vez, tener una evaluación real del impacto de la capacitación en la gestión institucional, con lo que la formación queda relegada a un segundo plano, erigiéndose como un adorno institucional más que como una herramienta de gestión propia (y paradójicamente, suele depositarse en los procesos de capacitación una enorme expectativa en momentos de cambio normativo: se espera que el desarrollo de cursos específicos sea, mágicamente, la clave para lograr el éxito de las reformas).

4 | ¿Cuáles son los límites de la contribución de la capacitación?

En función de lo hasta aquí expuesto, me parece importante asumir que los espacios de formación no pueden desarrollarse sin contacto con la realidad institucional y la práctica concreta de los operadores. Esto implica que, para que la capacitación contribuya en forma real a la mejora en la gestión institucional, como punto de partida debe realizarse un diagnóstico de necesidades vinculado a los objetivos institucionales de gestión que permita orientar los recursos de la capacitación hacia el cumplimiento de esos objetivos.

En segundo lugar, es también claro que el diseño normativo y/o la práctica establecida influyen en el mantenimiento de la capacitación tradicional.

Sin ánimo de ser reiterativa, creo que la cultura del expediente está muy arraigada en nuestra práctica profesional y ello genera que los programas de formación tengan una tendencia hacia el formalismo y la burocracia por sobre el cumplimiento de los principios del debido proceso. En este sentido, es central para el logro de resultados favorables de parte de la capacitación, que el período de diseño y discusión de los programas tenga el tiempo suficiente para identificar objetivos específicos claros, y para debatir las metodologías adecuadas para insertar la lógica de la oralidad y el uso de la audiencia como método de trabajo.

Finalmente, debe asumirse que la capacitación por sí sola no hace el cambio. Como he mencionado anteriormente, no puede cargarse en el proceso de formación la responsabilidad de lograr en forma íntegra un cambio que implica no sólo la asunción de un modelo normativo específico, sino también —y quizá esto sea más importante que la cuestión normativa— un cambio institucional y organizacional muy profundo. En este sentido, la capacitación debe ser considerada como un proceso que se inicia mucho antes del “curso” propiamente dicho (con la identificación de las necesidades y la planeación de objetivos y metodologías específicos) y continúa mucho más allá de él, evaluando el cumplimiento en el puesto de trabajo de los contenidos abordados durante el desarrollo de la capacitación y el impacto del cambio para la política institucional.

5 | ¿Cómo puede la capacitación contribuir a la mejora en la gestión del sistema?

Establecidas las necesidades de rediseño en los procesos de capacitación, y asumidos los obstáculos y dificultades que pueden presentarse para la capacitación como herramienta de contribución a la gestión institucional para la oralidad, considero que, sistemáticamente, los principales aportes para la mejora de la gestión del sistema se encuentran en los puntos siguientes:

- Generación de estándares de actuación que permitan medir la calidad de los funcionarios de las instituciones en forma no arbitraria. Una característica propia de la metodología de audiencia es la del razonamiento por estándares

más que por normas. Las situaciones posibles en una audiencia son tan diversas, que es imposible generar una norma que las contemple absolutamente a todas. En función de ello, y a partir del contenido normativo de los Códigos, resulta importante que los operadores comiencen a desarrollar estos estándares de actuación que permitan la interpretación de la norma en casos concretos suscitados en audiencias. La capacitación es un espacio idóneo para la discusión y propuesta de esos estándares.

- Detección de “cuellos de botella” e impulso de prácticas que contribuyan a superarlos. También a partir del trabajo sobre necesidades, suelen identificarse momentos procesales que resultan trabas para el correcto desarrollo y el cumplimiento de los plazos (los tiempos que van entre la denuncia y la imputación; el tiempo transcurrido entre la imputación y la solicitud de finalización alternativa del proceso; la duración de determinadas audiencias —audiencia de medida cautelar, de suspensión condicional del proceso—; la extensión en los tiempos de investigación; la dificultad para el ejercicio de controles judiciales; los planteos impertinentes iniciada la etapa de juicio; etc.). La capacitación es útil para que, conjuntamente, los operadores piensen formas efectivas para el cumplimiento de la norma y para la generación de consensos entre las instituciones que posibiliten el impulso de prácticas que permitan dicho cumplimiento.
- Identificación de necesidades de interpretación o cambio normativo. Resulta bastante claro que los procesos de implementación de las reformas procesales penales nos enseñan implicaciones de la oralidad que lejos estábamos de imaginar al momento de trabajar en los diseños y discusiones normativas (cuestión ésta que suele reflejarse incluso en los primeros programas de capacitación que se diseñan para la implementación de la reforma). Dado que ésta es una construcción que se realiza a diario, y que requiere de mucha observación de los problemas y dificultades que se atraviesan en la función cotidiana de los operadores judiciales, la capacitación puede contribuir también para identificar aquellos casos en los que no basta la generación de un estándar de actuación o el impulso de un cambio de práctica, requiriéndose un cambio normativo para mejorar la implementación del sistema. Considero que, de realizar ese trabajo de identificación de necesidades normativas en el marco de un contexto como el que he venido desarrollando, las propuestas de modificaciones a la norma serían mucho menores pero con una sustancia mucho mayor para mejorar la actualidad del sistema procesal.
- Apertura de la posibilidad de un espacio de discusión alterno al propio del desarrollo laboral diario, donde funcionarios de diversas instituciones puedan exponer sus criterios y conocer otras posiciones y problemáticas. Dado que, como he mencionado con anterioridad, entiendo a la capacitación como un proceso que inicia con anterioridad al curso en sí y continúa a través de procesos de evaluación más allá de finalizada la actividad, considero que debe utilizarse también como ámbito para poner en discusión aquellas problemáti-

cas interinstitucionales que imposibilitan una marcha más armónica del sistema (divergencias en la interpretación de la norma; incumplimientos que afectan a otras instituciones; clarificación de las políticas y metas institucionales; etc.). De esta forma, el ámbito de la capacitación puede contribuir para, a partir del conocimiento de las problemáticas de otras instituciones, buscar soluciones más integrales a los problemas que se vayan identificando.

Finalmente, considero necesario reiterar que la capacitación no es —y no puede ser pensada como— una mágica solución que pondrá a andar un sistema transformado. Es sólo una herramienta más a utilizar que, optimizada en función a necesidades institucionales, y evaluada en cuanto al impacto logrado a partir de su uso, puede contribuir al correcto funcionamiento del sistema y a una justicia oportuna para el ciudadano que exige, hoy más que nunca, atención judicial eficaz.

La gestión judicial en el marco de la reforma procesal penal

Su necesaria consolidación

por **MARCELO NIETO DI BIASE**⁽¹⁾

“Todos los triunfos nacen cuando nos atrevemos a comenzar”.
Eugene Ware

I | Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad enunciar someramente los cambios introducidos en la administración de los recursos humanos y materiales del fuero penal de la provincia del Chubut, a raíz de la creación de un órgano especializado como es la Oficina Judicial, incorporado con la reforma procesal penal.

La misión de la Oficina Judicial es lograr una efectiva y eficiente administración de dichos recursos, en especial teniendo como objetivo central la organización de las audiencias orales, escenario por excelencia donde transcurre el devenir del nuevo procedimiento penal.

En particular, este nuevo organismo llegó para absorber como propia una función que en el proceso penal anterior, estaba en manos de los

.....

(1) Abogado. Juez Penal de Refuerzo de Puerto Madryn, Chubut.

jueces, la de entender en todos aquellos temas administrativos relacionados a los tribunales.

El cambio introducido fue muy profundo. Intentar modificar el *status quo* vigente a través de los años fue, cuanto menos, traumático en sus comienzos.

Se buscará mostrar las bondades del nuevo sistema, pero en especial proponer una mirada crítica que señale algunos inconvenientes que se fueron generando que sirvan tanto para que aquéllos que están por ser parte activa de la reforma eviten cometerlos, como para que quienes estamos inmersos en el nuevo proceso penal continuemos buscando mecanismos de solución a fin de seguir avanzando en el camino que hemos comenzado a transitar en las postrimerías del año 2006.

2 | La Oficina Judicial

2.1 | Interrogantes iniciales

Con carácter previo al ingreso en el nuevo procedimiento penal comenzó a hablarse de este nuevo organismo. Al no encontrarse vigente un modelo similar en nuestro país, las preguntas eran muchas, pero pocas las respuestas.

¿Qué es la Oficina Judicial?; ¿cuál será su alcance?; ¿con qué recursos contará?; ¿cuál es el personal necesario?; etc., eran parte de los interrogantes que se presentaban y que todos aquellos que éramos operadores del anterior sistema procesal intentábamos responder.

En ese contexto, tomamos como antecedente el modelo chileno de organización de tribunales, el cual llevaba por entonces aproximadamente 6 años de implementación, encontrándose por tanto en plena etapa de consolidación.

Uno de los aspectos centrales se basaba en el aprovechamiento de las economías de escala; esto es, la provisión de asistencia a todos los jueces de cada una de las circunscripciones judiciales por medio de “servicios comunes”, todos ellos a cargo del órgano administrativo.

2.2 | Puesta en marcha de la gestión

El marco normativo central que define las funciones de la Oficina Judicial lo constituye el primer párrafo del art. 75 del Código Procesal Penal del Chubut, que establece:

“El juez o tribunales y las partes serán asistidos por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique”.

Tomando como punto de partida el citado artículo y los acuerdos 08/2006⁽²⁾ y 09/2006⁽³⁾ de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, se comenzaron a diseñar los procesos de trabajo que dieron el puntapié inicial a la gestión, siempre teniendo como norte una correcta organización de las audiencias orales.

El Dr. Alberto Binder expresa que son tres las dimensiones básicas que deben darse para el éxito de toda reforma: el diseño normativo; la nueva organización y gestión del trabajo; como así también la nueva concepción de la capacitación y la enseñanza legal.

El nuevo Código (dimensión normativa), a la par de adoptar el sistema acusatorio adversarial en el procedimiento penal, trajo consigo la aparición de un nuevo operador, la Oficina Judicial (dimensión de gestión).

La razón de esta aparición no sólo se debió al cambio del paradigma procesal, sino también a la inexistencia de una verdadera gestión en el marco del sistema procesal penal anterior.

.....

(2) Acuerdo 08/06: “...En cada jurisdicción funcionará una Oficina Judicial que tendrá a su cargo los deberes impuestos por el artículo 75 del Código de Procedimientos...”.

(3) Acuerdo 09/06: “...Estarán integrantes por un Director, un Subdirector Jurisdiccional y un Subdirector de Administración y el personal técnico, administrativo y de maestranza que se designe...”.

Podemos definir a la gestión judicial como el conjunto de actividades de planificación, organización, coordinación y control destinadas a la obtención de una eficaz y eficiente administración de los recursos humanos y materiales disponibles en la justicia.

Por otra parte, al comenzar la actividad de la Oficina Judicial, además de iniciarse un proceso de reorganización del trabajo, hubo que adaptar las estructuras edilicias, y propiciar las relaciones con las demás instituciones y organismos vinculados al proceso penal, etc. Pero también fue imperioso comenzar un proceso de capacitación del personal, cumpliendo con ello con las tres dimensiones básicas de todo proceso de reforma.

3 | Los avatares asociados a la implementación

La enquistada raigambre de la vieja cultura inquisitiva salió a la luz al momento de ponerla en crisis. Así, al intentar desplazarla con los principios asociados a la reforma, comenzaron a surgir distintos mecanismos adoptados por sus defensores, que pretendieron sostenerla sirviéndose de distintas herramientas.

Entre los mecanismos utilizados se pueden citar: el requerimiento de personal por parte de los jueces, el pretendido control de la agenda judicial, la injerencia de algunos magistrados en cuestiones administrativas, etc.

El motivo central de los problemas de implementación lo constituyó la falta de reconocimiento de la autoridad hacia los responsables de la gestión por parte de algunos magistrados y funcionarios, lo que se reflejó en inconvenientes para su consolidación, variando su gravedad en función de distintas situaciones particulares que se suscitaron a través de las cinco Oficinas Judiciales de la provincia.

4 | ¿Nos encontramos preparados para aceptar la gestión?

Después de las breves palabras volcadas precedentemente, podría surgir como respuesta inmediata que existen motivos para pensar que

la inserción de un nuevo organismo como responsable de la gestión resultaría inconveniente.

Sin embargo, bueno es recordar que los problemas surgidos en la provincia del Chubut son semejantes a los sucedidos en aquellos países que incursionaron con carácter previo y con reconocido éxito en el nuevo proceso penal (por ejemplo: Costa Rica y Chile).

Situaciones tales como: suspensiones de audiencias, demoras de inicio de las mismas, desconocimiento de la importancia y de los alcances de la gestión, falta de capacitación del personal, etc., fueron motivos que se reiteraron en cada implementación y que tuvieron que ser enfrentados por los operadores a fin de sostener el proceso de reforma.

Se debe considerar que es dificultoso encontrar una solución inmediata a los inconvenientes que se plantean. Por el contrario, dado que la "impronta inquisitiva" que está muy arraigada, y que el cambio es profundo, es posible que las respuestas puedan tardar en llegar.

Por ello, considerar inapropiada la inserción de la gestión ante la aparición de las primeras situaciones conflictivas es, cuanto menos, perjudicial para el sistema en su conjunto, en razón de que la propia oralidad requiere la existencia de una organización especializada regida por los principios de eficacia y eficiencia ya citados.

Lo expuesto nos lleva a responder la pregunta ¿nos encontramos preparados para aceptar a la gestión? a partir de la distinción de dos etapas centrales.

4.1 | Etapa inicial

De carácter esencialmente conflictiva, permite pensar en la falta de conveniencia de la incorporación de un órgano de gestión judicial.

Una situación similar sucedió en Chile, donde en los comienzos existió una falta de objetivos verificables y objetivos contradictorios que dificultaron el seguimiento y evaluación de la reforma.⁽⁴⁾

.....

(4) Ver VALDIVIA, CLAUDIO y VARGAS, GONZALO, "Gestión en un Sistema de Administración de Justicia Criminal: la Experiencia de la Reforma Procesal Penal en Chile", en *Revista Sistemas Judiciales*, CEJA, n° 5, p. 31.

Un punto central en este aspecto es considerar que ciertos jueces entienden que el responsable de la gestión es un subordinado que debe responder a todas sus necesidades⁽⁵⁾ y, por ello, imponen criterios y decisiones, y utilizan para ello sencillamente la propia fuerza del cargo, lo que en consecuencia termina siendo perjudicial al nuevo procedimiento.

4.2 | Segunda etapa

Se puede determinar su inicio pasados los dos años de vigencia del nuevo Código.

A partir de ese momento comenzaron a vislumbrarse los beneficios del nuevo sistema, que se produjeron a partir de la incipiente consolidación de la gestión a cargo de las Oficinas Judiciales.

Algunos puntos logrados fueron los siguientes:

1. organización de la estructura con una distribución de funciones entre sus dependencias internas;
2. mayor coordinación con los jueces penales y demás operadores institucionales (Ministerio Público Fiscal y Defensa Pública) y extra-institucionales (Policía; organismos públicos);
3. continuo interés en la capacitación interna de sus integrantes;
4. aplicación del análisis de los datos estadísticos a los procesos de trabajo internos y a la planificación de la gestión;
5. inserción de la tecnología en el trabajo diario;
6. agilización del sistema de notificaciones.

En esta etapa comenzaron a surgir datos estadísticos favorables, como ser: un incremento en la realización de audiencias, disminución del índice de suspensiones, mejoras de los procesos de notificación, mayor organización en la atención a los intervinientes en las audiencias, y mejoramiento de los procesos de trabajos internos a través del análisis de dichos datos. Todo ello, nos lleva a concluir que el análisis de los datos estadísticos re-

(5) Ver ESPINOSA, ALDO, "Variaciones alrededor de una estructura", en *Revista Sistemas Judiciales*, CEJA, año 3, n° 5, p. 23.

sulta decisivo a la hora de generar una paulatina aceptación por parte de los distintos operadores de la importancia de una moderna gestión en los tribunales.

5 | El necesario apoyo a la gestión

El sostenimiento de una administración de tribunales requiere del apoyo de la institución judicial en su conjunto.

En la experiencia norteamericana se ha observado que la primera dificultad que debieron afrontar los administradores fue su relación con los jueces. Ello, dado la falta de comprensión de su labor y la desconfianza generada, lo que significó que los cargos de los responsables de la gestión se basaran en mandatos breves y de inestabilidad laboral.⁽⁶⁾

Dicha situación se ha repetido en nuestra provincia: al intentar los jueces sostener como propias funciones de carácter esencialmente administrativo, se generaron diferencias con los responsables de la gestión, cuya intensidad varió en función de la propia situación general de cada una de las circunscripciones judiciales.

Lo más pernicioso de ello fue que, por el propio juego de fuerzas suscitado, muchas de las funciones propias de la gestión fueron cedidas a los jueces, siendo la Oficina Judicial, por distintos motivos, la que resultó más afectada —y, en consecuencia, la propia reforma—.

Lo expuesto lleva a determinar el necesario respaldo institucional hacia la gestión, no sólo en los inicios, sino durante los años siguientes a la implementación del nuevo sistema.

A su vez, resulta imprescindible el dictado de normas claras, que diferencien las funciones administrativas de las jurisdiccionales, a fin de evitar el surgimiento de problemas que, en definitiva, atentan contra la propia reforma procesal.

(6) Ver SAEZ MARTÍN, JORGE EDUARDO, *La organización y administración de los nuevos tribunales-La otra reforma*, Chile, Editorial Metropolitana, 2007.

6 | Las relaciones actuales de los operadores

Debemos expresar que, en la actualidad, no encontramos con una evolución positiva en la relación entre los operadores de la judicatura, esto es entre jueces y Oficina Judicial.

Los inconvenientes suscitados inicialmente —conforme se expusiera— dejaron paso a un reconocimiento y respeto de roles, permitiendo con ello armonizar el trabajo interno de los tribunales.

7 | Conclusiones

Se debe considerar a la reforma procesal penal en su integridad; esto es, incluyendo como parte esencial de la misma una moderna organización de los tribunales, hecho que sucede con la creación de un organismo especializado como es la Oficina Judicial.

Por analogía, este nuevo organismo es como un niño que comienza a caminar. Para que aprenda a hacerlo sin sobresaltos, se lo debe acompañar en sus primeros pasos y asistir en todo el proceso de aprendizaje.

Así, no se debe abandonar la tarea de consolidar el desarrollo de la gestión y de respaldar a los nuevos organismos desde los estamentos superiores del Poder Judicial, a fin de alcanzar las metas propuestas con la reforma.

Por último, debemos concluir diciendo que, con la implementación del nuevo proceso penal, se lograron importantes beneficios, lo que permite aconsejar sin lugar a hesitación sobre la conveniencia de iniciar este camino que, hace siete años atrás, comenzamos a transitar. En tal sentido, cabe recordar algunas palabras del escritor inglés Charles Dickens: "...el hombre nunca sabe de lo que es capaz hasta que lo intenta...".



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- AA.VV., *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette, 1987.
- AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1991.
- AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción*, 1ª ed., trad. de Flavia Costa e Ivana Costa, Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2007.
- AGAMBEN, GIORGIO, *Estancias. La palabra y el fantasma en la cultura occidental*, Ed. Pretextos, Valencia, 2001.
- AGAMBEN, GIORGIO, *La potencia del pensamiento*, 1ª ed., Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2005.
- AGAMBEN, GIORGIO. *Lo Abierto*, 2ª ed., Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2007.
- ALLOUCH, JEAN, *La etificación del psicoanálisis calamidad*, 1ª ed., Bs. As., Edelp, 1997.
- AMENDOLARO, ROXANA y LAUFER CARRERA, MARIANO, “El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental”, en *Derechos Humanos en Argentina*, Informe 2009, CELS.
- ANITUA, GABRIEL IGNACIO, *Historia de los pensamientos criminológicos como historias del presente de diversos discursos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2005.
- BACICALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Hammurabi, 1999.
- BADIOU, ALAIN, *Ética y Psiquiatría. Reflexiones sobre nuestro tiempo*, Bs. As., Ediciones del Cifrado, 2000.
- BADIOU, ALAIN, “Ética y psiquiatría”, en *Conferencias en Brasil: ética, política, globalización*, Bs. As., Del Cifrado, 2006.
- BADIOU, ALAIN, *La Ética. Ensayo sobre la conciencia del mal*, 1ª ed., Barcelona, Herder Editorial, 2004.
- BEREZIN, ANA, *Sobre la crueldad. La oscuridad en los ojos*, 1ª ed., Bs. As., Psicolibro Ediciones, 2010.
- Biblia de Jerusalén*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1975.
- BLEICHMAR, SILVIA, *No me hubiera gustado morir en los 90*, Bs. As., Taurus Editores, 2006.
- BONNET, E. F., *Psicopatología y Psiquiatría Forenses*, Bs. As., López Editores, 1983.
- BORÓN, Atilio, *Estado, capitalismo y democracia en América Latina* [en línea], Bs. As., Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), Colección Secretaría Ejecutiva, 2003, <http://www.clacso.org/wwwclacso/espanol/html/libros/estado/estado.html>, consultado 16/06/2013.
- BOVINO, ALBERTO, *Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Ed. del Puerto, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Hacia una construcción Latinoamericana de la Culpabilidad”, Conferencia Plenaria del XI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, en *Revista de Derecho Penal*, n° 12, Montevideo, 2001.
- BUTLER, JUDITH, *Marcos de Guerra. Las vidas lloradas*, 1ª ed., Bs. As., Ed. Paidós, 2010.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- CABELLO, V., *Psiquiatría Forense en el derecho penal*, 1ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Ed. Hammurabi, 2005.
- CABELLO, VICENTE P., “El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina”, en *Revista Jurídica La Ley*, T. 123.
- CABELLO, VICENTE P., *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2000.
- CABELLO, VICENTE, “Reacciones diferidas en los delitos por emoción violenta”; “Páginas de ayer”, 2004-6, en *Revista Jurídica La Ley*, T. 108, 1962. También en línea: www.laley.com.ar
- CABRERA FORNEIR, J y FUENTES ROCAÑIN, J., C., *Psiquiatría y Derecho: dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de psiquiatría forense*, Madrid, Cause Editorial, 1997.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *La Prueba en el Proceso Penal*, Bs. As., Lexis Nexis, 2008.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Proceso penal y derechos humanos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2000.
- CALO, O.; HERMOSILLA, A. M., *Psicología, Ética y Profesión: Aportes deontológicos para la integración de los psicólogos del Mercosur*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2000.
- CAMARGO, LUIS, “Transbabel. Prácticas disciplinarias en la era del consumo”, en Juan Dobón e Iñaki Rivera Beiras (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Bs. As., Del Puerto, 2006.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, “¿Derecho penal ‘del Enemigo?’”, en Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal de Enemigo*, Madrid, Editorial Thompson Civitas, 2003.
- CANTARERO, ROCÍO, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de Menores*, Madrid, 1988.
- CARRIÓ, GENARO, “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”, en *Revista Lecciones y ensayos*, vol. VI, 1957, y en *Academia*, año 1, n° 2, primavera, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As., 2003.
- CASABONA, ROMEO, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986.
- CASTEX, MARIANO, *Capacidad para estar en juicio*, Bs. As., Ad Hoc, 2007.
- CASTEX MARIANO, *El secreto médico en Peritación*, Bs. As., Ad Hoc.
- CASTEX, MARIANO, *Ensayo crítico forense sobre el desencuentro de dos discursos*, Ciencia y Derecho, Bs. As., Ad Hoc, 2008.
- CELS/ MDRI (Centro De Estudios Legales y Sociales y Mental Disability Rights International), *Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre derechos humanos y salud mental*, Washington, 2007.
- CIFUENTES, SANTOS; RIVAS MOLINA, ANDRÉS y TISCORNIA, BARTOLOMÉ, *Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1997.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* [en línea], en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- CLARÍ OLMEDO, JORGE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Ediar, 1960.

- CLARIÁ OLMEDO, JORGE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, Bs. As., Ediar, 1966.
- COYLE ANDREW, “Los reclusos y la atención sanitaria”, en *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, Londres, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009.
- CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito*, 2ª ed., trad. de Sara Costa, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- DAVID W, SWANSON ET. AL, *El mundo Paranoide*, Barcelona, Editorial Labor SA, 1874.
- DE LA FUENTE, JAVIER E., “Medidas de seguridad para inimputables”, en *Separata de Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IV, n° 8, A, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1998.
- DEJOURS, CHRISTOPHE, *Trabajo y desgaste mental. Una contribución a la psicopatología del trabajo*, Bs. As., Ed. Humanitas, 1989.
- DEL CARLO, CRISTIAN, “La estrategia de Reducción de Daños y los Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Psicología (RAP)*, n° 48, 2010.
- DEL ROSAL BLASCO, B. “Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad y de la imputabilidad disminuida en el derecho español”, en AA.VV., *La imputabilidad en general en el derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- DELEUZE, GILLES y GUATTARI, F., *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pretextos, 2002.
- DELEUZE, GILLES, *Foucault*. Bs. As., Paidós, 2005.
- DELEUZE, GILLES, *Nietzsche y la filosofía*, Madrid, Editora Nacional, 2002.
- DELGADO, SERGIO, “La obligación de investigar ante la existencia de una denuncia o de razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura”, en *Revista Taripavi-IEFyC UEJN*, T. I, 2010.
- DESSORS, DOMINIQUE y GUIHO-BAILLY, MARIE-PIERRE, *Organización del trabajo y salud*, Bs. As., Editorial Lumen, 1998.
- DONNA, EDGARDO; DE LA FUENTE, JAVIER, “El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-C- 361.
- DUBININ, N.; KARPETS, I.; KUDIYAVTSEV, V., *Genética, conducta y responsabilidad*, Bs. As., Cartado, 1984.
- ENTELMAN, RICARDO, “Introducción”, en AA.VV., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Bs. As., Hachette, 1982.
- ESPINOSA, ALDO, “Variaciones alrededor de una estructura”, en *Revista Sistemas Judiciales*, CEJA, año 3, n° 5.
- FEINMANN, JOSÉ PABLO, *La filosofía y el barro de la historia*, Bs. As., Planeta, 2009.
- FONTAN BALESTRA, C., *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- FORSTER, R., *Notas sobre la barbarie y la esperanza*, 1ª ed., Bs. As., Biblos, 2006.
- FOUCAULT, MICHEL, “Acercas de la cárcel de Attica”, en *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.
- FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad —Curso en el Collège de France 1975/1976—*, Bs. As., FCE, 2008.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- FOUCAULT, MICHEL, *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*, 1ª ed., Siglo XXI, 2012.
- FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la locura en la época clásica*, 5ª ed., Bs. As., Siglo XXI, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad. 2. El uso de los placeres*. Bs. As., Siglo XXI, 2003.
- FOUCAULT, MICHEL, *Los anormales*, 2ª reimp., Bs. As., FCE, 2001.
- FOUCAULT, MICHEL, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, Valencia, Pre-textos, 2000 [1971].
- FREUD, SIGMUND, “Algunas notas adicionales a la interpretación de los sueños en su conjunto”, en *Obras Completas*, Tomo XIX, Amorrortu Editores, Bs. As., 1976.
- FREUD, SIGMUND, “Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico”, en *Obras completas*, Vol. XIV, 2ª ed., Bs. As., Amorrortu Editores, 2003 [1916].
- FREUD, SIGMUND, “Análisis terminable e interminable”, en *Obras completas*, Vol. XXIII, Bs. As., Amorrortu Editores, 2003.
- FREUD, SIGMUND, “El malestar en la cultura”, en *Obras completas*, Vol. XXI, Bs. As., Amorrortu Editores, 2003.
- FREUD, SIGMUND, “El problema económico del masoquismo”, en *Obras completas* Vol. XIX, Bs. As., Amorrortu Editores, 2003.
- FREUD, SIGMUND, “El yo y el ello”, en *Obras completas*, Vol. XIX, Bs. As., Amorrortu Editores, 2003.
- FREUD, SIGMUND, “Más allá del principio de placer”, en *Obras completas*, Vol. XVIII, Bs. As., Amorrortu Editores, 2003.
- FREUD, SIGMUND, “Pegan a un niño. Contribución al conocimiento de la génesis de las perversiones sexuales”, en *Obras completas*, Vol. XVII, Bs. As., Amorrortu Editores, 2003.
- FREUD, SIGMUND, *Tres Ensayos sobre Teoría Sexual*, Biblioteca Freud, Madrid, Alianza Editorial, 2006.
- FRÍAS CABALLERO, JORGE, “Algo más sobre la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas en el Código Penal argentino (A propósito de una sentencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-B.
- FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad Penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Bs. As., Ediar, 1981.
- GARCÍA ANDRADE, J. A., *Psiquiatría Criminal y forense*, 2ª ed., Madrid, Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 2002.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY, (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención de Derechos del Niño*, Bogotá, De Palma, 1998.
- GARLAND, DAVID, *Castigo y Sociedad Moderna*, México, Siglo XXI, 1999.
- GARRIDO MONT, M., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II: Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- GEREZ AMBERTÍN, MARTA, *Las voces del superyó en la clínica psicoanalítica y en el malestar en la cultura*, Bs. As., Letra Viva Editores, 2007.
- GODOY, CLAUDIO, “Auxiliares de Dios”, en *Ancla 4/5*, 2012.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- GODOY, ROBERTO LUIS M., “Hacia un nuevo concepto psiquiátrico forense”, en *Cuadernos de Medicina Legal*, año 2, n° 1, Bs. As, Cuerpo Médico Forense de la CSJN, 2003.
- GOFFMAN, ERVING, *Internados: ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, 1ª edición, trad. de María Antonia Oyuela de Grant, Bs. As., Amorrortu Editores, 2001.
- GÓMEZ CARRASCO, J. J. y MAZA MARTÍN, J. M., *Manual de psiquiatría legal y forense*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2003.
- GÓMEZ URSO, JUAN F., “Culpabilidad, vulnerabilidad y pena. Disensos respecto de la culpabilidad por vulnerabilidad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, n°11, diciembre, 2012.
- GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, NICOLÁS, “Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 9, Bs. As., Ad Hoc.
- GREISER, IRENE, *Psicoanálisis sin diván*, 1ª ed., Bs. As., Ed. Paidós, 2012.
- GRIMA LIZANDRA, VICENTE, “El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, n° 34, 2010.
- HAROLD KAPLAN y SADOK, J., *Tratado de Psiquiatría*, Bs. As., Editorial Inter-Médica SAICI, 1995.
- HEGLIN, M. FLORENCIA, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2006.
- HENDLER, EDMUNDO, “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en B. J. Maier y A. Bin-der (comps.), *El derecho penal hoy*, Bs. As., Editores Del Puerto, 1996.
- HOMMODOLARS, RAÚL, “La teoría Sociológica de Niklas Luhmann” [en línea], en <http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/La%20teoria%20Sociologica%20de%20Niklas%20Luhmann.pdf> (consultado el 16/06/2013).
- JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona, en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996.
- JODELET, DENISE, “La representación social: fenómenos, concepto y teoría”, en S. Mosecovici (comp.), *Psicología Social II. Pensamiento y Vida Social. Psicología Social y Problemas Sociales*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.
- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Bs. As., Eudeba, 1998.
- KAPLAN, HAROLD y SADOCK, BENJAMIN J., *Tratado de Psiquiatría*, trad. de la 6ª ed. en inglés, Bs. As., Ed. Inter-Médica SAICI, 1995.
- KRAUT, ALFREDO S. y DIANA, NICOLÁS, “Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental”, en *diario La Ley*, 08/07/2013.
- LACAN, JACQUES, “Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología”, en *Escritos I*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.
- LACAN, JACQUES, “Premisas para todo desarrollo posible de la criminología”, en *Otros escritos*, 1ª ed., trad. de G. Esperanza, revisión de G. Esperanza/G. Trobas, Bs. As., Ed. Paidós, 2012.
- LACAN, JACQUES, *El Seminario 11. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis*, Bs. As., Ed. Paidós, 2012.
- LACAN, JACQUES, *El Seminario 17. El Reverso del Psicoanálisis*, Bs. As., Ed. Paidós, 2012.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- LACAN, JACQUES, *El Seminario 20. Aún*, Bs. As., Ed. Paidós, 2009.
- LACAN, JACQUES, *El Seminario 20. Aún*, Ed. Paidós, Bs. As., 2009.
- LACAN, JACQUES, *Las psicosis*, Barcelona, Ed. Paidós, 1984.
- LACAN, JACQUES, *Seminario 10. La angustia*, Bs. As., Ed. Paidós, 1962/1963.
- LANGELÜDDEKE, A., *Psiquiatría Forense*, Madrid, Espasa Calpe, 1972.
- LEONE, GIOVANNI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América.
- LEWKOWICZ, IGNACIO, *Pensar sin estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, 1ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Es. Paidós, 2006.
- LÓPEZ PULEIO, MARÍA FERNANDA, “Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente”, en *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal: “Defensa Pública”*, n° 5.
- LUHMANN, NIKLAS, “Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general”, en *Antrophos*, trad. de Javier Torres Nafarrate, Barcelona, Universidad Iberoamericana, 1996.
- LUHMANN, NIKLAS, *Poder*, trad. de Luz Mónica Talbot, Barcelona, Antrophos/Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUKA, A. “Personalidad y Marginalidad”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 17, enero/febrero, 2008, ver texto en: <http://virtualia.col.org.ar/017/default.asp?miscelaneas/luca.html>, consultado en mayo de 2013.
- LUNA, OSCAR, “Adolescencia: el riesgo como cultura, el no lugar como destino”, en Juan Dobón e Iñaki Rivera Beiras (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2006.
- MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996.
- MANZINI, VICENIO, *Tratado de derecho procesal penal*, T. III, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Aferra Redín, Bs. As., Ejea, 1952.
- MARCÓ RIBÉ, J. ET. AL, *Psiquiatría Forense*, Barcelona, Editorial Salvat SA, 1990.
- MARCÓ RIBÉ, J. y OTROS, *Psiquiatría Forense*, Barcelona, Editorial Salvat SA, 1990.
- MARÍ, ENRIQUE, “Castigo y Locura”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n° 91, Madrid, julio, 1989. También en *Papeles de Filosofía I*, Bs. As., Biblos, 1993.
- MARÍ, ENRIQUE, “José Ingenieros: el alienista, su loco y el delito”, en *Revista Todo es Historia*, n° 173, octubre, 1981. También en *Papeles de Filosofía I*, Bs. As., Biblos, 1993.
- MARÍ, ENRIQUE, “Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias sociales” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1980. También en *Papeles de Filosofía I*, Bs. As., Biblos, 1993.
- MARÍ, ENRIQUE, *Derecho y psicoanálisis. Teorías de las ficciones y función dogmática*, Bs. As., Edicial, 1994.
- MARTÍNEZ, GUILLERMINA, “Un gran avance hacia la protección de los derecho de los incapaces de culpabilidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, 16/03/2010.
- MATURANA H. y VARELA, F., *De máquinas y seres vivos*, Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1995.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- MATURANA H. y VARELA, F., *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1994.
- MAZZUCA, ROBERTO, *Perversión. De la psychopathia sexualis a la subjetividad perversa*, 1ª ed., Bs. As., Berggasse 19 Ediciones, 2003.
- MENTAL DISABILITY RIGHT INTERNATIONAL (MDRI); CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, Estados Unidos, 2007.
- MERCURIO, E., “Las personalidades psicopáticas. Breve revisión del concepto de anormalidad no patológica”, en *Academia Nacional de Ciencias de Bs. As., Publicaciones del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses*, n° 98, 2008.
- MILLER, J. A., “Nada es más humano que el crimen”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 18, octubre/noviembre 2008, <http://virtualia.eol.org.ar/018/template.asp?dossier/miller.html>, consultado en mayo de 2013.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Reppertor, 1996.
- MOLINER, MARÍA, *Diccionario de uso del español*, 1ª ed., Vol. I, Madrid, Gredos Editores, 2007.
- MOLLO, J. P., “Variantes del asentimiento subjetivo”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 18, octubre/noviembre, 2008. Ver texto en: http://virtualia.eol.org.ar/018/pdf/dossier_mollo.pdf, [consultado en mayo de 2013].
- MORA, MARTÍN, “La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici”, en *Athenea Digital*, n° 2, 2002.
- MOSCOVICI, SERGE, *El Psicoanálisis, su imagen y su público*, Bs. As., Ed. Huemul, 1979.
- MÜSSIG, BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.
- NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1989.
- NOYES, A., y KOLB, L., *Psiquiatría Clínica Moderna*, 3ª edición en español, México, Ed. La Prensa Médica Mexicana, 1970.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Manual de Recursos sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*, 2006.
- PALANT, JORGE, “Primer dolor”, en *Conjetural*, Bs. As., n° 50, 2009.
- PAVARINI, MÁXIMO, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, trad. de Ignacio Muñagorri, Bs. As., Siglo XXI, 1999.
- PICHON-RIVIÉRE, ENRIQUE, *El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social*, Bs. As., Editorial Nueva Visión, 1988.
- PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- PLAZAS, FLORENCIA G., “Medidas de seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”, en Leonardo G. Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. 14, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2013.
- PLAZAS, FLORENCIA, “Medidas de seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”, en *Jurispru-*

- dencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. 14, Bs. As., Ed. Hammurabi.
- POPPER, KARL, “El individualismo contra el colectivismo”, en Millar, David (comp.), *Escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995 [1945].
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Locos y culpables*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- RABINOVICH, D., *Sexualidad y Significante*, Bs. As., Manantial, 2008.
- RAFECAS, DANIEL E., “Crítica a los conceptos funcionalista-sistémicos de pena y culpabilidad” [en línea], http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=5
- RIGHI, ESTEBAN, “Derecho penal de inimputables permanentes”, en *Revista Mexicana de Justicia*, Vol. I, n° 1.
- RISSE, RICARDO ERNESTO, “Daño psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial”, en *Cuadernos de Medicina Legal*, año 1, n° 2, Bs. As., Cuerpo Médico Forense de la CSJN, 2002.
- RITVO, JUAN BAUTISTA, “El problema estructural del masoquismo”, en *Conjetural*, Bs. As., n° 50, 2009.
- RIÚ, J. y TAVELLA DE RIÚ, G., *Psiquiatría forense. Aspectos penal, civil y laboral*, Bs. As., Lerner Editores, 1987.
- ROJAS, N., *Psiquiatría Forense*, Bs. As., El Ateneo, 1932.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría de delito*, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Bs. As., Editores Del Puerto, 2000.
- SAEZ MARTÍN, JORGE EDUARDO, *La organización y administración de los nuevos tribunales. La otra reforma*, Chile, Editorial Metropolitana, 2007.
- SALOMONE, GABRIELA Z., “Responsabilidad profesional: las perspectivas deontológica, jurídica y clínica”, en *Práctica de Investigación: La Psicología en el ámbito jurídico. Reflexiones ético-clínicas a través de un estudio cualitativo de casos*, Facultad de Psicología, Universidad de Bs. As.
- SAUVAGNAT, F. “Jacques Lacan y la criminología en 1950”, en *Virtualia. Revista Digital de la Escuela de la Orientación Lacaniana*, n° 18 octubre/noviembre. 2008, <http://virtualia.eol.org.ar/018/template.asp?dossier/sauvagnat.html>, consultado en mayo de 2013.
- SCHNEIDER, K., *Las personalidades psicopáticas*, Madrid, Morata, 1968.
- SILBERSTEIN, JOSÉ ALEJANDRO, “La emoción violenta. Aspectos psicológicos de la emoción violenta”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1993-A.
- SILVA SILVA, H., *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- SOTO, FEDERICO, *Los Menores de Edad Frente al Derecho Penal*, México, Cuadernos de la Juricatura, 2002.
- STINGO, NÉSTOR RICARDO y ZAZZI, MARÍA CRISTINA; “Pseudodiscrepancias y discrepancias en los diagnósticos psiquiátricos”, en *Cuadernos de Medicina Legal*, año 1, n° 2, Bs. As., Cuerpo Médico Forense de la CSJN, 2002.
- SWANSON, DAVID W. ET AL, *El mundo Paranoide*, Barcelona, Editorial Labor SA, 1874.
- TAYLOR, ESTELA NOEMÍ, “La violencia”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, año 3, n° 2/3, Bs. As., Cuerpo Médico Forense de la CSJN, 2005.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- TEDESCO, IGNACIO F., *El acusado en el ritual judicial. Función e imagen cultural*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal, 1981.
- ULLOA, FERNANDO OCTAVIO, *Una perspectiva metapsicológica de la crueldad*, Barcelona, IPSE, 2000.
- VALDIVIA, CLAUDIO y VARGAS, GONZALO, “Gestión en un Sistema de Administración de Justicia Criminal: la Experiencia de la Reforma Procesal Penal en Chile”, en *Revista Sistemas Judiciales*, CEJA, n° 5.
- VALLEJO NÁGERA, *Tratado de Psiquiatría*, Barcelona, Salvat, 1944.
- VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE, *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2003.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS S., “Constitución y medidas de seguridad”, en *Revista Poder Judicial*, n° 3, 1986, Madrid.
- WACQUANT, LOÏC, *Dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginalización y penalización*, Argentina, Siglo XXI, 2010.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As. Ediar, 2007.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *En busca de las Penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal*, 2ª reimp., Bs. As., Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *La cuestión criminal*, 4ª ed., Bs. As., Planeta, 2012.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2012.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; SLOKAR, ALEJANDRO y ALAGIA, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Ediar, 2005.
- ZAZZALI, J., *Introducción a la psiquiatría forense*, Bs. As., La Rocca, 2009.
- ZAZZALI, J., *La pericia psiquiátrica*, Bs. As., La Rocca, 2006.
- ZIFFER, PATRICIA S., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008.
- ŽIŽEK, SLAVOJ, *Cómo leer a Lacan*, Paidós, Bs. As., 2010.
- ŽIŽEK, *SOBRE la violencia. Seis reflexiones marginales*, 1ª ed., 1ª reimp., Bs. As., Paidós, 2010.
- ZOLO, DANILO, “Autopoiesis: crítica de un paradigma posmoderno”, trad. de Leopoldo Moscoso, en *Zona Abierta*, n° 70-71, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- ZORRILLA, RUBÉN H., *Principios y leyes de la sociología*, Bs. As., Emecé, 1998.

Índice Temático

A

ACCESO A LA JUSTICIA P. 162, 168, 319

C

CAPACIDAD P. 200, 201, 212, 213

capacidad jurídica P. 193

capacidad procesal P. 191, 195, 196,
197, 198, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 212, 213, 214, 215, 261

CÓDIGO PENAL P. 83, 90, 131, 155,

156, 170, 171, 172, 175, 184, 207, 217, 219, 228, 231, 234, 236,
237, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 272, 273,
274, 275, 279, 280, 308, 326, 350, 351

CONSENTIMIENTO INFORMADO P. 168, 288, 401, 402, 403, 404, 420,
422, 423, 424, 425, 428, 429, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440,
441, 442, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 454

consentimiento válido P. 432

directivas anticipadas P. 430, 443

principio de autonomía P. 426

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 124,
125, 162, 165, 167, 168, 177, 192, 199, 211, 256, 304, 355,
362, 403, 440, 458

bloque de constitucionalidad P. 155, 167

Constitución Nacional de 1853-1860 P. 334

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD P. 129

declaración de inconstitucionalidad P. 126, 129, 205, 289

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD
Véase DELITOS DE LESA HUMANIDAD

CULPA P. 16, 17, 29, 33, 34, 35,
36, 38, 39, 40, 148, 162, 226, 237, 241, 246

concepto de culpa P. 32

culpa silente P. 32, 33, 34, 35, 36, 39, 40

D

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 25, 26

DERECHO A LA SALUD P. 287, 291,

320, 401, 404, 405, 406, 407, 408, 412, 424, 425, 426, 428, 429,
438, 439, 440, 454, 458

atención sanitaria P. 402, 403, 410, 414, 420,
422, 459

derecho a la salud de las personas pri-
vadas de libertad P. 402, 403, 414

DERECHO PENAL P. 208, 346

derecho penal juvenil P. 325, 327, 330

DERECHO PENAL DE ACTO P. 165, 222,
248, 334

DERECHO PENAL DE AUTOR P. 126, 222

DERECHOS HUMANOS P. 3, 4, 23, 49,
64, 94, 131, 163, 170, 171, 191, 195, 265, 287, 288, 289, 291,
306, 310, 312, 315, 317, 322, 402, 403, 407, 408, 412, 413, 419,
420, 424, 439, 449, 451, 456, 458, 460, 461

Convención Americana sobre Derechos
Humanos P. 162, 165, 194

Declaración Americana de los Dere-
chos y Deberes del Hombre P. 404

Declaración Universal de Derechos Hu-
manos P. 124, 317, 404, 405, 419

Pacto Internacional de Derechos Civiles
y Políticos P. 194, 200, 404, 412

Pacto Internacional de Derechos Eco-
nómicos, Sociales y Culturales P. 401,
405, 408, 428

DICTÁMENES PERICIALES P. 78, 79, 91,
92, 100, 101, 104, 137, 154, 175, 234, 242, 243, 260, 266, 268,
333, 335, 352, 354, 355, 359, 361, 364, 418

pericias psiquiátricas P. 91, 117, 356, 361

DIGNIDAD HUMANA P. 128, 130, 168, 194, 195,
209, 217, 226, 227, 258, 292, 300, 318, 367, 413, 426, 429

ÍNDICE TEMÁTICO

DISCAPACIDAD P. 163, 168, 169, 193, 194, 195, 198, 206, 209, 212, 214, 256, 392, 437, 438

discapacidad mental P. 163, 195, 198, 209, 212, 214, 256

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad P. 168, 171, 174, 193

E

EXCLUSIÓN SOCIAL P. 79, 82, 123, 130, 131, 301, 303

G

GARANTISMO PENAL P. 163, 244, 331

H

HABEAS CORPUS P. 173, 218, 253, 414

HOMICIDIO P. 133, 150, 153, 207, 233, 239, 244, 245, 247, 328, 361, 363

I

IMPUTACIÓN P. 196, 201, 206, 207, 208, 209, 212, 215, 236, 252, 261, 263, 264, 266, 272, 275, 278, 311, 326, 327, 329, 330, 347, 349

capacidad psíquica de culpabilidad P. 297, 314, 330

Reglas de Beijing inimputabilidad P. 6, 20, 28, 43, 77, 78, 82, 83, 87, 88, 89, 90, 91, 94, 98, 99, 104, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 149, 151, 154, 156, 157, 158, 160, 161, 163, 165, 166, 168, 175, 176, 180, 183, 192, 193, 194, 197, 202, 203, 211, 213, 234, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 248, 249, 257, 258, 262, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 276, 279, 281, 282, 289, 291, 292, 312, 313, 322, 325, 331, 343, 348, 351, 362, 364, 365

M

MEDIDAS DE SEGURIDAD P. 43, 77, 78, 79, 82, 84, 87, 88, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 105, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 170, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 233, 236, 237, 239, 241, 242, 243, 244, 247, 248, 249, 281, 289, 293, 312, 316, 322, 350, 351, 352, 359

medidas de seguridad curativas P. 154, 234, 238, 240, 256, 257, 258

medidas de seguridad predelictuales P. 206, 210

N

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES P. 297, 298, 325, 331, 441

Convención de Derechos del Niño P. 325, 326, 328

derechos de los niños, niñas y adolescentes P. 298, 300

interés superior del niño P. 297, 325, 438

niños, niñas y adolescentes privados de libertad P. 297, 298, 299, 301, 305, 325, 326, 328

P

PACIENTE P. 27, 28, 29, 37, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 54, 58, 66, 67, 68, 70, 72, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 91, 92, 93, 94, 99, 102, 103, 109, 114, 252, 286, 294, 295, 302, 308, 316, 323, 351, 356, 415, 422, 429, 436, 439, 440, 441, 443, 444, 446, 448, 450, 453

autodeterminación P. 124, 125, 126, 127, 130, 222, 226, 227, 271, 290, 313, 322, 334, 419, 420, 431, 432, 433, 447

derechos del paciente P. 155, 288, 290, 318, 417, 423, 424, 425, 426, 445

historia clínica P. 292, 300, 307, 434, 435, 437, 442, 445, 449

paciente privado de libertad P. 290, 299, 303, 313, 403, 421

PARAFILIAS P. 27, 370, 375, 376, 388

agresores sádicos P. 231, 369, 370, 371, 372, 373, 377, 381, 382, 387, 388, 390, 391, 392, 393, 395, 397, 399

ÍNDICE TEMÁTICO

agresores sexuales P. 370, 381, 389
crimen sádico P. 370, 382, 393, 395, 398
masoquismo P. 34, 35, 39, 372, 373, 374, 385, 388
Sadismo P. 38, 182, 293, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 386, 387, 388, 389, 390, 393, 394, 396, 398

PARANOIA P. 78, 79, 133, 134, 135, 136, 137, 144, 146, 150, 151, 152, 153, 154, 243, 275

PELIGROSIDAD CRIMINAL P. 8, 9, 10, 13, 18, 56, 77, 79, 82, 83, 88, 94, 100, 105, 106, 107, 109, 114, 124, 125, 126, 154, 158, 159, 160, 163, 164, 167, 169, 174, 187, 203, 205, 206, 210, 212, 213, 228, 229, 230, 234, 237, 239, 240, 243, 268, 286, 289, 293, 294, 304, 306, 311, 312, 316, 322, 348, 351, 431
modelo asistencialista-peligrosista P. 7, 20

PENA P. 29, 38, 39, 108, 115, 116, 119, 123, 124, 129, 130, 131, 155, 157, 158, 161, 162, 164, 166, 175, 176, 183, 184, 186, 192, 193, 194, 199, 204, 213, 220, 224, 227, 228, 235, 236, 237, 238, 240, 246, 248, 256, 257, 272, 280, 309, 311, 327, 328, 329, 331, 334, 342, 344, 345, 352, 360, 407, 408, 448, 452, 460, 461
juicio abreviado P. 198, 215
progresividad de la pena P. 41, 42, 307

POLÍTICA CRIMINAL P. 39, 180, 182, 199, 223, 224, 228, 294, 295, 296, 304, 333, 448

PORNOGRAFÍA P. 380, 386

POSITIVISMO P. 186, 222, 223, 295, 335, 337, 339, 345, 346, 347, 348, 352, 354, 357, 359, 361, 365
positivismo criminológico P. 336
positivismo jurídico P. 338, 343
positivismo psiquiátrico P. 289, 357

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO P. 164, 165, 175, 176, 177, 191, 192, 193, 209, 248, 408

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD P. 125, 158, 162, 334

PRINCIPIO DE DEFENSA EN JUICIO P. 165, 171, 172, 191, 193, 194, 195, 196, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 212, 362
derecho a ser oído P. 165, 193, 194, 195, 197, 200, 203, 206, 212
derecho a la asistencia letrada P. 200

PRINCIPIO DE INOCENCIA P. 209, 213, 247

PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 162, 164, 203, 206, 209, 210, 211, 212, 213, 248, 407

PRINCIPIO PRO HOMINE P. 167, 169

PRUEBA P. 16, 21, 99, 102, 115, 166, 198, 211, 237, 244, 245, 246, 307, 333, 341, 347, 352, 354, 362, 363, 369, 383, 399, 456

régimen de la sana crítica P. 354
valoración de la prueba P. 333, 354

PSICOANÁLISIS P. 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 36, 39, 76, 188, 189, 217, 218, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 231, 352, 357, 359, 367, 373

autocastigo P. 33, 34, 36

hipermoralidad P. 31, 38, 39, 40

R

RÉGIMEN PENITENCIARIO P. 3, 4, 14, 17, 20, 31, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 49, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 70, 77, 78, 80, 88, 90, 92, 94, 98, 102, 103, 104, 108, 111, 112, 113, 114, 117, 120, 170, 183, 250, 256, 291, 292, 294, 300, 318, 408, 412, 413, 450, 453, 455, 457, 459, 461

celdas individuales de tratamiento P. 51, 252, 255, 293, 316, 317, 321, 417

condiciones de detención P. 192, 253, 412, 413, 414, 452, 458

establecimientos penitenciarios de carácter psiquiátrico P. 31, 41, 42, 43, 88, 249

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos P. 402, 405, 408, 416, 417, 457

Servicio Penitenciario Federal P. 41, 43, 50, 54, 55, 56, 58, 59, 64, 69, 70, 88, 91, 92, 154, 177, 234, 249, 250, 455, 459, 460

REINSERCIÓN SOCIAL P. 33, 36, 37, 42, 290, 291, 299, 308, 313, 323, 408, 461

RELACIÓN DE CAUSALIDAD P. 146, 271
causalidad objetiva P. 226

REPRESENTACIÓN SOCIAL P. 61, 62, 63, 65, 74, 75, 76

RESPONSABILIDAD PENAL P. 123, 126, 130, 150, 208, 235, 272, 273

S

SALUD MENTAL P. 3, 5, 20, 37, 59, 64, 74, 78, 79, 82, 83, 90, 91, 94, 120, 155, 166, 169, 170, 171, 173, 174, 176, 192, 193, 202, 206, 212, 213, 250, 254, 256, 281, 285, 286, 287, 289, 298, 305, 310, 314, 350, 351, 401, 405, 412, 427, 431, 432, 436, 443, 453, 459

alienación P. 156, 206, 224, 260, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 274, 275, 282, 333, 335, 343, 347, 348, 349, 351, 354, 359, 360, 362, 363, 444

internación psiquiátrica P. 79, 165, 171, 191, 243, 281, 288

Ley Nacional de Salud Mental P. 3, 5, 20, 79, 82, 83, 90, 155, 170, 171, 173, 174, 176, 192, 193, 202, 206, 212, 213, 286, 287, 289, 305, 310, 350, 351, 431, 432, 443

manicomio P. 156, 206, 237, 240, 351

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental P. 166, 286, 305, 431, 436

Programa Interministerial de Salud Mental Argentino P. 3, 37, 64, 78, 173, 256

trastorno mental P. 4, 44, 47, 48, 51, 78, 80, 81, 87, 88, 89, 99, 133, 134, 150, 153, 159, 162, 167, 178, 179, 180, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 191, 207, 237, 239, 251, 253, 259, 260, 262, 263, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 279, 280, 282, 283, 288, 291, 293, 303, 306, 307, 320, 336, 358, 364, 407

trastornos de la personalidad P. 65, 68, 93, 151, 251, 268, 269, 275, 277, 393

SANCIONES DISCIPLINARIAS P. 41

SECRETO PROFESIONAL P. 307, 420, 448

confidencialidad P. 288, 307, 402, 403, 420, 421, 422, 423, 428, 434, 436, 448, 449, 452, 454

SOBRESEIMIENTO P. 157, 161, 162, 164, 166, 173, 209, 211, 213, 234, 240, 244, 247, 281

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA P. 198

T

TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO P. 179, 180, 189

TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO P. 123, 128, 219, 220, 222

TIPO PENAL P. 218, 248, 364

culpabilidad P. 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 176, 186, 192, 194, 196, 201, 202, 206, 208, 209, 211, 212, 213, 215, 217, 219, 220, 221, 222, 224, 228, 229, 230, 237, 239, 240, 243, 244, 261, 274, 283, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 342, 347, 350, 352, 359, 363, 365, 366, 367

TORTURA P. 281, 286, 306, 315, 317, 402, 404, 408, 409, 410, 412, 413, 414, 455, 457, 458, 460

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes P. 458

prevención de la tortura P. 281, 306, 402, 409, 410, 412, 458

Protocolo de Estambul P. 402, 414, 415, 420, 448, 449, 450, 452, 460

V

VULNERABILIDAD P. 44, 75, 98, 106, 129, 130, 166, 191, 210, 217, 228, 229, 248, 285, 290, 291, 293, 294, 296, 298, 301, 302, 305, 306, 319, 320, 322, 367, 407, 408, 439, 447, 461

vulnerabilidad social P. 77, 79, 94

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en julio de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar