

Capítulo 1

La confluencia del derecho penal y la psiquiatría

Cada período histórico produjo procesos singulares de exclusión y marginalización de determinados sectores sociales. Esos procesos se relacionaron con la estructura social y económica de cada sociedad y con las formas culturales y políticas que adoptaron y que intentaron, de una forma u otra, legitimar esos mecanismos de segregación.

Para el funcionamiento de estos mecanismos, cada sociedad organiza también modelos judiciales y represivos que califican, etiquetan y punen determinadas conductas o personalidades. Lejos de ser un residuo accidental de cada modo de producción y forma histórica, estos dispositivos sirven al propósito de reproducir modelos sociales que, cuanto más injustos en términos de distribución de poder y riqueza, más precisan de su funcionamiento.

Para Zaffaroni y Pierángeli (1999), una sociedad es más autoritaria o democrática según la extensión, complejidad y dirección de sus mecanismos de control social. Este control social excede al sistema penal, involucrando también a la educación, la familia y a todas las instituciones que componen el tejido social, operando directamente por medio de la institucionalización de determinados sujetos en manicomios, asilos, orfanatos, prisiones, etc. Tal como afirma Bogo Chies (1997), el Estado, principalmente el capitalista, se objetiva a través de instituciones que actúan como fiadoras del sistema social vigente y operan como articuladoras y organizadoras de esa sociedad.

A partir de esta realidad, se generan discursos y prácticas que justifican estos dispositivos y ocultan su verdadero sentido. De-

terminadas ciencias encuentran aquí no sólo la explicación de su funcionamiento sino la propia razón de su existencia.

En este sentido, Foucault describe las dimensiones de esta articulación al mostrar cómo:

[...] las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber que no solamente hacen aparecer nuevos objetos, nuevos conceptos, nuevas técnicas, sino también hacen nacer formas totalmente nuevas de sujetos y de sujetos de conocimiento (1999 : 9).

Las grandes internaciones características de la época pre-moderna reunían indiferenciadamente a indigentes, leprosos, enfermos, prostitutas y locos. En la época clásica –siglos XVII y XVIII– la forma y composición interna de estas instituciones asilares cambia, dando un estatuto particular a los locos y a los infractores a la ley. Los primeros, entendidos ahora como alienados, son reclusos en instituciones especiales destinadas a su tratamiento y contención.

La lógica es la misma en los dos períodos citados: colocar el “excedente social” del sistema dentro de una red institucional que aisle a sus integrantes y los rotule, de tal forma que aparezcan como responsables por su situación. La flexibilidad de estas redes institucionales y su carácter discursivo y práctico fluctúa fundamentalmente en función de la cantidad de excluidos que el sistema provoca.

En la época actual, con la afirmación de las políticas neoliberales, contingentes enteros de la población mundial fueron expulsados del mercado de trabajo y sometidos a condiciones de vida miserables, comparables en algunos casos a las de las sociedades pre-burguesas del siglo XVII, lo que llevó a una creciente fragilización de los vínculos sociales. Por otra parte, el Estado actual abandonó paulatinamente la función de garantizar la solidaridad social, incluyendo aquí a la salud pública y la asistencia social – que pasan a cumplir apenas funciones paliativas y de contención de la exclusión social.

Esta realidad genera también un aumento en los mecanismos institucionales de contención y estigmatización de estos sectores. Wacquant (2001) relaciona la aparición de las políticas denominadas de “Tolerancia Cero” con la necesidad de estigmatizar y responsabilizar a determinadas sectores sociales por sus condiciones de vida, colocando la necesidad de su punición y control como un imperativo relacionado a una cierta concepción de higiene social.

La aplicación de estas políticas produjo un aumento enorme de la población carcelaria en los países en las que fueron aplicadas. De alguna forma, con este aumento brutal de la población carcelaria, se repiten las grandes internaciones descritas por Foucault.

Una de las bases teóricas de estas políticas es la doctrina de la “ventana rota” de Wilson (1982), que afirma que un individuo que comienza rompiendo un vidrio seguirá una carrera ascendente en la escala infraccional si no es punido con severidad por este primer hecho. De acuerdo con esta doctrina, el consumo de drogas ocupa un lugar destacado en esta progresión, lo cual muestra que este bárbaro e improbable argumento parece haber penetrado ciertas prácticas institucionales y discursos forenses.

Por estos motivos, se puede afirmar que los sistemas penales:

[...] seleccionan un grupo de personas de los sectores más humildes y marginalizados, los criminaliza y muestra al resto de los sectores marginalizados como límites de su espacio social. Al mismo tiempo, también parece que los sectores, que en la estructura de poder tienen la decisión general de determinar el sentido de la criminalización, tienen también el poder de substraerse a la misma (Zaffaroni y Pierángeli, 1999 : 75).

Así, una serie de acciones y comportamientos con significados sociales absolutamente diferentes son entendidos como ilegales y merecen una respuesta institucional común que las vincula.

De esta forma, aquello que cada sociedad considera como conductas ilegales y punibles responde siempre a una construcción social. El término infracción, que reúne a las mismas, es genérico e incluye los crímenes o delitos y las contravenciones. Según la filosofía jurídica que inspira a la mayoría de los actuales códigos penales latinoamericanos, producto también de un largo proceso histórico e institucional, el crimen puede ser definido de tres formas diferentes:

1. Formalmente: como hecho típico, jurídico y culpable.
2. Materialmente: como ofensa de un bien jurídico tutelado por la ley penal.
3. Formal y materialmente: cuando se define como “[...] la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante

de un acto externo del hombre, positivo o negativo, normalmente imputable y políticamente perjudicial” (Carrara, citado por Moura, 1996 : 87).

El crimen supone una serie de pasos lógicos, como la cogitación, que es la fase interna, los actos preparatorios y los de ejecución –a partir de aquí se da la tentativa– y, finalmente, la consumación del acto. De esta forma, un hecho es considerado crimen cuando, entre otros elementos, el agente haya querido o haya, por lo menos, asumido el riesgo de producirlo, o cuando lo haya provocado por imprudencia, negligencia o impericia.

La intención de cometer el delito se refiere a su aspecto subjetivo: la culpabilidad. Esta tiene dos aspectos: el intelectual, que es la conciencia del hecho antijurídico, y el afectivo, que es la voluntad de dirigir las acciones con una finalidad. Según Moura:

Para que se pueda decir que una conducta es reprochable, o sea, que hay culpabilidad, es necesario que el autor de la acción pudiese haber actuado de acuerdo con la norma, de acuerdo con el derecho. Es indispensable, para juicio de reprobación, que el sujeto pueda reconocer, mediante algún esfuerzo de conciencia, la antijuridicidad de su conducta (1996 : 89).

Dentro de esa lógica jurídica, la culpabilidad incluye a la imputabilidad, que abarca el potencial de la ilicitud de la conciencia y la exigibilidad de conducta diversa.

La responsabilidad es consecuencia y presupuesto necesario de la punibilidad. En el criterio penal imperante actualmente se considera al individuo como imputable antes de cometer el delito; la culpabilidad está frente a él en el momento del crimen y la responsabilidad es la consecuencia que él tendrá que soportar en el momento de la pena.

De acuerdo con esta lógica, la culpabilidad se refiere a un aspecto interno; la responsabilidad es el aspecto externo, objetivo del delito.

Algunas legislaciones incorporan también la noción del reproche que, originada en el derecho penal alemán, dimensiona las condiciones sociales en las que el sujeto se encontraba al momento

de cometer la infracción, el margen de autonomía derivado de las relaciones sociales presentes en el momento del acto cometido.

Estos supuestos lógico-teóricos obligan a definir qué se entiende por inimputabilidad penal y en qué casos y como aplicarla. El artículo 26 del *Código Penal* brasileño del año 2000 permite anular la pena de los sujetos considerados legalmente inimputables y sustituirla legalmente por las denominadas *medidas de seguridad*, con indicación de reclusión, tratamiento y acompañamiento especializados. Según este artículo:

Está exento de pena el agente que, por enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o retardado era, al momento de la acción u omisión, completamente incapaz de entender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con ese entendimiento.

Esta noción de enfermedad mental incluye a las psicosis, demencias, neurosis y personalidades psicopáticas. Dentro del desarrollo mental incompleto se incluyen los menores de 18 años y los denominados *silvícolas inadaptados*;¹ la categoría de desarrollo mental retardado refiere a los *oligofrénicos*, en sus tres tipos posibles: idiotas, imbeciles, débiles mentales y, eventualmente, a los sordomudos cuando el sujeto, en consecuencia de esa condición, tiene perjudicada su capacidad intelectual de comprensión o de autodeterminación –siempre según el artículo 26 ya referido.

El artículo 33 del *Código Penal* colombiano aporta una definición similar:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

La noción de enfermedad mental incluye elementos polémicos referidos a la definición del significado legal del concepto. Dos grandes tesis se confrontaron históricamente a este respecto con relación a la cuestión de la inimputabilidad:

¹ La expresión *silvícolas inadaptados* apunta a incluir en esta consideración general a la población indígena.

1. La alienista: que entiende que solamente los psicóticos pueden ser declarados inimputables.
2. La nosológica: que amplía esta posibilidad para otras alteraciones mórbidas –por ejemplo, toxicomanías graves (Rojas, 1932). Actualmente, esta segunda interpretación es la que goza de mayor consenso.

Las figuras del semi-alienado o la de la imputabilidad disminuida o semi-imputabilidad aparecen directamente relacionadas a esa dificultad de definición de la relación entre determinados cuadros nosológicos e imputabilidad penal. El artículo 28 del *Código Penal* brasileño considera la emoción y la pasión como estados psíquicos que no excluyen a la imputabilidad penal. La embriaguez se torna causa posible de inimputabilidad cuando el acto infraccional derivado de esa condición no fue planeado o calculado.

Los artículos 96, 97, 98 y 99 del mismo código prevén también la posibilidad de que el tratamiento del sujeto declarado inimputable sea realizado de forma ambulatoria o con la internación del agente en establecimientos hospitalarios, destacando que: “[...] la internación, o tratamiento ambulatorio, será por tiempo indeterminado, perdurando en tanto no sea averiguada, mediante pericia médica, la cesación de la peligrosidad” (art. 97); y aclarando, también, que la desinternación o la liberación: “[...] será siempre condicional, debiendo ser restablecida la situación anterior si el agente, antes del decurso de un año, practica hecho indicativo de persistencia de su peligrosidad” (art. 97).

El artículo 96 dice que las medidas de seguridad pueden ser:

1. Internación en Hospital de Custodia y tratamiento psiquiátrico o, en su falta, en otro establecimiento adecuado,
2. Sujeción a tratamiento ambulatorial. Párrafo único –extinta la punibilidad, no se impone medida de seguridad, ni subsiste la que haya sido impuesta” (*Código Penal*, art. 96).

El artículo 99 dispone que el internado sea encaminado a un establecimiento dotado de características hospitalarias y sometido a tratamiento.

En la legislación colombiana, los artículos 70 y 71 del Código Penal indican la internación de los sujetos que cumplen medidas de seguridad en: “[...] establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera”.

Esta legislación presenta algunas características particulares con relación a esta población psiquiátrico-penal, ya que diferencia entre: inimputables con trastorno mental transitorio con base patológica, con trastorno mental permanente y portadores de trastorno mental transitorio sin base patológica. En cada caso se prevé un máximo de duración de la medida –10 años en el primer caso, 20 en el segundo– que no puede exceder el tiempo de reclusión que correspondería al delito cometido, excepto en el tercer caso que no está sujeto a medidas. Está prevista aún la posibilidad de internación en lo que la ley denomina como “casas de estudio o trabajo” (*Código Penal*, art. 72) para los inimputables por inmadurez psicológica, diversidad sociocultural o estados similares. La libertad vigilada es también una opción para la población declarada inimputable.

Lo particular del modelo colombiano reside en la función del juez, expresada en el artículo 77, que le otorga al magistrado una función de carácter tutelar debiendo garantizar, a través de la exigencia de informes trimestrales, el correcto cumplimiento de las medidas y el respeto a los derechos de la persona objeto de las mismas (*Código Penal*, art. 77).

Sobre la relación entre penas y medidas, la mayoría de los países de la región adoptó el sistema vicariante o monista –o pena o medida de seguridad– contra el llamado duplo binario, que permite sumar la pena a la medida de seguridad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 exige que la medida de seguridad sea aplicada en proceso de carácter acusatorio frente a manifestación contradictoria de la defensa. Según Cohen (1996), esa garantía de proceso jurídico evitaría que, especialmente en los casos pre y pos-delictuales, las medidas de seguridad asumiesen “[...] las características de medidas administrativas de carácter policial de poder discrecional del

Estado o de carácter psiquiátrico, de internación involuntaria, por parte del médico” (81).

De forma acertada, Costa Júnior (1997) destaca que es ilegal la internación de una persona sometida a medida de seguridad en cárcel común, siendo esa la orientación general de la jurisprudencia.

Sobre el diagnóstico de inimputabilidad penal se construye buena parte de la relación histórica entre el derecho penal y la psiquiatría. Según Foucault (2001), esta definición de objeto proviene de una exigencia de la propia justicia de comienzos de la época moderna que, a partir de la reforma propuesta por Beccaria en la segunda mitad del siglo XVIII y, fundamentalmente en función de la nueva organización social en formación, precisaba explicar y encuadrar las conductas de los sujetos en relación a las infracciones a la ley.

Antes de Beccaria, esta discriminación no era necesaria: el delito era considerado una ofensa al soberano y debía ser castigado por una cuestión elemental de reparación que estaba más allá del sujeto infractor y sus motivaciones para constituirse en una demostración de poder dirigida al conjunto de la sociedad.

Con la afirmación del principio de la personalidad de las penas se abrió el espacio para considerar si el hecho ilegal cometido obedecía a una elección basada en el libre albedrío del sujeto o, por el contrario, si había acontecido en circunstancias o condiciones que permitiesen suponer la inimputabilidad del mismo, la falta de conciencia moral sobre sus actos, lo que permite posteriormente la incorporación en los cuerpos penales de las medidas de seguridad.

En el ámbito latinoamericano, estas medidas comenzaron a ser implementadas en los años cuarenta, con la importación y adaptación del denominado *Código Rocco*, de origen italiano, de fuerte tono positivista y cuya orientación estaba marcada por la noción de peligrosidad como principio de atribución de penas y castigos.

En el *Código Penal* brasileño, establecido en esa misma época, abundan figuras como reincidente, habitual o incorregible, lo que marca una noción de base positivista de peligrosidad atribuida, como carácter intrínseco, a los autores de delitos (Zaffaroni y Pierangeli, 1999).

Para Cohen:

[...] la medida de seguridad, en cuanto providencia preventiva, tiene lugar después del crimen, pero no en razón del mismo, ya que no se puede atribuir culpa al

deficiente mental infractor de la ley, y su pretensión es impedir un nuevo peligro social (1996 : 77).

La seguridad referida en esas medidas es la del cuerpo social, de la población, que debe ser preservada de la convivencia con estos sujetos supuestamente irresponsables de sus actos y peligrosos para los otros. La primera definición de los grupos humanos a ser encuadrados en esta caracterización muestra su espíritu: los anarquistas y los locos se constituyeron en objetos privilegiados de intervención.

De esta forma, estas medidas significan, según Carrara “[...] la superposición compleja de dos modelos de intervención social: el modelo jurídico-punitivo y el modelo psiquiátrico-terapéutico” (1998 : 46).

Esta articulación entre el derecho penal y la psiquiatría permitió que la segunda se integrase en algunos procesos penales con el objeto de ofrecer un saber en torno a la personalidad del sujeto infractor, su grado de peligrosidad y la posibilidad de que continuase infringiendo la ley.

De esta forma se constituye la figura del perito. Para Fontana-Rosa (1996), el objetivo del perito se dirige a “[...] la evaluación de la capacidad del examinando para reconocer el valor de sus actos” (1996 : 171). Según el mismo autor, la justicia espera del perito que cumpla con el *visum et repertum*, o sea, ver bien –examinar con cuidado– y referir –poder describir con precisión. En este sentido, la pericia es un medio de prueba que sirve de auxiliar al juez (Altavilla, 1982), pero esta valoración del perito no es conclusiva, la opinión final la tiene siempre el magistrado.

Cabe aclarar que la función pericial no es exclusiva del psiquiatra o del psicólogo, existen también pericias médicas, caligráficas y del área social. La pericia puede ser hecha sobre los acusados de un crimen, sobre los damnificados por el acto criminal o sobre los testigos, siendo más común en los primeros casos.

Estos exámenes pueden tener el objetivo de colaborar en el proceso para establecer la autoría o causas del delito, o *a posteriori*, para intentar determinar si el sujeto autor del crimen tenía conciencia de la ley y capacidad de adecuar su conducta a la misma, lo que puede determinar su carácter de inimputable.

El trabajo pericial forense apunta a producir un documento, que puede tener la forma de un parecer –que no tiene término

de compromiso ni necesariamente responde a una demanda de la justicia—, de informe médico—que se refiere, de forma general, a la salud o enfermedad del examinado— o, en su forma más común, de informe médico-legal o pericia. Este último documento consta, en general, de una serie de elementos como preámbulo, identificación del entrevistado, histórico de enfermedades y conflictos con la ley e historia de sus problemas actuales, que incluye exámenes físicos y psíquicos.

El examen psíquico debe considerar la presentación del sujeto y evalúa la atención, la memoria, la orientación, la conciencia, las posibles alteraciones de la misma, el curso y contenido del pensamiento, los estados de humor y la capacidad de abstracción, principalmente. En el final de las pericias dirigidas en particular a determinar la imputabilidad del autor de un delito deben estar relacionadas las conclusiones y las respuestas a aquello que el juez demanda saber, que suele incluir la evaluación de la peligrosidad del examinado.

Existe aquí una diferencia fundamental con relación a la mayoría de las prácticas clínicas *psi*: mientras que éstas deben conservar el sigilo, en la pericia los datos y conclusiones obtenidas del contacto con el sujeto deben ser registrados y comunicados a terceros.

Para Foucault, las prácticas judiciales—entre las cuales se encuentra la pericia forense— contribuyeron para definir no sólo tipos de verdad sino, también, formas de subjetividad caracterizadas por su supuesto carácter peligroso y anormal. De esta forma,

[...] la conciencia moderna tiende a otorgar a la distinción entre lo normal y lo patológico el poder de delimitar lo irregular, lo desviado, lo poco razonable, lo ilícito y también lo criminal. Todo lo que se considera extraño recibe, en virtud de esta conciencia, el estatuto de la exclusión cuando se trata de juzgar y de la inclusión cuando se trata de explicar (1996 : 13).

Estas formas de delimitar lo normal y lo anormal y su expresión en determinadas figuras y conductas están sujetas a procesos particulares de relación entre estructuras sociales, saberes y prácticas, que permitieron que en cada época existiese una representación particular de anormalidad. Según Foucault (2001), la primera figura de anormal habría sido representada por los llamados monstruos humanos de la Edad Media, cuyas anomalías físicas los encuadra-

ban como un desafío a las leyes de la naturaleza y de la sociedad, combinando así lo imposible y lo prohibido. Los hermafroditas y los deformes, entre otros, integraron ese amplio conjunto inscrito en un ámbito discursivo de carácter jurídico-biológico.

Con la aparición de las técnicas de análisis y disciplina propias de la época moderna, la figura del monstruo humano es sustituida por la del incorregible, entendido como aquel sujeto que no se adapta a las normas y al buen funcionamiento institucional. Dirigidas en especial para esa población, se crean diferentes instituciones de corrección para los diversos tipos de sujetos que se encuadraban en ese amplio espectro.

Siempre según Foucault, la posterior figura que representará esa anormalidad será la del onanista como representación de la aparición de la sexualidad, como factor etiopatogénico del desvío y como factor de la valorización de la familia como institución de disciplina y custodia.

A pesar de que cada una de esas figuras reconoce una especificidad, su confluencia permitirá la consolidación, a partir del siglo XX, de una red institucional y discursiva de exclusión y tratamiento, constituida principalmente en los límites de la medicina y de la justicia, y de un imaginario social particular que sustenta también estas prácticas.

Estos procesos históricos de confluencia entre el derecho penal y la psiquiatría tomaron formas particulares en cada país y región, traduciéndose en determinados dispositivos institucionales y formas discursivas que reconocen una cierta singularidad, a pesar de sus características comunes.