



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO CIENCIAS PENALES

ENFERMEDAD MENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Conflictos de relevancia jurídico Penal

**Memoria para optar al grado académico de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

DANIELA ANDREA CRISTI BARON

ISIDORA VALENTINA PALMA ELGUETA

Profesor Guía: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile

2019

Para María Francisca, Eduardo y Vicente, mi todo.

Isidora Palma.

***A mi madre Patricia,
No hay logro suficiente para devolver tanto.***

Daniela Cristi

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I “Conceptos”	12
I. Enfermedad mental desde el punto de vista clínico.....	12
II. Enfermedad mental según la ley	16
1. Capacidad.....	16
2. Imputabilidad/ Inimputabilidad.....	20
3. Tratamiento de la enfermedad mental en el sistema del Derecho Internacional	24
CAPÍTULO II “Regulación de la enfermedad mental relevante en materia penal”	34
I. Tratamiento de la enfermedad mental en el sistema normativo chileno	34
1. Constitución Política de la República	34
2. Código Civil y Código de Procedimiento Civil	36
3. Código Penal y Procesal Penal.....	41
4. Otros cuerpos normativos	44
II. Evaluación de capacidad para enfrentar un juicio	66
1. Colisión con las garantías del debido proceso.....	70
III. Enfermedad mental en el Proceso Penal	72
1. Flagrancia y posterior control de detención	73
2. Resguardo del imputado durante la investigación formalizada y hasta su declaración de imputabilidad/inimputabilidad	75
3. Sujeto que cae en enfermedad mental durante el procedimiento	78
4. Enfermo mental y otros procedimientos.....	79
CAPÍTULO III “Régimen psiquiátrico forense”	82
I. Psiquiatría forense	82
1. Peritaje.....	86
II. Medidas cautelares idóneas	89
III. Situación del inimputable bajo medida de seguridad.....	97

1. Medidas de seguridad.....	97
2. Ejecución de las medidas de seguridad.....	102
3. Consecuencias personales	104
CAPÍTULO IV “Análisis de Jurisprudencia”	108
CAPÍTULO V “Conclusiones”	116
BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA	130
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	136
JURISPRUDENCIA.....	138

RESUMEN

En Chile la persecución penal cuando el imputado es un enfermo mental sigue un procedimiento especial que busca entregar garantías tanto a la víctima como al imputado. Chile ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que deberíamos encontrar plasmada en la legislación una serie de medidas que adecuen el derecho para de esa manera evitar discriminaciones.

La presente investigación tiene como objetivo desarrollar el tratamiento que el ordenamiento jurídico nacional ha entregado a la enfermedad mental, exponiendo su marco normativo a nivel internacional y de derecho interno criticando aquello que no se condice con el espíritu de la Convención y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Buscamos realizar una contribución al sistematizar la normativa, abordando la Constitución Política de la República, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley 18.600, la Ley 20.422, la Ley 20.584, el Código Sanitario y el Decreto 570 del Ministerio de Salud. También explicando los conceptos fundamentales a la hora de hablar de enfermedad mental, como lo son la demencia, la capacidad y la imputabilidad; y concluyendo una serie de problemáticas que actualmente se presentan.

INTRODUCCIÓN

Según la Organización Mundial de la Salud, la salud mental es “un Estado de bienestar en el que cada individuo desarrolla su potencial, puede lidiar con el estrés normal de la vida, lograr un desarrollo laboral productivo y provechoso, y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”¹. Según esta definición la salud mental involucra una dimensión social. Esta dimensión social ha sido introducida por el avance del tratamiento de la enfermedad mental tradicionalmente visto desde el paradigma biomédico, pero que ha sido desplazado por el enfoque social de la discapacidad introducido a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este enfoque social tiene sus orígenes en Ed Roberts², estudiante discapacitado que logró superar todas las barreras sociales que en definitiva impedían su inclusión, al tomar la decisión de estudiar licenciatura en ciencias políticas en la Universidad de California, Berkeley. En ese entonces, las personas con discapacidad debían estudiar en universidades especiales, pues las universidades tradicionales no contaban con la infraestructura o medios aptos para recibir a estudiantes discapacitados. Ed Roberts no permitió que su discapacidad, pero más precisamente los problemas sociales y arquitectónicos que existían en las universidades no inclusivas, determinara la universidad en que estudiaría, haciendo caso omiso a los problemas que ello le significaría y logrando integrarse de manera completa en la sociedad estudiantil de una universidad no inclusiva. Esto produjo que la Universidad comenzara a aceptar más personas discapacitadas.

Ya terminando sus estudios, Ed Roberts es llamado por Jean Wirth, pidiéndole que implementara en Washington y a nivel nacional, el programa de predisposición universitaria que Wirth había puesto en marcha en el College San

¹ GONZÁLEZ, M. et al. 2014. Avanzando al desarrollo de una propuesta de ley de salud mental en Chile: marco legislativo de promoción y protección de los grupos de mayor vulnerabilidad y riesgo. Concurso Políticas Públicas. Propuestas para Chile [en línea] Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile. p.89. <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/01/Propuestas-para-Chile-2014_sin-hojas-en-blanco.pdf> [consulta: 08 octubre 2018].

² SHAPIRO, J. 1994. No Pity: People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement. New York, Times Books, Random House. p.41

Mateo y que buscaba apoyar las minorías, principalmente negra e hispana, para evitar su deserción universitaria, ya que, lo que en un comienzo se consideró un problema académico, Wirth descubrió que se trataba de un problema de la vida diaria e inclusión lo que causaba el fracaso escolar de estas personas integrantes de grupos minoritarios. La implementación fue un éxito, por lo que se decidió expandir el programa además a las personas con discapacidad, esto con la ayuda de Ed Roberts. Wirth y Roberts establecieron que su programa para discapacitados debía ser liderado por un discapacitado, pues nadie podría conocer mejor sus necesidades.

Es así, y como señala Agustina Palacios, que “frente al sistema de cuidado de salud, que solo ofrecía ayuda protectora, se abogaba por un innovador sistema de ayuda mutua y de organización grupal. Fue así como las propias personas con discapacidad -el autodenominado “movimiento de vida independiente”- asumieron que quienes mejor conocían las necesidades de las personas con discapacidad no eran los médicos o enfermeras, sino las propias personas con discapacidad”³.

Finalmente, en 1976, la Unión de Personas con discapacidad Físicas contra la Segregación (UPIAS), propuso un conjunto de ideas que denominaron “Principios Fundamentales de la Discapacidad”. Más tarde, el activista y académico Mike Oliver presentó estas ideas como el Modelo Social de la discapacidad⁴.

Es así como el nacimiento de este movimiento social originado por personas con discapacidad, “movimiento de vida independiente”, representó un giro en la percepción de las personas con discapacidad en Estados Unidos, siendo en definitiva el origen mediato de la legislación antidiscriminatoria de los demás países y del modelo social que viene a acoger la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A grandes rasgos este modelo reconoce que la discapacidad tiene su origen en las barreras sociales, y no en los problemas o enfermedades que pudieran tener las personas.

³ PALACIOS, A. 2008. El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid, Colección CERMI, CINCA. p.113.

⁴ HASLER, F. 2003. Vida independiente: visión filosófica. El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales. Madrid, Fundación Luis Vives. p.57.

Desde un enfoque de la discapacidad y el modelo de acompañamiento, realizaremos un análisis de la normativa relativa a la enfermedad mental relevante en materia penal, ya que entendemos que sistematizar el ordenamiento jurídico y proponer una regulación armónica con el debido proceso, las garantías establecidas en la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son la herramienta más eficaz que como sociedad, y sobre todo como estudiantes de derecho podemos utilizar para acabar con el estigma y la discriminación que día a día sufren las personas con trastornos mentales⁵.

Es por esto que desarrollaremos la regulación de la enfermedad mental en el ordenamiento jurídico chileno, analizando en profundidad la regulación jurídico penal, para así poner en evidencia los conflictos normativos que se producen en torno a esta discapacidad.

Para esto, en primer lugar desarrollaremos un capítulo dedicado a los conceptos fundamentales relacionados con la materia. Abordaremos la enfermedad mental desde un punto de vista clínico, esbozando los conceptos principales usados en medicina, y la enfermedad mental desde un punto de vista legal, abordando los conceptos fundamentales en materia de derecho, los cuales son la capacidad y la imputabilidad. En este capítulo también desarrollaremos el conjunto de normas que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos regulan la discapacidad, poniendo especial énfasis en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que señala que la enfermedad mental se incorpora dentro de las diversas causas de discapacidad y que viene a cambiar el paradigma en torno al cual se debe tratar al enfermo mental en su interacción con el medio.

En el segundo capítulo analizaremos el ordenamiento jurídico en función de los discapacitados, poniendo especial énfasis en la enfermedad mental. Analizaremos diversos cuerpos normativos que regulan una serie de situaciones relacionadas con el enfermo mental, criticando y proponiendo modificaciones que se adecuen al debido proceso y a los estándares propuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los textos que analizaremos serán la Constitución Política de la República, el Código Civil, el Código de Procedimiento

⁵ CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA. 2016. Estigma salud mental [en línea] <<https://www.consaludmental.org/publicaciones/Estigma-salud-mental-2016.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2018].

Civil, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley 18.600, la Ley 20.422, la Ley 20.584, el Código Sanitario y el Decreto Supremo 570 del Ministerio de Salud.

Posteriormente en el desarrollo del mismo capítulo, analizaremos la capacidad para enfrentar un juicio. Es aquí donde aplicaremos aquello explicado en el primer capítulo dedicado a desarrollar los diversos conceptos relacionados con la enfermedad mental. Desarrollaremos en extenso la capacidad que se requiere para enfrentar un juicio y la normativa procedimental penal atinente a los enfermos mentales. Explicaremos lo que sucede en caso de detención en flagrancia, en el posterior control de detención, en la investigación formalizada, con las medidas cautelares y el juicio oral. Desarrollaremos también aquello que ocurre con el sujeto que cae en enfermedad mental ya sea durante el procedimiento, en el curso de la investigación o en el cumplimiento de sentencia. Para terminar, desarrollaremos la enfermedad mental en otros procedimientos, en específico en el juicio abreviado y las salidas alternativas, todos estos, procedimientos en que se requiere el consentimiento del imputado.

En el tercer capítulo desarrollaremos la psiquiatría forense, poniendo especial énfasis en el informe de peritos. Estableceremos cual debe ser el contenido de éste y desarrollaremos su admisibilidad y valor probatorio. Desarrollaremos tanto las medidas cautelares como las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales.

Para terminar con un breve análisis de jurisprudencia que nos permita entender cómo los tribunales superiores de justicia han dado solución a una serie de problemáticas relacionadas con los enfermos mentales.

CAPÍTULO I “Conceptos”

I. Enfermedad mental desde el punto de vista clínico

Para poder conceptualizar el término enfermedad mental desde un punto de vista clínico, es importante comenzar por un concepto más amplio, el de trastorno mental.

A pesar de las largas discusiones alrededor de las distintas definiciones que han ido entregando los diversos expertos del campo médico y psicológico, no ha sido aceptado de manera unánime un concepto de enfermedad mental.

Respecto a lo que sí hay consenso, es que el término trastorno mental es más amplio que el de enfermedad mental, siendo el primero un “síndrome indeterminado caracterizado por una alteración del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento del individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental”⁶. En otras palabras, cualquier alteración genérica de salud mental, sea o no consecuencia de una alteración somática conocida⁷. Ismael García ha definido trastorno mental como “toda condición psicopatológica que implique la pérdida de la salud psíquica de un sujeto...Trastorno no es un término exacto, pero se emplea para designar la existencia de un conjunto de síntomas o comportamientos clínicamente reconocibles, asociados en la mayor parte de los casos con malestar e interferencia con las funciones personales”⁸.

En relación al concepto enfermedad mental, tal como sucede con el de trastorno mental, no existe una definición unánimemente aceptada por los expertos

⁶ DSM V. 2013. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales.

⁷ CABALLERO MARTÍNEZ, L. 2007. Conceptos de enfermedad y trastorno mental. Clasificación. Trastornos clínicos y de la personalidad. Problemas psicosociales. Bases etiopatogénicas de los trastornos mentales [en línea] Medicine: Programa de Formación Médica Continuada Acreditado, Vol. 9, N° 84. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347662>> [consulta: 09 octubre 2018].

⁸ GARCÍA, I. 2015. “Apto para declarar”: ¿diagnóstico psiquiátrico o médico-forense? Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 58, N° 2. p. 12.

de la materia, pero entre los múltiples conceptos, nos parece interesante el de José Carlos Bermejo y aquel que ha sido ampliamente usado en psiquiatría.

Por un lado, José Carlos Bermejo señala que es posible construir una definición descriptiva del concepto, llegando a una explicación aceptable de lo que debe entenderse por enfermedad mental desde un punto de vista clínico. Según el autor, la enfermedad mental es imposible de definir, pero puede ser entendida, desde un enfoque sistémico, como un “proceso bioquímico, anatómico, psicológico a nivel cognitivo, pero también social y afectivo”⁹. Además, desde un enfoque clínico, “cada enfermedad puede definirse como una realidad triple: a) un proceso patológico; b) un proceso psicológico y c) un proceso social”¹⁰.

La segunda aproximación que también nos parece interesante, es aquella utilizada en psiquiatría. En este campo de la ciencia, se ha entendido enfermedad mental como “una alteración de tipo emocional, cognitivo o del comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, etc. y que dificulta la adaptación de la persona al entorno cultural y social donde vive, creando alguna forma de malestar subjetivo”¹¹.

En definitiva, el concepto enfermedad mental se referiría a aquellos procesos patológicos que tienen una causa orgánica conocida¹².

Desde una perspectiva clínica, un enfermo mental puede ser considerado capaz o incapaz según la enfermedad que se trate y en consideración a dos conceptos claves; el juicio de la realidad y el sentido de la realidad. El primero “presupone el ejercicio de nuestra capacidad para procesar la realidad y adquirir conciencia de ella. Dicha conciencia tiene como correlato la comprensión de quienes

⁹ BERMEJO, J.C. 2007. Psiquiatría y lenguaje: Filosofía e historia de la enfermedad mental [en línea] pp. 193-210. Revista chilena de neuro-psiquiatría, Vol. 45, N° 3. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272007000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=en> [consulta: 09 octubre 2018].

¹⁰ *Idem.*

¹¹ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. 2013. Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría.

¹² CABALLERO MARTÍNEZ, L., *op. cit.*

somos, de nuestra identidad y de los roles que abordamos en el medio psicosocial al que pertenecemos”¹³, mientras que el sentido de la realidad está asociado a la orientación temporo espacial y a la percepción del individuo frente a los estímulos externos, más precisamente y en palabras de Melanie Klein, “es la capacidad de experimentar la realidad psíquica como tal y de diferenciarla de la realidad externa. Implica la experiencia simultánea y la correlación de los mundos interno y externo”¹⁴.

Podemos afirmar en definitiva que, cuando a raíz de una enfermedad mental encontramos en un sujeto ambos conceptos alterados, deviene en una percepción errada de él mismo y de la realidad, que implica que el enfermo no reconozca estándares sociales -entre ellos lo correcto e incorrecto- y que en definitiva lo vuelve inadaptado social, llevándolo a una peligrosidad para sí y la sociedad. De ello surge esta necesidad de declarar a la persona que padece una enfermedad mental incapaz -como se conoce en términos jurídicos- ya que se consideraría que no es apto para tomar decisiones producto de esta distorsión de la realidad.

Por otro lado, y como adelantamos en el párrafo anterior, puede que la persona efectivamente tenga alguna patología o enfermedad mental, pero que su juicio y sentido de la realidad no se encuentre alterado. En otras palabras, es una persona con alguna patología mental que requiere tratamiento para aliviar el dolor que ella le produce, pero que está plenamente capacitada para tomar decisiones y administrar su vida, siendo sujetos socialmente adaptados y capaces de distinguir el bien y el mal, no existiendo motivos para declararlo interdicto o potencialmente inimputable.

Es así como, desde un punto de vista clínico, “se considera que las dificultades que algunas personas con discapacidad pueden encontrar en la toma de sus decisiones están ocasionadas exclusivamente por sus déficits cognitivos que les impiden adoptar sus decisiones de una forma normal, esto es, de manera racional,

¹³ FIGUEROA, A. et al. 2017. El juicio de realidad y mundos posibles en personas con esquizofrenia [en línea] Revista chilena de neuro-psiquiatría, Vol. 55, N°3. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272017000300195&lng=en&nrm=iso&tlng=en> [consulta: 10 octubre 2018].

¹⁴ SEGAL. H. 1987. Introducción a la obra de Melanie Klein. Buenos Aires, Paidós. p.124.

autónoma, responsable e independiente”¹⁵.

Saliendo un poco de la perspectiva clínica para adentrarnos a una mirada meramente legislativa, el legislador reconoce un tercer tipo de sujetos; aquellos que padecen una enfermedad mental que afecta su juicio y sentido de la realidad pero no de forma permanente, existiendo lo que en derecho se ha denominado como intervalos lúcidos, siendo éstos estados de remisión de la enfermedad que padece el sujeto. Este concepto surge del derecho romano, pero en la actualidad, la ciencia psiquiátrica rechaza airadamente y por unanimidad el término intervalo lúcido reconociéndolo incluso como totalmente anticientífico¹⁶.

Respecto de lo expuesto precedentemente, nos parece necesario destacar que al consagrar este concepto de intervalo lúcido, el legislador da paso a una serie de contradicciones en nuestro ordenamiento -que analizaremos en profundidad en su oportunidad-, las que nos permiten respaldar nuestra teoría de que la legislación Chilena es insuficiente respecto al tratamiento de la enfermedad mental, e incluso contraria a los derechos y garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución y un sin número de Pactos y Convenciones Internacionales.

Es importante corregir estos errores conceptuales, ya que los modernos principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han propuesto el enfoque de la discapacidad y hablar en términos generales de los conceptos asociados a esta. En razón de lo anterior, se ha entendido deficiencia como “la pérdida de una función corporal normal”¹⁷, discapacidad como “lo que no podemos hacer en nuestro entorno por causa de la deficiencia”¹⁸ y minusvalía por su parte, como “la desventaja competitiva resultante a causa de la discapacidad”¹⁹.

¹⁵ CUENCA, P. 2012. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. p.64.

¹⁶ CASTAÑEDA, E. 1953. El problema del lúcido intervalo en las enfermedades mentales [en línea] Revista Española del Derecho Canónico, Vol. 8, N° 3. p.475. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4726213>> [consulta: 19 octubre 2018].

¹⁷ NILO, R. 2015. Discapacidad mental y ciudadanía activa: El desafío de una nueva legislación de salud mental para Chile [en línea] Summa Psicológica UST, Vol. 12, N° 2. pp.54. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5283126>> [consulta: 13 de octubre 2018].

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

II. Enfermedad mental según la ley

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de enfermedad mental se encuentra consagrado en artículo 6 numeral 2 del Decreto 570 del año 2000 que señala: “2º.- Enfermedad o trastorno mental: Es una condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables, el funcionamiento de la mente, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente”.

También es definido en el artículo 2 de la Ley 18.600 el cual señala:

“Para los efectos de la presente ley, se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones psíquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social. Se entiende disminuida en un tercio la capacidad educativa, laboral o de integración social de la persona, cuando considerando en conjunto su rendimiento en las áreas intelectual, emocional, conductual y relacional, se estime que dicha capacidad es igual o inferior al setenta por ciento de lo esperado para una persona de igual edad y condición social y cultural, medido por un instrumento válido de la Organización Mundial de la Salud y administrado individualmente”.

No deja de llamar la atención que se estime en esta ley como cuantificable la discapacidad, lo que da a la participación subjetiva del perito un peso considerable.

1. Capacidad

Cuando nos referimos a la capacidad en el sistema normativo chileno, es común quedarse en la distinción entre materia civil y materia penal, pero antes de abocarnos a ella, consideramos importante también hacer otra distinción existente en doctrina y normativa internacional, la cual es la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad mental.

Tradicionalmente se ha entendido que la capacidad jurídica o legal es aquella que permite al sujeto ser titular de derechos y obligaciones, es decir, capaz de obligarse sin el ministerio o autorización de otro, por lo que, tal y como señala Rafael Barreto “la capacidad jurídica define la manifestación de voluntad de las personas para los actos de la vida civil, política y social”²⁰. En cambio, la capacidad mental se ha entendido como la “aptitud para tomar decisiones de un individuo, que puede variar de persona a persona, dependiendo del tipo de decisión que se tome y el contexto en el que se encuentre”²¹. Por tanto, en abstracto podría haber quien, siendo capaz jurídicamente, no lo sea mentalmente.

Según la Observación general N°1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, texto que explica las obligaciones de los países para garantizar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad jurídica significa “que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda”²², siendo la capacidad mental por otro lado la “habilidad para tomar decisiones”²³. El documento antes referido señala de manera expresa que aunque una persona tenga una capacidad mental diferente, tiene derecho a tener capacidad jurídica.

En derecho civil se distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce ha sido entendida como la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, teniendo toda persona, por el solo hecho de serlo, esta capacidad. La capacidad de ejercicio, también llamada capacidad legal está

²⁰ BARRETO, R. 2015. Capacidad jurídica: un Nuevo Paradigma Desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [en línea] American University International Law Review, Vol. 30. p.178. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/?utm_source=digitalcommons.wcl.american.edu%2Fauilr%2Fvol30%2Fiss2%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> [consulta: 04 enero 2019].

²¹ VIDAUTÓNOMA. 2017. Hacia un sistema nacional de promoción de la vida independiente y la inclusión en la comunidad para personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial: aportes del ciclo sobre capacidad jurídica. Santiago, Chile. p.2.

²² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2014. Observación general N° 1 del Comité sobre Derechos de las personas con Discapacidad de la ONU. España, ONU. p.9.

²³ *Ídem.*

regulada en el artículo 1445 inciso tercero del Código Civil que nos señala “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. Ahora, el artículo 1446 del mismo Código es el que otorga la regla general en materia de capacidad, señalando que toda persona es legalmente capaz, y dejando al artículo 1447 la determinación de quienes son incapaces. Este artículo establece que son incapaces absolutos los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente; además establece que menores adultos y disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo, son incapaces relativos.

Entonces, en términos generales podríamos definir a la capacidad como “el poder de una persona, reconocido por la ley, para celebrar actos jurídicos y a que estos produzcan efectos conforme a las decisiones y motivaciones personales del propio sujeto que los celebra”²⁴.

En derecho civil, el incapaz es representado por un tercero llamado tutor o curador, quien actúa a nombre del primero en la vida jurídica, sustituyendo su voluntad. Esta representación es conocida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el sistema de sustitución, donde se produce un fenómeno bastante particular: en este sistema, el ordenamiento sustituye o reemplaza de manera ficticia al incapaz, el cual no tiene participación alguna en las decisiones que la persona judicialmente designada para reemplazarlo toma en vez de él. Es más, el incapaz no tiene ninguna incidencia ni siquiera en el proceso de declaración de interdicto ni en el informe que se solicita al especialista que corresponda, no puede manifestar su voluntad, gustos, disgustos ni preferencias. En definitiva, es un asunto que se reduce netamente a lo médico, siendo el sujeto enfermo un espectador de las decisiones que se toman en su vida, ya que su voluntad no es considerada en lo más mínimo por el simple hecho de estar mentalmente enfermo.

En derecho penal por otro lado, la voz capacidad es desconocida. Todos son potencialmente capaces de cometer delitos penales, siendo relevante en el juicio de reproche la posibilidad de atribuir el delito a una persona, para así hacerla

²⁴ VIDAUTÓNOMA, *op. cit.*, p.1.

responsable de la conducta típica antijurídica que ha desplegado, es decir, el término imputabilidad.

Según el artículo 459 del Código Procesal Penal, cada vez que existan antecedentes sobre la enajenación mental del imputado deberá designarse un curador “*ad litem*”. Este curador procede, como la norma muy bien señala, cada vez que existan antecedentes y sin necesidad de la remisión de informe psiquiátrico.

Consideramos que el tratamiento que nuestra legislación entrega a los enfermos mentales no se adecúa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que nuestra legislación, al igual que el sistema español, consagra un sistema de sustitución de voluntades “que da prioridad a la protección y a la seguridad jurídica sometiendo, en ocasiones en exceso, la autonomía de las personas con discapacidad”²⁵. Este sistema fue criticado en la Convención recién señalada. En ella se aconseja que los estados parte tomen todas las medidas necesarias para lograr pasar de este sistema de sustitución a un nuevo sistema denominado como sistema de asistencia, señalando que éste último sería menos vulneratorio para los derechos, la dignidad y la persona del enfermo ya que en él se tiene en cuenta la voluntad del incapaz, su autonomía y se le reconocen y respetan diversos derechos de los que actualmente, el enfermo se encuentra privado. Este nuevo sistema sugerido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad será tratado en detalle a lo largo del presente trabajo.

Aún más, a pesar de que ha sido ampliamente criticado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dentro de las observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU han sido detectadas como las medidas que en mayor parte discriminan a las personas con discapacidad los sistemas sustitutivos de decisiones, entendidos como “cuando un juez decide que otra persona tome tus decisiones porque piensa que tu no puedes hacerlo”²⁶ y las leyes que obligan a las personas que padecen de enfermedades mentales a someterse a tratamiento sin consentimiento. El

²⁵ CUENCA, P., *op. cit.*, p.65.

²⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *op. cit.* p.6.

documento justamente señala que los sistemas sustitutos en algunos países toman la forma de tutela.

2. Imputabilidad/ Inimputabilidad

Como señalamos anteriormente, en derecho penal el concepto de capacidad no tiene cabida. Corresponde más bien hablar de imputabilidad, la que es entendida doctrinariamente como la capacidad penal.

Para entender quién es imputable, o lo más relevante para el estudio en cuestión, inimputable, debemos atender al concepto de culpabilidad al que se adhiera en el sistema jurídico²⁷. La imputabilidad se enmarca dentro del estudio del Derecho Penal General de la teoría del delito, particularmente a propósito de las causales de exclusión de culpabilidad en general. La teoría del delito trata la teoría de la conducta; teoría del tipo; teoría de la antijuricidad; teoría de la culpabilidad; el “*iter criminis*” y la teoría de la autoría y participación. El estudio en particular de la imputabilidad entra en la teoría del delito a través de la teoría de la culpabilidad, ya que para la imposición de una pena, no es suficiente la sola existencia de un hecho típico y antijurídico sino que, dentro de otros supuestos, se requiere que al hechor se pueda hacer el reproche de culpabilidad y para ello es necesario que concurran todos sus requisitos, siendo la imputabilidad uno de ellos²⁸.

Según la teoría de la culpabilidad, aquellos motivos que generan la exclusión de la culpabilidad reciben el nombre de causales de inculpabilidad o exculpación, las que se clasifican en nuestro Código Penal como; causales de inimputabilidad, causales de error de prohibición y causales en que se aprecia la inexigibilidad de otra conducta²⁹.

La imputabilidad se ha definido como “la aptitud psíquica y psicológica para

²⁷ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal Chileno [en línea] Revista de estudios de la Justicia, N° 10. pp.106. <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15221>> [consulta: 23 octubre 2018].

²⁸ BALMACEDA, G. 2016. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2º ed. Santiago, Editorial Librotecnia.

²⁹ *Ibid.*

soportar las consecuencias de las acciones y omisiones realizadas”³⁰. Según Gustavo Balmaceda Hoyos estamos ante imputabilidad cuando “el sujeto que hubiese cometido el delito se encontraba capacitado, tanto psicológica como intelectualmente, para comprender la ilicitud del hecho que se encontraba ejecutando. Así, la imputabilidad constituye la capacidad que posee un sujeto de ser motivado por la norma jurídico penal para actuar o no actuar de la forma en que ésta lo ordena”³¹. Es decir, tradicionalmente se ha entendido que será imputable quien comprende las normas jurídicas, pudiendo posteriormente generar un juicio de valor que permitirá la autodeterminación, es decir, quien entiende las normas y dirige su conducta de acuerdo a estas podrá ser imputado y sometido a la persecución penal. Será inimputable entonces quien no pueda comprender por motivos intelectuales la ilicitud de los hechos que ha cometido, es decir, quien no entiende que no actúa conforme a Derecho.

Entonces, es inimputable “el individuo que debido a su situación especial - edad, trastorno o enfermedad mental y/o inmadurez psicológica- debe recibir un trato diferente por parte de la ley, ya que no es capaz de valorar adecuadamente la juridicidad y la antijuricidad de sus acciones”³².

La regla general en materia de imputabilidad -al igual que el tratamiento del Código Civil respecto de la capacidad- es que todos son imputables, en otras palabras, “el sistema penal parte del supuesto de que lo corriente es que toda persona sea capaz de culpabilidad y responsable -criterio de regla-excepción-”³³. Nuestro Código Penal siguiendo un sistema psiquiátrico o biológico³⁴, señala quienes son inimputables, estableciendo una enumeración expresa en el Libro I, Título I y II de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, más específicamente en su artículo 10, que señala la causa de la inimputabilidad pero no el efecto.

³⁰ VARGAS, E. 1999. Medicina legal. 2° ed. México, Trillas.

³¹ BALMACEDA, G., *op. cit*, p.217.

³² ÁLVAREZ, U. et al. 2016. Imputabilidad por trastornos mentales en el sistema legal [en línea] Medicina legal de Costa Rica, Vol 33, N° 1. p.3. <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43449.pdf>> [consulta: 10 enero 2019].

³³ POLITOFF, S., PIERRE, J. & RAMÍREZ, C. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno Parte General. Santiago, Edición Jurídica. p.295.

³⁴ BALMACEDA, G., *op. cit*, p.217.

En lo que interesa a esta investigación, la enfermedad mental es tratada en el numeral primero del artículo 10 antes referido, el cual señala “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”. Este artículo se refiere a quienes sufren de una condición patológica que afecta permanentemente su lucidez. Al respecto, queda la duda respecto al alcance de dicho artículo, no estableciendo de manera clara si la imputabilidad deriva como una consecuencia natural del hecho de que el sujeto que comete un ilícito antijurídico padece de una enfermedad que lo priva totalmente de razón, o si es necesario que esta enfermedad haya perturbado su conciencia y voluntad. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia parecen inclinarse por esto último, conocido como fórmula mixta, la cual exige que “además de la existencia de una enfermedad psíquica, se establezca la perturbación de la conciencia y voluntad en el sentido antes referido”³⁵. Esto no conlleva necesariamente la exigencia de una comprobación médica de factores necesariamente orgánico-corporales en la base de la enajenación mental.

En nuestra legislación, el concepto no es abordado desde una perspectiva clínica, sino que desde un prisma jurídico, entendiéndose la locura o demencia como la “alteración de las facultades intelectivas y volitivas de una persona con carácter permanente”³⁶. Dentro de los múltiples trastornos clínicos que pueden ser considerados como enfermedades mentales, se ha establecido un listado de aquellas que son consideradas como causales de inimputabilidad, distinguiéndose entre aquellas enfermedades determinantes de inimputabilidad y aquellas enfermedades con imputabilidad disminuida. Dentro de las primeras se han señalado las siguientes: retraso mental en su grado de moderado a severo; esquizofrenia que ha llegado a la psicosis franca; paranoia en forma de delirio; epilepsia en situación de demencia, crisis convulsiva o episodio epiléptico. Dentro de las segundas se han señalado las siguientes: locura incompleta con disminución de las funciones cognitivas y volitivas sin llegar a privar completamente de ellas; retraso mental en grado leve; esquizofrenia cuando no ha alcanzado el grado de psicosis

³⁵ POLITOFF, S., PIERRE, J. & RAMÍREZ, C., *op. cit*, p.299.

³⁶ BALMACEDA, G., *op. cit*, p.218.

franca; paranoia; epilepsia incipiente y la desarrollada; epilepsia fuera de las crisis convulsivas³⁷. Dentro del campo clínico también existen otras enfermedades como lo son las alteraciones de la personalidad o psicopatías que comprenden personalidades esquizoides, personalidades paranoides y la locura moral y por otro lado la neurosis, que genera conflicto entre el sujeto y el mundo exterior, generando un constante estado de angustia, todas las cuales no son consideradas causales de exculpación.

También este artículo considera al enfermo mental transitorio, el que ha sido definido como “aquella causa de inimputabilidad o atenuante de la responsabilidad que acarrea una perturbación pasajera de la actividad psíquico-orgánica, producida por causas endógenas o exógenas, que puede dejar secuelas, que -en caso de presentarse- desaparecen por la curación sin dejar huella”³⁸. Los requisitos que debe cumplir la enfermedad mental temporal entonces, son; que se pierdan las facultades intelectuales por un lado, por otro que esta pérdida sea total y finalmente que la causa sea ajena a su voluntad. En este caso entonces, no cabría dentro de la causal de exculpación quien comete un acto típico y antijurídico cuando dolosa y/o culpablemente realiza alguna actividad para perder temporalmente sus facultades intelectuales, como sería el consumo de algún tipo de estupefaciente.

En el caso en concreto de los enfermos mentales sometidos a procedimiento penal, el juicio de imputabilidad está regulado en la ley en el artículo 458 del Código Procesal Penal. Este artículo entrega los presupuestos necesarios para la aplicación de un procedimiento especial, pues “si bien la inimputabilidad puede eximir de responsabilidad, no excluye la posibilidad de imposición de medidas cautelares”³⁹, estableciendo como necesaria para la declaración de cualquier medida en que tenga participación un inimputable por enfermedad mental, la elaboración de un informe psiquiátrico que deberá considerar los hechos sintomáticos de la condición que se imputa, como la gravedad de el o los delitos atribuidos, sus circunstancias de comisión y el carácter de éstos. Es fundamental que el informe psiquiátrico explique la relación entre la enfermedad mental que se está imputando, los hechos y la

³⁷ ÁLVAREZ, U. et al. *op. cit.*

³⁸ BALMACEDA, G., *op. cit.*, p.219.

³⁹ ÁLVAREZ, U. et al. *op. cit.*, p.2.

peligrosidad de la conducta futura. El informe psiquiátrico es presentado durante el curso del juicio como un medio de prueba -informe de peritos- el cual será evaluado por los jueces en la sentencia definitiva.

Otro concepto, que no aplica nuestra legislación pero que nos parece interesante es aquel surgido en México, que trata sobre la aptitud para declarar en juicio. Markus Alexander la ha definido como “la capacidad de comprender el significado de preguntas planteadas durante las investigaciones policiales y en los tribunales, y responder a esas preguntas de manera significativa, preservando al mismo tiempo la libertad de la parte en la decisión y libertad de acción”⁴⁰. Entonces más allá de la posible imputabilidad del sujeto, también creemos podría analizarse su capacidad para ser parte del procedimiento, estableciendo como estándar una mínima claridad mental.

3. Tratamiento de la enfermedad mental en el sistema del Derecho Internacional

En derecho Internacional se consagra el principio de no discriminación. Este principio está contenido tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹, entre otros múltiples instrumentos del Derecho Internacional. En lo que concierne a éste en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se señala que se impide realizar diferencias en base a motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Entrando dentro de la voz cualquier otra condición, las discriminaciones en torno a la salud física o psíquica.

La enfermedad mental en particular es tratada en Derecho Internacional de

⁴⁰ GARCÍA, I. *op, cit*, p.7.

⁴¹ JIMENEZ, H., y VÁSQUEZ, J. 2001. El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas [en línea] Revista Panamericana de Salud Pública, Vol. 9, N° 4. <https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1020-49892001000400016&script=sci_arttext&lng=en#ModalArticles> [consulta: 16 octubre 2018].

los Derechos Humanos principalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 36° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas de fecha 26 de septiembre de 2017 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Como primera aproximación el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito y ratificado por el Estado de Chile en su artículo 12 establece el derecho a la salud, señalando 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” por tanto se entiende el derecho a la salud integra tanto la salud física como mental o psíquica⁴².

También es importante al respecto, el 36° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 26 de septiembre de 2017 el cual señala en su punto 5:

“Insta a los Estados a que adopten, de manera activa, medidas para incorporar plenamente una perspectiva de derechos humanos en los servicios de salud mental y sociales, y adopten, apliquen, actualicen, refuercen o supervisen, según proceda, todas las leyes, políticas y prácticas existentes, a fin de erradicar todas las formas de discriminación, estigma, prejuicios, violencia, abusos, exclusión social y segregación en ese contexto, a que promuevan el derecho de las personas con afecciones de salud mental o discapacidades psicosociales a la plena inclusión y participación efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En el punto 7:

“Alienta a los Estados a que adopten medidas concretas con miras a reconocer la importancia de ocuparse de la salud mental mediante, entre otras cosas, el fomento de la participación de todos los interesados en la

⁴² ANSOLEAGA, E., y VALENZUELA, E. 2013. Salud mental y derechos humanos: la salud de segunda categoría [en línea] Santiago, Universidad Diego Portales. p.199. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2013/Cap%205%20Salud%20mental%20y%20ddhh%20la%20salud%20de%20segunda%20categoria.pdf>> [consulta: 16 octubre 2018].

formulación de políticas públicas al respecto, la promoción de programas de prevención y capacitación para profesionales del ámbito social, sanitario y de otras esferas pertinentes, la integración de los servicios de salud mental en la atención primaria y la atención general de la salud, y la prestación de servicios efectivos de salud mental y otros servicios comunitarios que protejan, promuevan y respeten el disfrute del derecho a la libertad y a la seguridad personal y a vivir de forma independiente y ser incluidos en la comunidad en igualdad de condiciones con las demás personas”.

En el punto 11:

“Alienta encarecidamente a los Estados a que apoyen el empoderamiento de las personas con afecciones de salud mental o discapacidades psicosociales para que conozcan y exijan sus derechos, entre otras cosas mediante la alfabetización sanitaria y en materia de derechos humanos, a que proporcionen educación y formación en materia de derechos humanos para los trabajadores sanitarios, la policía, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el personal de prisiones y otros profesionales pertinentes, con especial hincapié en la no discriminación, el consentimiento libre e informado y el respeto de la voluntad y las preferencias de todos, la confidencialidad y la intimidad, y a que intercambien las mejores prácticas en la materia”⁴³.

Es relevante también en Derecho Internacional la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este texto normativo viene a innovar en términos del tratamiento a las personas con discapacidad, ya que entiende que las personas que sufren de algún grado de discapacidad son titulares de derechos en los mismos términos que las que no lo sufren.

En lo contingente a ésta investigación el artículo 1 de la Convención, relativo a los propósitos, señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que,

⁴³ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. 2017. Consejo de Derechos Humanos, 36 período de sesiones: Salud mental y derechos humanos [en línea] <<https://www.consaludmental.org/publicaciones/Resolucion-DDHH-Salud-Mental.pd>> [consulta: en 16 octubre 2018].

al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” por tanto aquel que clínicamente es enfermo mental, cabe dentro de lo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos considera como discapacitado.

Como ha señalado Patricia Cuenca Gómez, la dictación de la Convención supone un salto cuantitativo en el tratamiento de la capacidad jurídica en los distintos sistemas normativos⁴⁴. En términos de Francisca Figueroa San Martín, ha venido a aplicar un modelo social de la discapacidad, modelo en el cual ya no se mira a quien sufre de una enfermedad mental como un enfermo, sino que se le reconoce como parte de la diversidad propia de la especie humana⁴⁵. Patricia Cuenca Gómez, analizando la Convención, explica muy bien cómo se pasa de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de asistencia⁴⁶, en qué se entiende que la discapacidad encuentra su origen no solamente en la condición propia de quien sufre la enfermedad mental sino también en las barreras que son día a día generadas por la sociedad -lo que se puede extraer de la definición de discapacidad-, además, explica cómo el modelo de sustitución, que es el modelo tradicional y aquel que sigue nuestro actual ordenamiento jurídico, busca proteger a la persona con enfermedad mental marginando a éste de la vida jurídica y reemplazando su actuar por un curador o tutor plenamente capaz que lo representa. Este modelo está inspirado por principios del derecho privado como la libre circulación de la riqueza y la autonomía de la voluntad.

La Convención viene a innovar en muchos puntos, siendo algunos los siguientes: por un lado entiende que la discapacidad mental surge como un producto social en la interacción de personas que padecen de discapacidad mental con quienes no las padecen. La Convención entiende que se produce discriminación sobre todo a raíz de barreras actitudinales del resto de la sociedad, y es por esto que se hace cargo del problema proponiendo una serie de normativas inclusivas.

Otra gran innovación de la Convención es que separa aquello que se ha

⁴⁴ CUENCA, P., *op. cit.*

⁴⁵ FIGUEROA, F. 2017. Medidas de seguridad y discapacidad psicosocial nuevos elementos para debatir. Revista de la Justicia Penal. N° 7. p.12.

⁴⁶ CUENCA, P., *op. cit.*, p.62.

entendido únicamente como capacidad, en capacidad mental y jurídica, reconociendo que aquellos que tengan una enfermedad mental tienen capacidad jurídica. Por tanto, el modelo de asistencia viene a determinar que quien apoya al discapacitado tiene como misión facilitar su vida en conformidad a sus propias decisiones, deseos y preferencias o interpretando aquello que serían sus deseos si pudiera expresarlos libremente. Es justamente el cambio de paradigma al modelo de asistencia propuesto por la Convención el que nos permite analizar el sistema procesal penal chileno desde un prisma crítico, resguardando siempre la adecuación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En lo atinente a esta investigación, nos parece interesante destacar algunos artículos de la Convención, en los que se refleja tanto el reconocimiento expreso de la capacidad, como el paso de un sistema de sustitución a uno de asistencia. Los principales son:

Artículo 4 de la Convención relativo a las obligaciones generales en su letra b) señala “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

En el artículo 5 relativo a igualdad y no discriminación la convención en el punto 2. Señala “los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”.

En este sentido la Observación Número 1 del Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU señala que los discapacitados tienen derecho a ajustes razonables para evitar medidas de discriminación. Con ajustes razonables se refiere a “adaptaciones y cambios en la comunidad y en los espacios que una persona necesita para poder usarlos en igualdad de condiciones”⁴⁷, ajustes que son una obligación para quienes han ratificado la Convención, a menos que los ajustes sean demasiado difíciles de hacer.

⁴⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *op cit*, p.18.

El artículo 12 establece el igual reconocimiento como persona ante la ley, específicamente en el punto 4. Estableciendo:

“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 de los Derechos Humanos en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

En este punto la convención consagra el derecho humano de igualdad ante la ley, reconocido por nuestro ordenamiento interno también en la Constitución Política de la República en su artículo primero el cual señala “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y señalando el artículo 19 n°3 la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. La convención en su artículo 12 establece en primer lugar el derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, entrega algunos ejemplos de situaciones en las cuales se vulnera este derecho y por último entrega medidas para que los Estados parte garanticen el derecho⁴⁸. La mayor importancia del artículo 12 es que al consagrar el derecho de la igualdad ante la ley permite que otros derechos consagrados en el pacto puedan ser ejercidos.

El artículo 13 sobre el acceso a la justicia, señala en su punto 1:

“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes

⁴⁸COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *op. cit.* p.4.

directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”. De la misma manera en el punto 2. Establece “a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

En el artículo 14 sobre Libertad y seguridad de la persona en el punto 1.b) señala:

“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.” y en su punto 2. “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.”

En el artículo 15 hace referencia a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes señalando en el punto 2. Que “los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

El artículo 25, que trata la salud señala que:

“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a

servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante 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.”

Ante esto el Comité en su observación general Número 1 se pronuncia sobre aquellos discapacitados que están internados sin su consentimiento ya que se les ha negado la capacidad jurídica. El documento señala que los Estados parte deben respetar el derecho a la salud teniendo la obligación los profesionales de la salud, de pedir un consentimiento libre e informado para someter a tratamiento⁴⁹.

Por último el artículo 26 referido a la habilitación y rehabilitación señala “los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.”

Por tanto el derecho internacional califica a la enfermedad mental como una dolencia relacionada con la salud, estableciendo el tratamiento de las enfermedades mentales como un derecho humano. Por otro lado vela por un sistema de inclusión de los enfermos mentales en la vida jurídica, optando por un tratamiento lo más parecido a quienes son calificados como capaces.

De los artículos anteriores sólo se desprenden deberes para el Estado de Chile, entre los cuales el principal es la adecuación del derecho interno a los altos estándares establecidos por la normativa del Derecho Internacional de los Derechos

⁴⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *op cit*, p.25.

Humanos.

CAPÍTULO II

“Regulación de la enfermedad mental relevante en materia penal”

I. Tratamiento de la enfermedad mental en el sistema normativo chileno

Antes de entrar de lleno al análisis de la enfermedad mental relevante en materia penal, creemos que es importante, en virtud de que nuestros cuerpos normativos son un sistema que funciona de manera integral, un somero análisis crítico del tratamiento de la enfermedad mental en el sistema normativo chileno.

1. Constitución Política de la República

Un primer acercamiento a la enfermedad mental en nuestro sistema normativo lo podemos encontrar en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 numerales 1, 2 y 9⁵⁰.

El numeral 1 del artículo recién citado tiene el efecto de elevar el derecho a la salud mental a la calidad de derecho fundamental de rango constitucional, siendo un deber para el Estado de Chile velar por el cumplimiento de este mandato constitucional, es decir, por la salud mental de todos los habitantes de la República.

Respecto del numeral 9, es necesario analizar las Actas de la Comisión de Estudios de nuestra Constitución Política para determinar el alcance del concepto salud en dicha disposición. En las señaladas Actas, se deja constancia que el concepto de salud utilizado en dicho precepto alude a todas las condiciones y expresiones de bienestar, tanto físico como mental del individuo, siendo esto consistente con el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

⁵⁰ “La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. 9°.- El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Culturales ya antes mencionado, el cual se encuentra vigente y ratificado por Chile⁵¹.

Por último, el numeral 2 del mismo artículo 19 tiene relación con la enfermedad mental y el objeto del presente trabajo pues, prohíbe expresamente la discriminación de cualquier persona, incluyendo en ello a las personas con enfermedades mentales. Desde éste punto de partida, vemos que nuestro ordenamiento no cumple con los propios mandatos de la Constitución Política de la República, lo que resulta irónico si consideramos que es el propio Estado el que viola de manera sistemática la normativa antes descrita, al consagrar un ordenamiento que no solo es poco inclusivo, sino además es discriminatorio dificultando el legítimo ejercicio de sus derechos a quienes gozan de una condición de discapacidad.

Lo anterior, se produce por la precaria y dispersa regulación que encontramos al respecto; las pocas políticas públicas orientadas a las personas con discapacidad; por la existencia de un sistema de sustitución que no permite que las personas discapacitadas ejerzan por sí mismas los derechos que, dentro de lo que sus facultades le permiten, pudieren ejercer, limitando su autonomía y voluntad de manera excesiva en pos de este errado concepto y forma de protección, lo que conlleva en definitiva a un ataque a su autonomía y dignidad; a la existencia de un sistema que no se preocupa de educar a la población en relación a la salud mental, lo que sin duda podría llevarnos a disminuir no solo los estigmas y prejuicios que existen en la sociedad actual en torno a este tema, sino también hacer la vida de las personas que padecen alguna enfermedad más fácil; por la inexistencia de una legislación antidiscriminación en materia laboral; etc.

Lo señalado en el párrafo precedente trae como consecuencia que los espacios de protección de otros derechos constitucionales relacionados se vean amenazados e incluso afectados, provocándose una reducción en ellos. Derechos tales como la libertad personal –garantizada en el artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental–, el derecho a defensa jurídica –consagrado en el N° 3 del mismo artículo– o las libertades de conciencia y de expresión –reconocidas en los números

⁵¹ GONZÁLEZ, M., et al., *op. cit.*, p.102.

6 y 12 del mismo- se ven perturbados, e incluso se llega a privar a la persona de su legítimo ejercicio. Esto revela la necesidad de una regulación clara, sistemática y especializada, además de un desarrollo extenso de tales garantías, a través de un estatuto general y obligatorio, dotado de herramientas jurídicas que permitan hacer justiciables estos derechos, estatuto que esté además sometido a los controles de constitucionalidad previstos en nuestra Carta Política.

2. Código Civil y Código de Procedimiento Civil

En el derecho Civil, también encontramos situaciones de conflicto, vulneración e inconsistencia entre las distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

El artículo 342 del Código Civil señala: “Están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”. Se establece en el artículo 456 “El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes aunque tenga intervalos lúcidos” Vinculado a él, el artículo 1774 del mismo cuerpo normativo establece: “son incapaces absolutos los dementes,(...) Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.”

Ambos artículos se refieren y regulan la esfera Civil del que nuestro legislador denomina demente, cuestión que nos parece preocupante pues no es claro qué es lo que hay que entender por el concepto. La doctrina ha señalado al respecto, que debemos establecer un concepto de demencia según las normas de interpretación de la ley contenidas entre los artículos 19 a 24 del Código Civil.

La necesidad de determinar la extensión del término es en atención a las consecuencias que derivan de estos artículos siendo, entre otras, por ejemplo, de la determinación de la curaduría a la cual está sometido el demente. La curaduría general a que se refiere este artículo, es aquella que se extiende tanto a la persona como los bienes del pupilo. Por ende, a los sujetos designados en el artículo 342 citado precedentemente, se les asigna un curador general, quien tomará las

decisiones por ellos velando siempre por sus intereses, pero sin necesariamente escucharlos o tomar en consideración sus deseos o preferencias. Es decir, hay un reemplazo de voluntades producto del ya mencionado sistema de sustitución.

Para entender el problema, y como adelantamos en un comienzo, debemos dilucidar el concepto de demente que engloba este artículo para así definir su alcance. La Corte Apelaciones de Concepción, en un fallo del año 2008 sostiene: “demencia no es en su significado científico o técnico, sino que debe tomarse claramente en su sentido más amplio, más diverso [sic], esto es, en sentido de enfermedad mental”⁵². Esto se respalda además con las normas de interpretación del Código Civil, más específicamente, su artículo 20, que establece que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; (...)”.

Entonces, el artículo 342, por demente, considera a las personas que padecen alguna enfermedad mental, sin distinguir la gravedad de ésta ni su especie.

Creemos que dicho precepto es vago en la regulación de la curaduría general, pues la palabra demente es poco precisa, ya que no determina el tipo de enfermedad mental, su gravedad ni su alcance. Esta cuestión es preocupante si tenemos en consideración que nuestro legislador establece que por el solo hecho de padecer una enfermedad mental -o estar demente-, la persona estará sujeta a curaduría general, con todas las limitaciones y vulneraciones de derechos que ello conlleva. Tradicionalmente se ha intentado justificar lo antes expuesto, dándole un sentido proteccionista, señalando que es en pos de la persona enferma, pero la realidad es que es una norma discriminatoria y sobre proteccionista al no fijar el nivel de discapacidad de la persona, ni zanjar las decisiones que no podrá tomar, sino que establece de manera genérica y sin distinción alguno que por padecer una enfermedad mental, la toma de decisiones tanto en lo patrimonial como en lo personal deberá ser hecha por un tercero.

⁵² Fallo de la CA de Concepción de 10 junio 2008. En: CORRAL, H. 2011. Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 24, N° 2. pp.31-64. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200002&script=sci_arttext&tlng=en> [consulta: 20 octubre 2018].

Lo antes señalado se refuerza si consideramos que el artículo 1447 del mismo cuerpo normativo, asimismo establece “son incapaces absolutos los dementes,(...) Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.”

Siguiendo la línea anterior, y como señalamos respecto del artículo 342, el concepto demente no es clínicamente correcto, y su sentido natural engloba a toda persona que padece una enfermedad mental, lo que es preocupante en atención a las consecuencias que se derivan de establecer que los actos de las personas que padecen enfermedades mentales son nulos absolutamente, no produciendo siquiera obligaciones naturales, sin mayor precisión ni la distinción adecuada en el tipo y gravedad de la enfermedad mental.

El art. 456 del Código Civil dispone que si el adulto “se halla en un estado habitual de demencia deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”. Este artículo refuerza nuestra teoría de que los artículos que regulan al demente sin más, son insuficientes, pues aquí el legislador reconoce que existen dementes que a contrario sensu de lo que establece el 456, no se encontraría en estado habitual de demencia, pero al regular las curadurías y la nulidad absoluta de sus actos, no distingue, por lo que son incapaces incluso aquellos dementes que no se hallan en estado habitual de demencia. Es así como tenemos el reconocimiento Civil de esta tercera categoría de sujetos, donde no obstante reconocerle momentos en los cuales dicha persona es capaz y lúcida - cuestión que sabemos es médicamente equívoca, pues, no obstante exista una disminución o remisión parcial de los síntomas, la enfermedad es permanente-, la anula civilmente y los considera incapaces absolutos sin distinción.

Si analizamos nuestro ordenamiento jurídico desde un punto de vista crítico, teniendo permanentemente presente la idea que hemos planteado a lo largo de los párrafos anteriores de que no está científicamente aceptado el concepto de intervalo lúcido -incluso siendo su rechazo una cuestión unánime entre los expertos en la materia-, esta figura de persona que padece de alguna enfermedad mental susceptible de tener intervalos lúcidos viene a ser una figura arbitraria y antojadiza que no encuentra una justificación razonable, jurídica ni científica, para su

permanencia en nuestro ordenamiento.

Es más, como ya mencionamos con anterioridad, nuestro Código Civil señala expresamente en su artículo 456: “El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos” y el artículo 465 que establece: “Los actos y contratos del demente posteriores al decreto de interdicción serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido” de ello se desprende que nuestro ordenamiento jurídico, al no permitir que el enfermo administre sus bienes ni aun en un intervalo lúcido, y al reemplazar de manera absoluta su voluntad por la de un tercero que se considera apto para decidir por él, vulnera los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Política y los Pactos y Tratados Internacionales suscritos por Chile, en específico la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, pues no respeta la autonomía, la voluntad, dignidad, ni las preferencias de esta persona en estado habitual de demencia, pues por un lado reconoce que este sujeto puede ser capaz en ciertos momentos, pero por otro lo priva de manera absoluta de sus autodeterminación⁵³.

Los derechos personalísimos se han entendido como aquellos inherentes a la persona por el solo hecho de serlo, cuya limitación atentaría contra su dignidad y que, según la ley, solamente pueden ser ejercidos por su titular. Y a su vez este, para poder ejercerlos, debe poseer lo que algunos han denominado como capacidad natural, “definida como la capacidad de entendimiento y juicio suficientes para comprender, dada una determinada situación, el alcance y las consecuencias de la decisión a adoptar”⁵⁴.

Lo anterior deja en claro el grave problema que mencionamos con anterioridad, los enfermos mentales no pueden ejercer estos derechos ya que por un lado, tienen la limitación de no poder obrar por sí mismos en la vida jurídica, y al mismo tiempo, existe la limitante de que, al ser personalísimos, son derechos que no pueden ser ejercidos por un tercero. Nuestro ordenamiento jurídico no se ha hecho

⁵³ SILVA, P. 2017. La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual. Santiago, Thomson Reuters. p.308.

⁵⁴ CUENCA, P., *op. cit*, p.70.

cargo de esta situación, llegando en definitiva al absurdo de que los enfermos mentales no pueden ejercer esta clase de derechos por el solo hecho de estar enfermos, lo que implicaría una “exclusión total de unas esferas de actuación consideradas esenciales”⁵⁵.

Lo anterior se ve acentuado si nos enfocamos en la problemática tratada en los párrafos anteriores. Esto es, que la ley considera que existe un tipo de enfermos mentales que son capaces de decidir a momentos, en los intervalos lúcidos, en virtud de los cuales se les reconoce capacidad criminal, pero no para ejercer derechos tan relevantes como son los personalísimos.

Todo esto nos lleva a una conclusión al parecer ya común en el presente trabajo, no hay motivo para que los enfermos mentales no puedan ejercer los derechos que son considerados como personalísimos, por ejemplo: testar, reconocer un hijo o hija, algunos derechos fundamentales, etc. Siendo el sistema de sustitución o incapacitación un sistema discriminatorio, que vulnera y es contrario a los derechos fundamentales de todas las personas.

En definitiva, y como señala Patricia Cuenca en su texto el sistema de apoyo a la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad:

“la capacidad exigida para la realización de actos personalísimos, debe desvincularse de referencias de la competencia mental y definirse en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias. La regulación de las condiciones para el ejercicio de estos actos debe centrarse en las situaciones y no en los rasgos de la persona. En este sentido, sólo quienes se encuentren en una situación que les impida, por cualquier motivo, conformar o expresar su voluntad por cualquier medio, no podrán realizar estos actos, siendo el plan de apoyo y el establecimiento a un plan personalizado, los que vendrían a facilitar la conformación, expresión y comunicación en todos los otros casos en los que la persona enferma mental

⁵⁵ *Ídem.*

no está impedida de conformar o expresar su voluntad por cualquier medio”⁵⁶.

3. Código Penal y Procesal Penal

La regulación atingente a los enfermos mentales en el Código Penal se encuentra en su artículo 10 N° 1 como causal de inimputabilidad y, por otro lado, en el Código Procesal Penal, en el Título VII del Libro IV donde se regula el procedimiento aplicable.

No deja de llamar la atención que el artículo 10 de nuestro Código Penal, en su numeral 1° señala: “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”.

Por su parte el artículo 456 del Código Civil dispone que si el adulto "se halla en un estado habitual de demencia deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos".

En relación a estos artículos, nos parece atingente rescatar la siguiente reflexión: creemos que el legislador comete una discriminación no sólo arbitraria, sino además grave al establecer en materia Penal que los dementes son responsables por los actos que estos ejecutan durante un intervalo lúcido. Esto, y como ya hemos adelantado, porque cae en una imprecisión al hablar de intervalos lúcidos, pues se rechaza su existencia de manera unánime en el mundo científico. Por otro lado, hace que las personas que padecen enfermedades mentales, en virtud de las cuales el sujeto caería en una causal de inimputabilidad, sean imputables en estos momentos de lucidez, pero, al mismo tiempo, le niega a estas personas la posibilidad de decidir por sí mismos en la vida Civil sin distinción alguna.

Esta situación nos parece por lo menos particular, ya que si bien estamos de acuerdo con el ya mencionado régimen mixto para determinar los requisitos de la exención de responsabilidad que nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha

⁵⁶ CUENCA, P., *op. cit.*, pp.73-84.

hecho suya, y en virtud del cual se establece que la enfermedad debe haber perturbado la conciencia y voluntad de la persona al momento de realizar el acto para que esta pueda ser considerada inimputable en razón de dicha enfermedad; creemos que el problema radica en el hecho que esta misma situación no se replique en sede civil, pues las consecuencias que se derivan de un acto de relevancia jurídico-penal genera un impacto indescriptiblemente mayor a la vida cotidiana de la persona las que podrían derivar de un acto con significación civil.

Lo anterior tiene sentido ya que en nuestro derecho se ha establecido un sistema de sustitución del incapaz, también denominado de incapacitación, en cuya defensa se ha señalado que no es arbitrario ni antojadizo ya que no es la discapacidad misma o las deficiencias por sí solas las causas de incapacitación del sujeto, sino que las consecuencias que de ellas derivan, es decir, la imposibilidad de autogobierno. Es esta última causa lo que lleva al sistema a buscar algún mecanismo de protección idóneo para las personas que padecen alguna enfermedad mental, pero la realidad dista mucho de ser esa, en la práctica el impedimento de autogobierno no es más que un elemento adicional a considerar al momento de tomar la decisión de incapacitar a un sujeto⁵⁷, “siendo la propia discapacidad, su tipo y gravedad, evaluada conforme a parámetros netamente médicos, el único criterio que parece tenerse en cuenta para determinar su concurrencia”⁵⁸.

Es sensato pensar que la solución de reemplazar la voluntad del incapaz por la de un tercero es una solución práctica y segura, pues claro, la línea que define el intervalo lúcido del intervalo enfermo, es muy confusa y casi imposible de determinar en una gran cantidad de casos, pero es una solución tremendamente vulneratoria también, pues incluso el enfermo mental que no tiene intervalos lúcidos, sigue siendo persona, titular de derechos fundamentales, derechos que en muchos casos podrían verse vulnerados por este sistema.

Es por esto que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se hace cargo del problema planteado y entrega una

⁵⁷ CUENCA, P., *op. cit.*, p.66.

⁵⁸ *Idem.*

alternativa, el ya mencionado modelo de sustitución en la toma de decisiones, “que garantice a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica, sin discriminación alguna, en todos los aspectos de la vida”⁵⁹.

Las conclusiones señaladas con antelación se refuerzan con el hecho de que en Chile no existen disposiciones legales que protejan a los enfermos mentales de discriminación en situaciones tan relevantes para la vida de una persona como son el trabajo y para facilitar el acceso a la vivienda, llevándonos a un escenario bastante adverso donde son muy pocos los enfermos mentales que logran insertarse en la sociedad y mantener un trabajo remunerado⁶⁰.

Por último, y dentro de otras normas del Código Procesal Penal, creemos relevante detenernos en el artículo 458 que señala:

“Imputado enajenado mental. Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el ministerio público o juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando la conducta punible que se investiga en relación a este. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere”.

Este artículo permite una reflexión mucho más profunda de la que uno puede percatarse a primera vista pues dicho en palabras simples, y como se tratará y analizará en profundidad más adelante, tiene como consecuencia que, en caso de que existan antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado -no la certeza, sino que la duda de inimputabilidad-, el procedimiento se paraliza y más grave aún, quedan sin efectos todas las consecuencias que de él derivan, como lo son las medidas cautelares, causando que, por ejemplo, el sujeto sometido a prisión preventiva deba ser dejado en libertad.

⁵⁹ CUENCA, P., *op. cit.*, p.63.

⁶⁰ GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD Y OMS. 2006. Informe de la evaluación del sistema de salud mental en Chile usando World Health Organization - Assessment Instrument for Mental Health Systems (WHO-AIMS). Santiago, Gobierno de Chile, Ministerio de Salud y OMS. p.7.

La enfermedad mental en el sistema penal, y en específico en los artículos citados en este acápite será analizada con mayor profundidad en otros capítulos de esta investigación.

4. Otros cuerpos normativos

El sistema normativo Chileno no tiene un tratamiento orgánico de la enfermedad mental en general, por lo que debemos recurrir a diversos cuerpos normativos para un estudio y análisis de la cuestión.

Encontramos entre los principales textos que regulan el asunto la Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, la Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, la Ley 20.584 sobre Derechos y deberes que tienen las personas en relación con actividades vinculadas a su atención en salud. También encontramos regulación de carácter administrativo en el Código Sanitario y en el Decreto 570 de 28 de agosto de 1998 que Aprueba el Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y sobre los Establecimientos que la Proporcionan.

a) Ley 18.600

La Ley 18.600 publicada el 19 de febrero de 1987 que establece normas sobre deficientes mentales, en su artículo primero regula normas de trato para los discapacitados enfermos mentales, señalando que la prevención, rehabilitación y prevención de enfermedades constituyen derechos para quien adolece de una enfermedad mental y deberes para su familia y la sociedad toda.

Esta ley considera discapacitado mental a toda persona que “como consecuencia de una o más limitaciones psíquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”.

La misma ley nos entrega un estándar de medición de la discapacidad y clasifica esta. Por otro lado se encarga de regular una interdicción especial, que no es la misma que la regulada por el Código Civil, la cual puede requerirse por el padre o madre del menor enfermo mental ya certificada la discapacidad, solicitando se decrete la interdicción definitiva por demencia y se nombre también un curador definitivo. Luego la ley trata una serie de materias que no son atingentes a nuestra investigación.

b) Ley 20.422 y reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad

La Ley 20.422 contiene normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, regula el procedimiento administrativo para establecer la condición de discapacitado mental de una persona. Esta ley, tiene entre sus objetivos “asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, obtener su plena inclusión social, asegurar el ejercicio de sus derechos y eliminar cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad”⁶¹. Los encargados del cumplimiento de las medidas de ésta Ley son el Servicio Nacional de Discapacidad, el Consejo Interministerial, el Consejo Consultivo de la Discapacidad, el Registro Nacional de la Discapacidad, las Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, los Ministerios y las Municipalidades.

La Ley cuenta con un procedimiento determinado en caso de vulneración de las garantías consagradas en ella, ya que establece claramente que ante una acción u omisión arbitraria o ilegal que produzca perturbación o privación en el ejercicio de los derechos que la ley consagra, se podrá recurrir ante el Juez de Policía Local del domicilio del discapacitado para que adopte las medidas necesarias, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes. Ésta posibilidad de acción, nos parece un gran avance en materia de protección de derechos de los discapacitados, ya que otorga de manera clara un procedimiento oportuno para el restablecimiento de las

⁶¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LA LEY. 2012. Evaluación de la Ley 20.422. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Publicada el 10 de febrero de 2010. Chile, Cámara de Diputados de Chile, Departamento de evaluación de la Ley. p.9.

garantías.

La Ley define en su artículo 5to quienes son personas con discapacidad, señalando que son discapacitados aquellos “que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, esta definición comprende varias situaciones y asimila al paciente psiquiátrico con personas que presentan discapacidades intelectuales o cognitivas.

Respecto al proceso de calificación y certificación de la enfermedad mental la ley trata en el Título II, artículos 13 y ss el proceso. Señala que “corresponderá a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez dependientes del Ministerio de Salud y a las instituciones públicas o privadas, reconocidas para estos efectos por ese Ministerio, calificar la discapacidad”. El mismo artículo señala que el procedimiento puede iniciarse a petición del propio sujeto al que se le realizará el análisis, por su curador o tutor -es decir por quienes lo representan-, o por las personas o entidades que lo tenga a su cargo.

El artículo 14 por su parte señala que:

“Un reglamento de los Ministerios de Salud y Planificación señalará la forma de determinar la existencia de una discapacidad y su calificación. Este reglamento deberá incorporar los instrumentos y criterios contenidos en las clasificaciones internacionales aprobadas por la Organización Mundial de la Salud”.

Es posible evidenciar en la normativa recientemente citada que la ley entregó el desarrollo del sistema de calificación y certificación de la discapacidad a la potestad reglamentaria. A raíz de esto, un problema que hemos podido detectar gracias al informe del Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados, es que la implementación del sistema de calificación y certificación demoró bastante en quedar en concordancia a los principios que inspiran esta ley y a lo que dicta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial a la

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debido al retardo en la dictación del reglamento, lo que generó que se aplicaran las normas de calificación y certificación de la discapacidad de la ley 19.284 de 1995, norma que no se adecua a los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Ley señala que el reglamento debe emanar del Ministerio de Salud y Planificación, reglamento que debía dictarse antes del año 2010, pero que debido a trabajos en paralelo del Ministerio de Justicia, Servicio de Registro Civil e Identificación, Servicio Nacional de Discapacidad y Ministerio de Planificación -estos últimos quienes trabajaban en un reglamento sobre el Registro Nacional de Discapacidad- por procurar una terminología similar en ambos reglamentos solicitaron la suspensión de su tramitación. Esto derivó en que se viera altamente dilatada su dictación, publicándose recién el 13 de agosto de 2013⁶².

Por otra parte el artículo 14 señala que “La calificación de la discapacidad deberá hacerse de manera uniforme en todo el territorio nacional, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de las personas con discapacidad a los derechos y servicios que la ley contempla”. Nos parece curiosa esta norma, pero ampliamente positiva. Creemos que pocas leyes hacen referencia directa a la descentralización y el acceso igualitario a la justicia y procedimientos que garantizan los derechos establecidos en la Constitución y Tratados internacionales a nivel nacional. Estamos conscientes del centralismo que impera en las instituciones públicas, y consideramos que en términos prácticos el mandato que entrega la Ley al hacer referencia a la aplicación uniforme en todo el territorio nacional intenta emplear los mismos criterios de calificación en todo el país y por tanto en nuestro ordenamiento jurídico, es por esto que celebramos esta norma.

Ya entrando de lleno en el proceso de calificación, la Ley señala que una vez solicitada esta, deberá efectuarse en un plazo de veinte días hábiles contados desde la solicitud del trámite. Señala el mismo artículo que “Toda persona tiene derecho a la recalificación de su discapacidad por la Comisión de Medicina Preventiva e

⁶² CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LA LEY, *op, cit*, p.36.

Invalidez, previa solicitud fundada del interesado. No podrá solicitarse la recalificación más de una vez en cada año calendario, a menos que esta solicitud se fundare en hechos o antecedentes nuevos, no vinculados a las circunstancias que dieron lugar a la calificación”. Nos parece acertada esta norma, ya que es necesario contar con posibilidad de recalificación de la situación de quien padece enfermedad mental, sobretodo en consideración a los avances de la ciencia en materia de psiquiatría, en que día a día se generan nuevos estudios y tratamientos, entendiendo que la enfermedad mental puede tener una mutación a lo largo del tiempo y desarrollarse de distintas maneras en cada paciente.

El proceso de calificación deberá abordar las condiciones de salud y la deficiencia mental de quien se supone es enfermo mental. Es decir determinará si es que existen o no trastornos mentales.

El artículo 17 del reglamento señala que “La Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, una vez que certifique la discapacidad, remitirá los antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción”.

Por su parte el reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad publicado el 16 de octubre de 2013 en su artículo 7 señala que:

“La calificación del grado de discapacidad responderá a criterios técnicos unificados (...) y comprenderá tanto las condiciones de salud que presente la persona y que le pueda causar discapacidad, como el nivel de desempeño funcional y los factores sociales y ambientales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su inclusión social. Así mismo en dicho manual se fijarán los procedimientos de cálculo para la determinación del grado de discapacidad global, que además se expresará en porcentaje”.

Creemos que es necesario considerar el entorno social en que se encuentra inmerso quien sufre de una enfermedad mental para así poder calificar de manera acertada, por otro lado consideramos imprescindible la calificación técnica, debido a los conocimientos científicos que son necesarios para determinar si efectivamente se padece de tal condición.

En lo relativo a la discapacidad por enfermedad mental en específico el reglamento señala en su artículo 9 una de las causas de discapacidad, señalando de manera expresa la deficiencia mental por causa psíquica, definiéndola como aquella que “presentan las personas que padecen trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes, derivada de una enfermedad psíquica”. Además señala en el artículo 10 que la discapacidad se calificará en grados según su alcance, señalando que hay personas sin discapacidad, con discapacidad leve, con discapacidad moderada, discapacidad severa y discapacidad profunda.

Respecto al procedimiento para la calificación de la discapacidad, regula detalladamente la serie de acciones que deben seguirse para lograr la posterior inscripción de la discapacidad en el Registro Civil. En primer lugar en el artículo 11 señala -al igual que en la ley 20.422- que la solicitud puede efectuarse por el interesado, las personas que lo representen o quienes lo tengan a su cargo. Señala que podrán hacer la calificación las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez, y las instituciones públicas y privadas reconocidas por el Ministerio de salud.

Dispone el mismo plazo de 20 días hábiles que nos da ley, y establece en el artículo 11 un conjunto de requisitos: “Nombre completo y cédula nacional de identidad, domicilio, número de teléfono y/o correo electrónico del interesado o requirente, si lo tuviere, edad, sexo, estudios, ocupación u oficio, si corresponde, otros informes, exámenes o certificados que la persona tenga en su poder, pudiendo indicarse el nombre del profesional o de la institución tratante, informe de Evaluación Biomédico-Funcional, Informe de Desempeño e Informe Social y de Redes de Apoyo, si los tuviere.”

Luego de presentada la solicitud, la entidad pública o privada que fue determinada para realizar la calificación deberá desarrollar una evaluación biopsicosocial según lo dispuesto en las normas técnicas que fije el Ministerio de Salud y además deberá elaborar un expediente del caso. Mientras se realiza la calificación la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, será la encargada de autorizar cualquier diligencia complementaria para la realización de la calificación. En general la comisión podrá autorizar interconsultas, informes de otros

profesionales, informes de otros establecimientos asistenciales, disponer la concurrencia de un profesional o representante de la institución patrocinante a la sesión en que se trate con el discapacitado y pedir antecedentes clínicos a los profesionales que hayan intervenido en el tratamiento de la persona que está siendo calificada.

El reglamento es claro al señalar que corresponderá exclusivamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez certificar la discapacidad, la cual debe plasmarse en un documento diseñado por el Ministerio de Salud en que se contengan todos los antecedentes de identificación del interesado, la institución que llevó a cabo el procedimiento de calificación de la discapacidad, el grado de discapacidad, la causa de esta y el periodo por el cual certifican este estado.

La Ley en el artículo 17 señala que “Una vez finalizado el proceso de calificación, la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, dispondrá de un plazo de 5 días hábiles para verificar la coherencia administrativa y técnica de la propuesta de calificación de discapacidad de la persona, para certificar la discapacidad. Dicha institución podrá rechazarla, o bien, certificar la discapacidad rebajando o aumentando el grado de discapacidad propuesto en la calificación.”

Luego en el artículo 18 señala que:

“Si la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez rechaza la certificación de discapacidad o rebaja el porcentaje de la misma, propuesto en la calificación, notificará de ello a la entidad calificadora y al interesado, quienes podrán, de manera fundada y en base a antecedentes nuevos o complementarios, requerir por única vez la revisión de la certificación anteriormente realizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez. En este caso, el plazo de cinco días hábiles se contará desde la fecha de la nueva solicitud de certificación.”

Finalmente la Ley señala que una vez que se acredita la discapacidad la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez remitirá los antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción en el Registro Nacional de Discapacidad.

Ante esto es lógico preguntarnos ¿por qué, como hemos señalado anteriormente en esta memoria, en el caso de encontrarnos con un enfermo mental sometido a un proceso penal tiene prevalencia el informe psiquiátrico mencionado en el artículo 458 y no la aplicación de la ley 20.244 y su desarrollo mediante el reglamento en comento? Esta interrogante será resuelta al final de éste apartado, luego de analizar toda la normativa relevante al asunto, ya que surgen las mismas interrogantes al desarrollar los demás códigos, leyes y reglamentos relativos a la discapacidad.

Luego la ley aborda una serie de materias como las medidas para la igualdad de oportunidades, desarrollo de medidas de accesibilidad, medidas para la igualdad en el acceso a la educación e inclusión escolar, inclusión laboral, exenciones arancelarias y entrega las funciones de los diferentes organismos que crea la Ley, entre otras, las cuales no serán analizadas al no ser atingentes al desarrollo de esta investigación.

c) Ley 20.584

La Ley 20.584 publicada el 24 de abril de 2012 sobre Derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud está enfocada en regular la atención de salud de los discapacitados.

La Ley define quienes son prestadores de salud, señalando que son todos aquellos cuya actividad sea entregar prestaciones de salud. En su artículo segundo la ley entrega un principio que creemos base para la aplicación de ésta y el trato a los discapacitados en general, el citado artículo señala “Toda persona tiene derecho, cualquiera sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes”.

Creemos que este principio informador es clave para determinar el trato en general que el ordenamiento jurídico debe darle a los discapacitados, en particular a

los enfermos mentales. En primer lugar rescatamos que la ley no haga diferencia entre la atención brindada por centros públicos o privados, lo que nos parece unifica el estándar y entrega una regla de trato que debe ser la guía en las relaciones con los enfermos mentales.

Sostenemos que esta norma es aplicable en materia de enfermedad mental y proceso penal, al entrar en el ámbito de las medidas cautelares y de seguridad que se cumplen en recintos psiquiátricos. Más allá que la ley haya sido dictada en consideración a la atención en salud, creemos que las medidas recién nombradas, justamente, tienen detrás el supuesto del artículo 10 N° 1 del Código Penal que considera inimputable a un enfermo mental, por tanto reconoce su fragilidad y la protección con que debe contar. Nos parece que la citada mención a una prestación de salud de manera oportuna y sin discriminación arbitraria debe ser el principio rector dentro de los recintos hospitalarios.

El artículo 4 por otro lado señala: “Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud”. Esta norma nos parece otra directriz fundamental relativa a las exigencias de trato para con los enfermos mentales en los recintos psiquiátricos. Creemos que deja la puerta abierta a la aplicación de estándares acordes a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que según el artículo 5 inciso segundo de la Constitución ésta norma forma parte de nuestro derecho interno, por tanto está vigente dentro de nuestro país.

El artículo 5to incorpora al ordenamiento jurídico el derecho a un trato digno. La Ley es clara al señalar en el citado artículo que “en su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia”. Para procurar el efectivo cumplimiento del trato digno promovido por la normativa, entrega una serie de medidas que deben seguir los prestadores de salud, entre estas menciona que deben velar por que se use un lenguaje inteligible durante la atención, porque las personas discapacitadas puedan recibir la información, que los establecimientos “adopten actitudes que se ajusten a

las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y porque las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre”; y velar porque se respete y proteja la vida privada y la honra de la persona. Creemos que todas estas instrucciones, que según la ley asegurarían un trato digno, son concordantes con lo que hoy promueve el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se preocupa de reforzar el derecho a la identidad y la honra, entregando una mayor independencia a todo aquel que sufre de discapacidad.

En el Párrafo 4to la Ley hace referencia al derecho de información que asiste a toda persona recluida en un centro de atención. En el artículo 8vo la Ley establece que el prestador de servicios debe brindar información suficiente, oportuna, veraz y comprensible sobre las atenciones de salud que ofrece, las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos y las instancias para poder efectuar comentarios. Lo que nos parece más importante es el final del artículo citado que señala: “Los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.”

En el artículo 10 la Ley señala que toda persona tiene derecho a que se le informe de forma oportuna y comprensible, el estado de su salud y aquello que nos parece más interesante, las alternativas de tratamiento para su salud. El mismo artículo hace referencia a la información entregada a enfermos mentales, señalando

“Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente”.

En este artículo podemos observar un típico caso de sustitución de voluntades, en que no se toma en consideración al enfermo mental. Creemos que la

ley debe contener alguna referencia al sentir y las preferencias del enfermo mental diagnosticado, ya que como hemos demostrado a lo largo de esta investigación se ajusta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nos parece se adecua a un trato justo, sin discriminaciones arbitrarias.

Por otra parte el Párrafo 6to que se refiere a la autonomía de las personas en su atención de salud habla del consentimiento informado, estableciendo en el artículo 14 que:

“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16. Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.”

Esta norma sin la posterior adecuación que debe darse en el caso de los discapacitados por enfermedad mental, no parece conforme. El problema está en que en Chile existe un sistema de sustitución, que designa un curador que no cuenta con la obligación legal de tomar en cuenta las preferencias y sentimientos del discapacitado mental que representa. La ley intenta velar por un consentimiento que no adolezca de ningún vicio, pero el problema creemos radica en que el legislador al momento de configurar toda la normativa relativa a discapacitados, olvidó la condición de personas con características particulares de cada individuo. Creemos importante, sobre todo al hablar de consentimiento ilustrar en concreto qué significa someter a un enfermo mental a medidas de seguridad. Cuando un discapacitado mental es internado en un recinto psiquiátrico, sea de manera provisoria o definitiva será sometido a tratamiento y por ende se le prescribirán una serie de medicamentos que alterarán su conducta. Creemos imprescindible, sobre todo a la hora de administrar psicotrópicos, que cambiarán drásticamente la personalidad del imputado la consideración de sus sentimientos y expectativas respecto al tratamiento, ya que al hablar de tratamientos psiquiátricos y el consumo de psicotrópicos estamos justamente determinando cómo se desarrollará la personalidad de una persona, es decir, cómo se mostrará al mundo exterior y podrá en definitiva relacionarse con los demás tanto en el mundo jurídico como en el de las

relaciones sociales.

El Párrafo 8vo de la ley hace referencia específica a los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Una norma que nos parece atenúa un poco lo criticado en el párrafo anterior, es el artículo 24 referido a los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, que señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento.” Por otra parte el artículo 26 señala que:

“El empleo extraordinario de las medidas de aislamiento o contención física y farmacológica deberá llevarse a cabo con pleno respeto a la dignidad de la persona objeto de tales medidas, las cuales sólo podrán aplicarse en los casos en que concurra indicación terapéutica acreditada por un médico, que no exista otra alternativa menos restrictiva y que la necesidad de su aplicación fuere proporcional en relación a la conducta gravemente perturbadora o agresiva. Estas excepcionales medidas se aplicarán exclusivamente por el tiempo estrictamente necesario para conseguir el objetivo terapéutico, debiendo utilizarse los medios humanos suficientes y los medios materiales que eviten cualquier tipo de daño. Durante el empleo de las mismas, la persona con discapacidad psíquica o intelectual tendrá garantizada la supervisión médica permanente.”

Consideramos positivos que se haga referencia expresa a la dignidad de la persona, a un lapso de tiempo de aplicación de medidas específico y por sobre todo que hable de proporcionalidad en la conducta, pero volvemos a realizar la crítica de la voluntad suprimida. Entendemos que quien se encuentra en la condición de enfermedad mental puede opinar respecto a sus gustos, preferencias, sentimientos y percepciones, los que debieran ser analizados por profesionales y por mandato de ley ser considerados en la aplicación de todas las medidas que impone tanto el Código como la ley en comento.

También nos parece interesante comentar el artículo 28, donde se señala que ninguna persona que padezca enfermedad mental y que no pueda expresar su voluntad podrá participar de una investigación científica. Hasta aquí nos parece acertado ya que sería concordante no solo con los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, sino también con los tratados internacionales de Derechos Humanos en los cuales somos parte. Sin embargo la norma continúa y señala:

“En los casos en que se realice investigación científica con participación de personas con discapacidad psíquica o intelectual que tengan la capacidad de manifestar su voluntad y que hayan dado consentimiento informado, además de la evaluación ético científica que corresponda, será necesaria la autorización de la Autoridad Sanitaria competente, además de la manifestación de voluntad expresa de participar tanto de parte del paciente como de su representante legal.”

La norma recién citada nos parece gravemente injusta y arbitraria. No entendemos cómo el legislador en materias tan importantes como la persecución penal o el acto de reconocimiento de descendencia, no atiende a la voluntad de los incapaces, lo que sí ocurre cuando está involucrado el enfermo mental no como sujeto protagonista de la actividad, sino que como objeto de esta. Es por ello que nos parece que esta norma es totalmente antojadiza. No por esto dejamos de reconocer el avance que significa considerar las preferencias del inimputable, pero creemos, debe expandirse de manera igualitaria y uniforme en todo el ordenamiento jurídico, no sólo para la conveniencia del avance de la ciencia.

Finalmente creemos importante rescatar el artículo 29 que señala:

“Sin perjuicio de las facultades de los tribunales ordinarios de justicia, el Ministerio de Salud deberá asegurar la existencia y funcionamiento de una Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y de Comisiones Regionales de Protección, una en cada región del país, cuya función principal será velar por la protección de derechos y defensoría de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en la atención de salud entregada por los prestadores públicos o privados”.

Nos parece positivo reforzar la protección a los discapacitados en consideración a su condición. Creemos que esta figura debería ser ampliable en muchos otros casos, en particular, en los que se ven involucrados agentes que responden a grupos minoritarios, es por esto que celebramos la creación de del “*ombudsman*” en derecho comparado y de esta Comisión Nacional de Protección de Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

d) Código Sanitario

Por su parte el Código Sanitario trata la enfermedad mental en sus artículos 130 y ss., donde se establece en su artículo 130:

“El Director General de Salud, resolverá sobre la observación de los enfermos mentales, de los que presentan dependencias de drogas u otras sustancias, de los alcohólicos y de las personas presuntivamente afectadas por estas alteraciones, así como sobre su internación, permanencia y salida de los establecimientos públicos o particulares destinados a ese objeto. Estos establecimientos cumplirán con los requisitos que señala el reglamento”.

El artículo 131 establece: “La internación de las personas a que se refiere el artículo anterior, puede ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia. El reglamento establecerá las condiciones de estos tipos de internación.” Clasificando los distintos tipos de internación, las que se estudiarán en profundidad en los otros capítulos de esta memoria.

El artículo 132 por su parte señala:

“En los casos de ingreso voluntario la salida del establecimiento se efectuará por indicación médica o a pedido del enfermo, siempre que la autoridad sanitaria estime que éste puede vivir fuera del establecimiento sin constituir un peligro para él o para los demás. La salida de las personas internadas por resolución administrativa será decretada por el Director General de la Salud, aun cuando se trate de un enfermo hospitalizado en un establecimiento particular. El Director General podrá autorizar su salida a

solicitud escrita de los familiares o de los representantes legales y bajo la responsabilidad de éstos, para su atención domiciliaria, previa autorización médica y siempre que se garantice el control y vigilancia del enfermo en términos que no constituya peligro para sí ni para terceros. Los enfermos mentales, los que dependen de drogas u otras sustancias y alcohólicos ingresados por orden judicial saldrán cuando lo decrete el Juez respectivo.”

El artículo es claro al establecer de qué modo podrán abandonar los recintos hospitalarios cuando las personas sean internadas administrativamente y judicialmente. Es plenamente concordante con toda la regulación penal, el establecer que la salida de quien ha sido internado por resolución judicial debe ser suspendida, revocada o cualquier otra circunstancia que implique calificación, sólo por el juez.

Al analizar esta normativa no podemos olvidar la regulación del artículo 464 del Código Procesal Penal: “Internación provisional del imputado. Durante el procedimiento podrá ordenar, a petición de alguno de los intervinientes, la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando concurrieren los requisitos señalados en los artículos 140 y 141, y el informe psiquiátrico practicado al imputado señalare que éste sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentara contra sí o contra otras personas”.

Del artículo precedente, y los artículos 140 y 141 del mismo Código Procesal Penal, se desprende que, para la internación provisional del imputado demente, es menester que se presenten dos requisitos a saber; en primer lugar los presupuestos de aplicación de cualquier medida cautelar personal, y en segundo lugar el informe psiquiátrico que se practique al imputado, en el que se señale el delito que se le imputa y que el imputado, por su enfermedad mental, es peligroso para sí mismo o para terceros.

Lo anterior no sería consistente con la regulación del Código Sanitario de la internación provisional del demente por vía judicial, lo que genera un conflicto al existir dos normas que regulan un mismo asunto, pero que exigen presupuestos

diferentes. La resolución a este problema será tratada en el apartado final de este capítulo, en que se resuelven de manera global todos los problemas que genera la vigencia en paralelo de las diversas leyes y reglamentos referidos a la enfermedad mental.

e) Decreto 570 del Ministerio de Salud

En lo relativo al Decreto 570 del Ministerio de Salud hay varias normas que nos parece interesante comentar.

En primer lugar establece en el artículo 1ro que:

“Corresponderá al Estado ejercer acciones de fomento y protección de la salud mental de la población, detectando y previniendo situaciones de riesgo que puedan afectarla, así como velar porque se ejecuten las actividades de recuperación y de rehabilitación de las personas enfermas, ya sea que ello se realice con sus propios recursos o a través de entidades privadas autorizadas para estos efectos.”

Nos parece importante entregar de manera expresa al Estado la obligación de velar por la protección de la salud mental de la población. Creemos de todos modos, que al estar consagrado dentro del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Política de la República el derecho a la salud, este igualmente comprende el derecho a la salud mental, por lo que es un derecho ampliamente protegido por vía de recursos y garantías.

El artículo 7 por su parte establece que:

“Se considerará afecta a esta reglamentación a toda persona que sufre de una enfermedad o trastorno mental, que deba ser internada en un establecimiento destinado a tal objeto. El diagnóstico de una enfermedad o trastorno mental corresponderá exclusivamente al médico, el que podrá requerir de la coparticipación de un profesional psicólogo y/o de la colaboración de otros profesionales de la salud, con el fin de obtener una evaluación integral del sujeto.”

La norma es concordante con la mayoría de la normativa encargada de la regulación de la enfermedad mental, que entrega la resolución y calificación sobre si alguien es discapacitado y padece de una enfermedad mental a un experto médico, quien puede solicitar ayuda de otros peritos expertos.

El artículo 8 señala que “Todo proceso de tratamiento psiquiátrico que requiera proporcionar internación a una persona con enfermedad o trastorno mental utilizará preferentemente, el medio menos restrictivo de sus derechos y libertades personales. Corresponderá al médico tratante decidir técnicamente la elección del medio que resulte más adecuado.”

No podemos dejar de mencionar aquello que ha venido siendo criticado a lo largo de toda la investigación, se consideran las preferencias del médico tratante, pero en ningún momento la ley exige que se consideren las preferencias de quien está siendo sometido a tratamiento, es decir el enfermo mental.

Refiriéndonos más a materia procedimental, el artículo 9 señala que:

“Para proceder a cualquier tipo de internación u hospitalización de una persona con enfermedad o trastorno mental, la medida deberá ser indicada por un médico cirujano, preferentemente que cumpla las condiciones de médico tratante que señala el artículo 6 número 7 y, sólo en el evento de no existir este último, en la localidad o que, habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional, por otros médicos cirujanos. En este caso, la medida deberá ser evaluada y confirmada por un médico tratante o por el mismo, previamente asesorado por aquél, dentro de un plazo de 72 horas, de lo que se dejará constancia en la ficha clínica. Sólo procederá la internación psiquiátrica cuando concurren una o más de las siguientes condiciones: a) Necesidad de efectuar un diagnóstico o evaluación clínica que no pueda realizarse en forma ambulatoria. b) Necesidad de incorporar a la persona a un plan de tratamiento que no sea posible de llevarse a cabo de manera eficaz en forma ambulatoria, atendida la situación de vida del sujeto. c) Que el estado o condición psíquica o conductual de la persona represente un riesgo de daño físico, psíquico o psicosocial inminente, para sí misma o para terceros.”

El artículo 10 por su parte establece que “Atendiendo al grado de aceptación de la internación, ésta puede ser voluntaria y no voluntaria. Constituye una internación voluntaria aquella que nace de un acuerdo libre e informado entre el paciente y su médico tratante basado en la comprensión de la indicación médica y/o la solicitud de la propia persona”. Luego el Decreto desarrolla una serie de clasificaciones y definiciones. En el artículo 11 señala cuáles son las internaciones no voluntarias señalando que “Constituyen una internación de carácter no voluntario, las siguientes: a) La de urgencia no voluntaria, b) La administrativa, y c) La judicial.”

En el artículo 14 establece que:

“Se considerará una internación administrativa, aquella que ha sido determinada por la autoridad sanitaria, a partir de la iniciativa de la autoridad policial, de la familia, del médico tratante en el caso del inciso tercero del artículo anterior o de cualquier miembro de la comunidad, con el fin de trasladar o internar en un centro asistencial, a una persona, aparentemente afectada por un trastorno mental, cuya conducta pone en riesgo su integridad y la de los demás, o bien, altera el orden o la tranquilidad en lugares de uso o acceso. En el caso de que el paciente no consienta a su traslado, el apremio físico a que deba ser sometido, será el mínimo indispensable para el efecto de ser conducido al establecimiento asistencial. El cuidado de la persona y de su conducta disruptiva si se presenta, será acordado en cada caso, entre la autoridad policial y de salud presentes, aplicando un criterio de colaboración eficaz y de salvaguardia de la integridad física y psíquica del supuesto enfermo y de los terceros que puedan verse severamente afectados. En todo caso, el auxilio de la fuerza pública deberá ser siempre proporcionado en la oportunidad que lo solicite la autoridad sanitaria, en conformidad con el artículo 8º del Código Sanitario. Si el traslado es realizado por personal y vehículos dependientes de un centro asistencial o de instituciones encargadas del transporte de enfermos, los procedimientos de contención que deban utilizarse se ajustarán a los criterios señalados por el Ministerio de Salud, en ejercicio de sus facultades legales. La internación administrativa deberá ser reevaluada cada treinta días con la opinión de otro médico que cumpla con las características de un médico tratante e informada a la

autoridad sanitaria que la ordenó hasta la proposición de su alta.”

Los principales problemas que podemos encontrar en la reglamentación anteriormente citada son en primer lugar que corresponderá al médico tratante resolver acerca de la capacidad de consentir del paciente, así como entregar, la información que sea necesaria, para que éste alcance el conocimiento, de acuerdo a su capacidad de comprensión. Define formas de internación no voluntaria sin límites y dando a los profesionales forenses, potestades casi omnímodas sobre los pacientes. El reglamento hace referencia a las acciones que la ley contempla, pero no define ni prevé adecuadamente medidas cautelares de los derechos de los pacientes afectados. Existe una marcada falta de objetivación y de criterios científicos en relación con las situaciones que impiden a una persona resolver por sí misma y transfieren tales posibilidades a los representantes.

f) Comentarios en general a estos cuerpos normativos

En primer lugar debemos comentar que la terminología que ha sido utilizada en los textos anteriormente analizados para referirse a la enfermedad mental es poco precisa. Mucha veces no hace diferencia entre discapacidad mental, que es la producida por una enfermedad mental y discapacidad cognitiva, que es la que se produce por un déficit de tipo intelectual. Se habla de discapacidad mental para referirse tanto a deficiencias psíquicas como cognitivas.

Hemos esbozado la interrogante de la aplicación preferente que tendría una u otra norma en la declaración de enfermedad mental en una persona. Para la investigación en curso, lo realmente atingente es determinar, respecto de quien se ve sometido a la persecución penal mediante la aplicación de un procedimiento penal en concreto, cuál de todas estas normas de declaración de demencia debemos ocupar. Tenemos que tener claro que una cosa es la interdicción, otra es la calificación y certificación de discapacidad y otro supuesto es la calificación de discapacidad que realiza el informe psiquiátrico del artículo 458 del Código Procesal Penal.

El Código Sanitario en su artículo 131 establece los distintos tipos de

internación que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico, éste señala que “La internación de las personas a que se refiere el artículo anterior, puede ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia”. Ante esto surge la duda sobre qué tipo de internación primará en cada caso, y sobretodo, que tipo de calificación o informe deberá realizarse para determinar cuando estamos en presencia de un enfermo mental.

El conflicto entre el Código Procesal Penal y el Código Sanitario, se resuelve, cuando se trata de la imputación de un delito, aplicando el principio de especialidad y temporalidad, consagrados en los artículos 4 y 13 y artículos 52 y 53, todos del Código Civil, respectivamente, principios rectores del Derecho, según los cuales debiera primar la regulación del Código Procesal Penal por sobre las del Código Sanitario.

Sostenemos lo anterior porque, en primer lugar, el Código Procesal Penal es posterior al Código Sanitario, por lo que habría una derogación tácita de las normas de éste último según el ya mencionado artículo 52 del Código Civil. En segundo lugar, porque el Código Procesal Penal tiene mayor rango que el Código Sanitario. Y por último por un tema de especialidad de las normas por sobre las del Código Sanitario, aplicándose lo establecido en el artículo 4 y 13 del Código Civil según los cuales primará la norma que regula el caso específico, por sobre aquella que regula la materia de forma más genérica⁶³.

Además de todo lo anteriormente señalado, debemos hacer hincapié en que al momento de analizar la imputación de un delito siempre prevalecerá la Constitución Política de la República, la que en según el artículo 83 inciso 3ro hace perentoria la aprobación judicial previa⁶⁴.

Respecto del conflicto entre el Decreto 570 o el Reglamento para la Calificación y Certificación de la Discapacidad y el Código Procesal Penal debiera también primar el Código Procesal Penal, surge un problema, ya que el Código

⁶³ DEFENSORÍA NACIONAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS. 2007. Informe en Derecho. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 4. p.13.

⁶⁴ DEFENSORÍA NACIONAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS, *op. cit.* p.14.

Procesal Penal, como hemos analizado a lo largo de esta investigación, no tiene una regulación completa y bien estructurada de la enfermedad mental en el proceso, lo que nos lleva a importantes vacíos legislativos cuyo resultado implica una vulneración sistemática de derechos fundamentales no solo del enfermo mental, sino también de la sociedad y las víctimas. De esto se hablará en el capítulo III de la presente memoria, enfocándonos en las medidas cautelares personales y más específicamente en la internación provisoria y el problema que surge en la práctica con el informe psiquiátrico que se ha de solicitar cuando existen sospechas de que el imputado pudiere padecer alguna enfermedad mental como requisito indispensable para la procedencia de esta medida cautelar personal.

Lo anterior nos lleva a concluir que nuestro ordenamiento jurídico impide tener una adecuada certeza y seguridad acerca del tratamiento general y de la ubicación precisa y acotada de ciertas instituciones. Esto como resultado de las carencias, vacíos o desajustes de la regulación actual, que generan un marco jurídico relativo a la salud mental marcado por una variedad y confusión en los conceptos; una superabundancia de medidas adoptables frente a un paciente poco dotado de protecciones y de herramientas de autonomía y defensa de sus derechos.

Frente a lo señalado precedentemente y a lo largo de todo el presente capítulo, podemos concluir que existe un grave conflicto entre dos paradigmas; nuestra legislación tradicional y la legislación que pretenda implementar el modelo social que consagra la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad. Como ya hemos señalado, el estatuto tradicional supone que los enfermos mentales son incapaces, lo que deriva naturalmente en el reemplazo o subrogación del enfermo en la toma de decisiones. El modelo social de la Convención por su parte, no supone esta incapacidad a primera ratio, sino que establece la necesidad de generación de un modelo de “acompañamiento y apoyo”, reconociendo así una autonomía en la persona que sufre una enfermedad mental, considerándose, en definitiva, capaz para tomar decisiones válidamente, pues, y como bien señala Patricia Cuenca, “este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de la personas con

discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan.”⁶⁵

El reconocimiento de capacidad es, a nuestro criterio, sumamente relevante, pues como señala Rafael Barreto, “la condición de no ciudadano o subciudadano impuesta a personas con discapacidad surge, en muchos sentidos, de la negación de su capacidad jurídica”⁶⁶ “privar la capacidad civil niega per se la ciudadanía”⁶⁷. En definitiva, es la sociedad la que debe acomodar sus estructuras económicas y políticas respetando a los que son diferentes, siendo una carga de la sociedad toda buscar la inclusión y como consecuencia natural de ello, respetar los derechos y dignidad de las personas con discapacidad⁶⁸. Es por ello que asumir que el enfermo mental es incapaz per se, por el solo hecho de padecer una enfermedad mental no solo es discriminatorio, sino que lo reduce a un objeto de derecho, negándole su personalidad y autonomía, ya que “la ficción legal de la capacidad jurídica subyace muchos derechos fundamentales, incluyendo la participación social y el disfrute de una vida en igualdad de condiciones con los demás. Así, exigir la capacidad jurídica para todos los seres humanos es esencial desde un enfoque de derechos humanos, de la ciudadanía y de la justicia social.”⁶⁹ Es por ello que la Convención viene a suprimir este presupuesto de incapacidad arraigado en la mayoría de las legislaciones, cuestión que se refleja en la exigencia de igualdad formal que se refleja en el artículo 12 de la misma, tratado con anterioridad.

Lo que busca la Convención con este nuevo sistema, es otorgarles esta autonomía que les había sido despojada en razón de este sistema de sustitución ya tratado. Busca que los Estados Partes tomen medidas y hagan ajustes razonables, orientados a transitar desde este régimen de sustitución, que considera a la persona que padece de alguna enfermedad mental como un sujeto meramente receptor de asistencia, a este régimen de apoyo que desplaza el foco de la discapacidad más, para centrarse en las barreras sociales que impiden a estas últimas poder incluirse

⁶⁵ CUENCA, P., *op. cit.*, p.71.

⁶⁶ BARRETO, R., *op cit.*, p.180.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ FINSTERBUSCH, C. 2016. La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos [en línea] Revista *Ius et praxis*, Vol. 22, N°2. p.229. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/734>> [consulta: 10 enero 2019].

⁶⁹ BARRETO, R., *op cit.*

en la sociedad en igualdad de condiciones.⁷⁰ En otras palabras, la instauración de un régimen de apoyo que busca auxiliar a los enfermos mentales en lo que sea necesario -y discapacitados en general- para tomar decisiones de acuerdo con sus preferencias y deseos, y no sustituir su voluntad por el simple hecho de estar enfermos. Para ello, es un elemento esencial de este régimen la confianza, pues, independientemente del enfoque o modelo teórico al que se adhiera, tanto en el lineal como el enfoque de capacidad circunstancial, la persona requiere de un tercero de confianza que lo apoye, lo guíe y en definitiva lo asista, entregándole las herramientas necesarias para que pueda tomar una decisión acorde a sus deseos y preferencias.⁷¹

En definitiva, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad impone el reemplazo del sistema de sustitución, basado en la discapacidad del sujeto, el cual es, y como ya hemos señalado en varias oportunidades, gravemente reducido en su calidad de persona a un objeto del derecho, para llegar a este modelo social, basado en la autonomía del individuo, que se enfoca en las barreras sociales que no le permiten ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, sistema que a nuestro criterio, es más acorde con los derechos humanos y la legislación nacional e internacional atinente al tema.

II. Evaluación de capacidad para enfrentar un juicio

Una interrogante relevante para el estudio en cuestión es ¿quiénes efectivamente pueden verse sometidos a la persecución penal originada cuando se les imputa la comisión de un hecho típico y antijurídico?. Nuestro Código Penal aborda la enfermedad mental en su artículo 10 N° 1, señalando que el loco o demente se encuentra eximido de responsabilidad criminal cuando se halla privado totalmente de razón.

Para determinar entonces, quién se encuentra en el supuesto del artículo 10 N° 1 es necesario realizar una evaluación del estado mental del imputado. Este

⁷⁰ FINSTERBUSCH, C., *op cit*, pp.227-252.

⁷¹ BARRETO, R., *op cit*, p.197.

examen es tratado por el Código Procesal Penal en el Libro IV, Título VII relativo a la aplicación de medidas de seguridad, Párrafo 2° sobre el sujeto inimputable por enajenación mental.

En lo relevante a la investigación, analizando la norma desde un punto de vista crítico y a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobretodo de la normativa atingente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos parece que el Código Procesal Penal adopta un trato discriminatorio y no acorde al principio de asistencia que impulsa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el procedimiento de determinación de imputabilidad y en particular en el procedimiento en el cual se ve envuelto el incapaz enfermo mental.

En primer lugar el artículo 458 se refiere al imputado enajenado mental, señalando la suspensión del procedimiento cuando aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado. La suspensión del procedimiento a la que se refiere este artículo nos parece acorde a la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que se abre la puerta a un trato igualitario, conforme a las medidas especiales que se deben tomar por parte de un sistema jurídico cuando se está en presencia de personas con discapacidad. No habla de antecedentes que sean estrictos, sino que podría ser indicios de enfermedad mental por incongruencias en la manera de expresarse del imputado o por informes médicos anteriores. Además en la solicitud debe indicarse la conducta punible que se le atribuye, lo que consideramos coincide con el principio de congruencia.

Por otro lado el artículo se refiere a la elaboración de un informe psiquiátrico realizado por especialistas en psiquiatría, el cual debe ser según la doctrina: “completo, científicamente fundado, claro en el desarrollo de sus consideraciones y conclusiones, que explique la relación entre la enfermedad mental que padece el sujeto, el hecho o los hechos punibles que se le atribuyen y la peligrosidad de su conducta futura”⁷². La fórmula parece adecuada, no así el tratamiento que la

⁷² HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L., *op. cit*, p.124.

legislación entrega a quien, una vez remitido el informe se considera enfermo mental. Como hemos podido esbozar a lo largo de la presente investigación el Código Procesal Penal suprime por completo la voluntad del imputado enajenado mental. El punto crítico, es que esta supresión se da con el solo peso de la remisión del informe psiquiátrico, el cual deja de considerar al imputado como sujeto, y comienza a tratarlo como un objeto de derecho.

En mérito de la prueba pericial el juez y aún más grave, la ley, otorgan una calidad jurídica que a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es discriminatoria, siendo que tienen la obligación de tratar, a quien según el artículo 12 del Código Procesal Penal tiene la calidad de imputado, es decir es un interviniente, quien cuenta con derechos y garantías a lo largo del procedimiento. No negamos que existan derechos y garantías para los enfermos mentales, pero consideramos que debieran responder a mayores estándares.

A continuación el artículo 459 dispone la: “Designación de curador. Existiendo antecedentes acerca de la enajenación mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un curador “*ad litem*” designado al efecto”.

Esta norma nos parece profundamente conflictiva ya que la ley señala que ante la mera existencia de antecedentes, es decir sospechas, sin necesidad de sentencia o del informe psiquiátrico a que hace referencia el artículo 458, o de un informe psiquiátrico concluyente -el que desde nuestro punto de vista debiera ser el estándar exigido- que declare el estado de enajenación mental, quien ejercerá los derechos del imputado será un curador “*ad litem*”. Esta curaduría está tratada en el artículo 494 del Código Civil en dentro de los derechos y garantías que se le conceden a los incapaces⁷³.

Cabe recordar que la configuración del curador en el derecho civil tiene como objeto sustituir la voluntad del imputado, sin contar con un procedimiento formal en que se tome en consideración la voluntad y los deseos del enfermo mental, o en que se busque encontrar la voluntad en el caso de quienes no puedan expresarse

⁷³ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L., *op. cit*, p.119.

claramente. El artículo 12.4. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es claro al señalar 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 derechos, la voluntad y las preferencias de las personas (...)”.

A luz del texto anteriormente citado es claro que el Código no ha sabido adecuarse a las exigencias de la Convención, ya que no considera las preferencias del enfermo mental, y aún más, con la sola existencia de antecedentes, sin siquiera la remisión del informe psiquiátrico referido procede la designación de curador, sin garantizar el ejercicio de los derechos y garantías vinculadas al debido proceso del imputado.

El artículo 462 del Código Procesal Penal se refiere a la resolución del requerimiento de inimputabilidad, señalando “Resolución del requerimiento. Formulado el requerimiento, corresponderá al juez de garantía declarar que el sujeto requerido se encuentra en la situación prevista en el artículo 10, número 1 del Código Penal. Si el juez apreciare que los antecedentes no permiten establecer con certeza la inimputabilidad, rechazará el requerimiento (...)”

El procedimiento del Título VII del Libro IV es aplicable tanto a quien ha cometido un delito siendo imputable y cae en enajenación mental después de que se hubiere formalizado, acusado e incluso esté siendo objeto de alguno de los procedimientos regulados por el Código Procesal Penal, como también respecto de quien era enajenado mental antes de cometer el delito en el cual se le atribuye participación. Es aquí cuando se observa el carácter de política criminal que el Estado de Chile ha querido atribuir a las medidas de seguridad en un régimen en el cual se atiende a una teoría sobre la función de la pena preponderantemente retributiva.

Por otro lado la apreciación en concreto de los informes psiquiátricos presentados como prueba pericial en juicio, serán examinados por el Tribunal Oral

en lo Penal como medios de prueba del tipo informe pericial de acuerdo a la sana crítica.

1. Colisión con las garantías del debido proceso

Ya analizada tanto la normativa nacional como internacional respecto al tratamiento de la enfermedad mental, nos parece adecuado realizar un análisis sobre la adecuación del sistema normativo a las garantías del debido proceso.

Se ha entendido al debido proceso como el conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales, propias de un Estado de Derecho. Este se encuentra recogido en el artículo 19 N° 3 inciso 6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 1 del Código Procesal Penal. Estos señalan respectivamente: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El artículo 1 del Código Procesal Penal señala que “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en éste Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

No pretendemos desconocer el avance que ha significado la dictación del nuevo Código Procesal Penal en relación al tratamiento de los enfermos mentales. Antiguamente a la ley le bastaba que el sujeto fuera declarado inimputable para poder aplicar medidas de seguridad, sin siquiera discutir el grado de participación en el delito, cosa que con la dictación del Código se ha corregido, pero de todas formas creemos que la normativa debiera ajustarse aún más a los modernos principios del Derecho Internacional, sobre todo a aquellos inspirados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como lo señala Patricia Cuenca en su texto relativo a el sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención

internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, quien propone que es el modelo de asistencia, más que el del reemplazo de voluntad, aquel que efectivamente respeta los estándares del debido proceso⁷⁴.

El mensaje del Código señala:

“...entre las innovaciones que vale la pena resaltar se encuentra la incorporación de garantías básicas en el procedimiento aplicable a los inimputables por enajenación mental. Entre estas garantías se encuentran las de limitar las posibilidades de aplicación de una medida de seguridad a aquellos casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico, el reconocimiento del derecho a defensa del afectado, la limitación de la duración de la medida aplicable al tiempo correspondiente a la pena mínima asignada al delito de que se trate y el establecimiento del control judicial de las medidas de seguridad”.

Creemos que a la simple lectura del mensaje se evidencia el tipo de política criminal que el legislador ha intentado adoptar respecto de los enfermos mentales, ya que habla de “incorporación de garantías básicas en el procedimiento”.

Si aplicamos una medida de seguridad, sin determinar previamente la participación del sujeto en un hecho típico y antijurídico, atentaríamos abiertamente contra las garantías del debido proceso, las que exigen según el artículo 1° del Código Procesal Penal y el artículo 19 N° 3 inciso 6to de la Constitución Política de la República la aplicación de medidas de seguridad únicamente en base a una sentencia fundada que haya sido dictada luego de un juicio previo, oral y público, por un tribunal imparcial. No debemos ir muy lejos, ni interpretar la norma de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional para darnos cuenta que es una garantía básica.

Por otra parte, cuando el mensaje habla del derecho a defensa del enfermo mental, nos parece que los estándares quedan bajo lo que hoy en día es considerado por el Derecho Internacional como una garantía básica. Cuando un

⁷⁴ CUENCA, P., *op. cit.*, pp.61-94.

demente interviene en el ámbito jurídico lo hace mediante un curador, y aún más en materia penal no existen normas que aseguren la expresión de necesidades y gustos cuando el enfermo mental no puede darse a entender claramente.

Debemos entonces tratar el ámbito filosófico de la norma. Desde un punto de vista retribucionista el propósito de la pena tiene que ver con aquello que es merecido por quien comete un hecho delictivo⁷⁵, desde un punto de vista consecuencialista o utilitarista tiene que ver en cambio, con conseguir un objetivo con la imposición de la pena⁷⁶. Si analizamos entonces la normativa atingente a los enfermos mentales no debemos olvidar este prisma de la política criminal.

Como ya hemos evidenciado la aplicación de medidas de seguridad está directamente relacionada con castigar en base a la peligrosidad. Se aplica la internación en centros psiquiátricos de los enfermos mentales, no con un fin retribucionista, sino que simplemente se encuadra dentro de la protección de la sociedad, la víctima y el mismo imputado. Creemos que este es un punto muy interesante, ya que hay quienes consideran que la punibilidad y la posterior sanción que va aparejada a la comisión de un hecho delictivo tiene como fin castigar a quien produjo un perjuicio en la víctima. Si lo miramos desde este punto de vista podría efectivamente existir un conflicto entre las medidas de seguridad y la justicia, ya que no se castigaría a quien comete el hecho ilícito, considerándolo según el artículo 10 N° 1 del Código Penal como un inimputable, sino que se le daría reclusión en un centro psiquiátrico basado en su evidente peligrosidad.

III. Enfermedad mental en el Proceso Penal

Respecto a este apartado nos parece esclarecedor el texto El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal Chileno de Horvitz, Valenzuela y

⁷⁵ SZCZARANSKI, F.L. 2015. Rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa [en línea] Revista Ius et Praxis, N° 1. pp. 171-216.<http://app.vlex.com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/retribucionismo+pena/CL/vid/643826657> [consulta: 29 de enero 2019]

⁷⁶ DURÁN, M.M. 2011. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del Neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual [en línea] Revista de filosofía, N° 67. pp. 123-144.<<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>> [consulta: 29 de enero 2019]

Aguirre, publicado en la Revista de estudios de la Justicia en su décima publicación⁷⁷ ya que explica el procedimiento penal relacionado con los inimputables enajenados mentales de manera cronológica.

Coincidimos con muchas de sus conclusiones y creemos que es un texto descriptivo que sigue el orden lógico al analizar el asunto, por lo que no explicaremos el proceso en su totalidad, ya que puede consultarse el texto en cuestión o el mismo Código Procesal Penal para un mayor abundamiento. Es por esto que nos adentraremos en los puntos que nos parecen más problemáticos en el desarrollo del procedimiento o en aquellos que tenemos más comentarios que los que aparecen en el texto en cuestión.

Abordaremos la situación del enfermo mental que comete un delito y es detenido en flagrancia, la posterior audiencia de control de detención, la investigación formalizada, la declaración de inimputabilidad, las medidas cautelares aplicables, el juicio oral, qué ocurre cuando se manifiesta la enfermedad en el curso del procedimiento y la enfermedad mental y otros procedimientos.

1. Flagrancia y posterior control de detención

En lo relativo a la detención en flagrancia de quien se sospecha sufre de una enfermedad mental en primer lugar debemos comentar los protocolos de carabineros al respecto, para luego pasar de lleno a hablar de la regulación del Código Procesal Penal.

Respecto del actuar de carabineros es relevante la circular número 001756 de 13 de marzo de 2013 que regula el uso de la fuerza. Esta instrucción, basada en los artículos 101 inciso 2do de la Constitución Política de la República, 1ero a 4to de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile y el artículo 10 numerales 4to a 7mo del Código Penal, autoriza a Carabineros de Chile a ejercer el uso de la fuerza como una herramienta disuasiva.

⁷⁷ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal Chileno [en línea] Revista de estudios de la Justicia, N° 10. pp.105-139. <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15221>> [consulta: 23 octubre 2018].

Al respecto, sobre todo en lo relevante para este caso, Carabineros ha diseñado un modelo en el cual se esquematiza el uso de la fuerza policial, sin considerar en particular el trato con discapacitados. Considera tres supuestos básicos para la aplicación del uso de la fuerza, en primer lugar el principio de legalidad que establece que el uso de la fuerza sólo puede realizarse en el cumplimiento del deber, en segundo lugar el principio de necesidad, que señala que la fuerza será el último recurso y por último el principio de proporcionalidad que establece un equilibrio entre el grado de resistencia y la intensidad de la fuerza⁷⁸. Creemos que la detención en flagrancia de quien evidentemente cuenta con indicios de demencia debe enmarcarse dentro del último principio enumerado. Consideramos indispensable que en la detención en flagrancia que efectúa carabineros el funcionario policial actúe guiado por el equilibrio entre el grado de resistencia que opondrá un enfermo mental y la intensidad de la fuerza.

En el Código Procesal Penal, la regulación específica del Título VII del Libro IV del Código Procesal Penal en sus artículos 458 y ss. no hace referencia expresa a la detención en flagrancia de personas con aparentes trastornos mentales. No se hace referencia tampoco a la audiencia de control de detención cuando se tengan a la vista antecedentes que hagan sospechar la misma hipótesis.

Ante esto debemos preguntarnos cuál es el procedimiento que debe seguirse. ¿Debe dejarse en libertad al imputado antes de la audiencia de control de detención y solicitar por parte del Ministerio Público la elaboración del informe psiquiátrico? ¿Debe procederse a la audiencia de control de detención y una vez verificada la legalidad de la detención proceder a la formalización? ¿Debe solicitarse la elaboración del informe en la audiencia de control de detención antes de formalizar al imputado?

A nuestro parecer, una solución adecuada a la problemática expuesta es la entregada por la doctrina referida, que hace ver que en caso que se quiera formalizar la investigación -una vez que se ha verificado que la detención es legal-

⁷⁸ CARABINEROS DE CHILE, 2013. Circular 1756. Santiago, Carabineros de Chile.

entrará a ser relevante la consideración de que uno de los intervinientes sufre de un trastorno mental, entonces solamente si es que el Ministerio Público pretende formalizar la investigación o solicitar la internación provisional en contra del imputado resulta relevante cuál sería el procedimiento a aplicar, debiendo designarse un curador *ad litem*.

Entendemos que la designación de un curador "*ad litem*" y de un defensor público responden a los derechos y garantías con los que cuenta el imputado, en específico el imputado que adolece de alguna enfermedad mental durante el curso del procedimiento. La solución de declarar la suspensión de la audiencia de control de detención por su parte tiene directa relación con el remedio entregado por el legislador respecto de un procedimiento que no se inicia por flagrancia, en la cual según las reglas del Título VII del Libro IV del citado cuerpo normativo, se decreta la suspensión del procedimiento y la revocación de cualquier medida cautelar que se encuentre vigente hasta la remisión del informe psiquiátrico por parte del especialista en el asunto.

2. Resguardo del imputado durante la investigación formalizada y hasta su declaración de imputabilidad/inimputabilidad

El procedimiento aplicable a los enfermos mentales y la aplicación de medidas de seguridad, tiene como supuesto base la enfermedad mental, sin importar si al momento de cometer el delito el imputado se encontraba enajenado mentalmente o si cayó en la hipótesis descrita con posterioridad.

El hito que marca el tratamiento del enfermo mental en el curso del proceso penal es la remisión del informe al cual hace referencia el Título VII del Libro IV del Código Procesal Penal en su artículo 458. Respecto a la oportunidad para solicitar el informe, el artículo 458 señala que podrá solicitarse desde la audiencia de control de detención en el caso de flagrancia, hasta en la etapa de juicio oral.

Entre el periodo en el cual éste ha sido ordenado por el juez y se espera su remisión se produce la suspensión del procedimiento.

Debido a que la enfermedad mental puede manifestarse en las diversas etapas de la persecución penal, consideramos relevante referirnos a la normativa que regula al enfermo mental, dicho informe y las opciones con que cuenta el Ministerio Público en cada una de las etapas.

a) Investigación Formalizada

Una vez que se ha formalizado la investigación, es decir en términos del artículo 229 del Código Procesal Penal, una vez que se ha producido la comunicación del fiscal al imputado en presencia del juez de garantía de que se desarrolla actualmente una investigación penal en su contra respecto de uno o más delitos determinados, el fiscal tiene dos posibilidades de actuación si es que considera de que existen sospechas de que el imputado se encuentra en enajenación mental. Por un lado según el artículo 460 inciso 1°, puede solicitar al juez de garantía el sobreseimiento definitivo o temporal, o por otro según los supuestos del artículo 458, puede solicitar en audiencia la realización de un informe psiquiátrico, señalando la conducta punible que se le imputa, lo cual, mientras no sea remitido al tribunal, produce el efecto de que el juez de garantía debe ordenar la suspensión del procedimiento. El requerimiento de aplicación del procedimiento del Título VII del Libro IV del Código Procesal Penal debe cumplir con las mismas exigencias del escrito de acusación.

b) Medidas cautelares idóneas

La aplicación de medidas cautelares en el caso de los enfermos mentales opera de la misma forma en que se contempla para quienes son plenamente capaces. La diferencia reside en que se agregan algunas especiales y en el momento desde el cual pueden aplicarse las medidas, ya que la enfermedad mental es entendida como tal en el procedimiento desde la recepción del informe psiquiátrico.

El estudio de las medidas cautelares en particular y su posterior análisis crítico será desarrollado en el capítulo III de este trabajo investigativo.

c) Juicio Oral

El Título VII del Libro IV en el artículo 463 del Código Procesal Penal contempla una serie de normas especiales. En primer lugar señala que no se podrá seguir conjuntamente un juicio oral contra enfermos mentales y quienes no lo fueran. Por tanto si un delito es cometido por más de un autor, esto derivará en juicios orales separados. En segundo lugar, entrega una norma de excepción.

La regla general es que el juicio oral en que tiene participación un enfermo mental sigue las mismas normas que un procedimiento ordinario, pero cuando el estado del enfermo mental imposibilite el desarrollo de la audiencia, el juicio oral se desarrollará a puerta cerrada sin participación de éste. La norma es clara al señalar que si el enfermo mental se encuentra en condiciones de asistir al juicio oral sin ser un peligro para el mismo o terceros, no puede negarse el derecho al acusado de estar presente en la audiencia de juicio oral.

En tercer lugar señala que la sentencia será absolutoria si es que no se puede constatar la existencia de un hecho típico y antijurídico en que haya tenido participación del imputado, o condenatoria si es que pueden comprobarse los supuestos, caso en el cual se aplicará una medida de seguridad. Esto porque la aplicación de la medida de seguridad tiene que ver con la comisión de un delito, no con la peligrosidad del sujeto, lo que va acorde al mensaje del Código en el cual se establece que se aplicará una medida de seguridad en los casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico.

Por otro lado la estrategia de la defensa y el objeto principal del juicio podrá ser determinar la calidad de imputable o no del acusado, solicitando su exención de responsabilidad fundados en el artículo 10 N° 1, caso en el cual el juicio se seguirá normalmente y el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en su sentencia definitiva determinará como una de las cuestiones principales si el acusado era imputable o no en el momento de comisión del delito.

Lo que es preocupante, es que si se debate como cuestión de fondo como estrategia de defensa la inimputabilidad del acusado, si finalmente se adquiere la

convicción del tribunal de que este padece una enfermedad mental y se dicta sentencia absolutoria basada en la inimputabilidad, no podrá aplicarse una medida de seguridad ya que precluyó la oportunidad de aplicar el procedimiento especial establecido para la aplicación de medidas de seguridad, y porque no se ha probado la peligrosidad del sujeto -en términos del artículo 458- exigida para decretar una medida de seguridad.

3. Sujeto que cae en enfermedad mental durante el procedimiento

El procedimiento del Título VII del Libro IV es aplicable no sólo al sujeto que era loco o demente al momento de cometer el delito, sino también a quien cae en enajenación mental una vez iniciado el procedimiento, o en contra de quien se ha formalizado o acusado si es que se cree puede atentar contra sí mismo o terceros.

Es posible que una vez iniciado el procedimiento, el sujeto al cual se atribuye participación en un hecho punible se enferme con alguna patología mental. En este caso, y al igual que el enfermo mental cuya enfermedad no está declarada y que comete un ilícito frente a la sospecha de inimputabilidad por la existencia de alguna enfermedad mental en el imputado, es necesario que el Ministerio Público solicite, en virtud del principio de objetividad que lo rige, o que el juez decrete de oficio, que se emita un informe psiquiátrico del imputado, ordenándose a su vez, según la etapa en la que se encuentre el procedimiento, la suspensión de éste, o sobreseimiento definitivo o temporal hasta que se evacúe el informe solicitado.

En la práctica, lo que sucede es que el juez oficia al Servicio Médico Legal para que le dé una hora al imputado, y así pueda evaluar la capacidad mental de éste. Para la realización de esta diligencia, la ley no contempla plazos, siendo el juez quien determina el plazo que tiene el Servicio Médico Legal para evacuar el informe, plazo que la mayoría de las veces suele ser mucho mayor en atención a lo saturado que está nuestro sistema, y que no produce sanción alguna para el Servicio Médico Legal su retraso.

De la misma forma, no existe plazo legal establecido para que el Servicio Médico Legal o el perito psiquiatra que sea designado por el tribunal le dé hora al

imputado con la finalidad de evaluar su condición, lo cual es grave si consideramos que muchas veces se trata de trastornos momentáneos, o que pueden desaparecer rápidamente, llevando en definitiva al experto a realizar lo que se ha denominado como una autopsia psicológica⁷⁹, que dificulta el trabajo del perito y lo hace a su vez menos confiable que si se hubiera evaluado al enfermo de manera inmediata.

La suspensión del procedimiento, o sobreseimiento ya sea temporal o definitivo que dictará el juez, una vez que sea remitido el informe, se justifica por la necesidad de un pronunciamiento previo de un especialista en la materia, sin el cual no se puede continuar con el proceso ya que de seguir, se estaría vulnerando un principio básico de la garantía constitucional al debido proceso como es el derecho a defensa.

Otra hipótesis que también consideramos relevante de analizar es la del condenado que cae en enajenación mental. El artículo 482 del Código Procesal Penal prevé la situación del condenado que cae en enajenación mental, estipulando que el juez de garantía, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad que el condenado se encontraba cumpliendo actualmente y dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere.

Deberá entonces, en audiencia solicitada para tal asunto, establecerse la enajenación mental del condenado, y posterior a ello determinar si existieren antecedentes calificados que permitieran presumir que atentara contra sí mismo o contra otras personas, y en caso afirmativo disponer una medida de seguridad, y en caso negativo ordenar que no se cumpla la sanción restrictiva o privativa de libertad.

4. Enfermo mental y otros procedimientos

Respecto de la Suspensión Condicional del Procedimiento, el Acuerdo Reparatorio, ambas salidas alternativas, y el Procedimiento Abreviado existen restricciones en su aplicación cuando el imputado es un enfermo mental. Esto

⁷⁹ PÉREZ, E. 2005. Tareas forenses de la psiquiatría y otros vínculos con el derecho penal y la criminología [en línea] Revista Colombiana de Psiquiatría, Suplemento, Vol. XXXIV, N° 1. p.122.

porque dichos procedimientos tienen como supuesto de aplicación el consentimiento libre e informado del imputado, lo que como hemos descrito a lo largo de éste ensayo según la ley y su modelo de sustitución, no se cumple a cabalidad en los enajenados mentales ya que ha sido demostrado mediante la remisión del informe psiquiátrico que este no tiene la capacidad de autodeterminarse, en términos tales de otorgar el consentimiento que es requerido por la ley en estos casos.

Por lo anterior, cuando el informe psiquiátrico del artículo 458 del Código Procesal Penal señala que el imputado padece de alguna enfermedad mental, no procederá, en caso alguno, la aplicación de un Procedimiento Abreviado, Acuerdo Reparatorio o Suspensión Condicional del Procedimiento, siendo las únicas opciones el sobreseimiento definitivo -en caso que el informe declare que el enfermo no es peligroso para sí ni para terceros- o el requerimiento de una medida de seguridad -cuando el informe señale que el imputado es peligroso-.

CAPÍTULO III

“Régimen psiquiátrico forense”

En este capítulo trataremos el Régimen psiquiátrico forense, para ello, es esencial comenzar por determinar qué es y las funciones que tiene un psiquiatra forense.

I. Psiquiatría forense

Se ha definido la psiquiatría forense como: “una rama de la medicina legal y forense, que comprende el conjunto de conocimientos psiquiátricos y periciales necesarios para la resolución de los problemas que plantea el derecho, tanto en la aplicación práctica de las leyes como en su evolución y perfeccionamiento”⁸⁰. Para comprender qué es la psiquiatría forense, se debe tener en consideración que se trata de una subespecialidad médica, que deriva de la psiquiatría general, pero que incluye trabajo clínico y estudio científico en la múltiples áreas en que se interrelacionan cuestiones legales y de salud mental⁸¹.

Podríamos entender entonces que cada vez que estemos en presencia de una cuestión que implique tanto temas legales como salud mental estaremos en presencia de una relación de psiquiatría forense. Ismael García ha definido el ámbito forense como “la aplicación de la ciencia en contexto de la ley”⁸². De todas maneras, no toda relación entre el derecho y la psiquiatría significa que estamos ante una situación de psiquiatría forense, tal y como señala Ernesto Pérez González, “Entre la psiquiatría y las ciencias penales existen áreas de intercambio no forenses -o no periciales-”⁸³, por lo que para determinar cuándo nos encontramos frente a una práctica psiquiátrica forense, debemos remitirnos a la función de ésta, ya que la psiquiatría, según la forma en la que se relacione con el derecho, determinará su

⁸⁰ PÉREZ, R. 2013. Psiquiatría Forense. España, Universitat Oberta de Catalunya.

⁸¹ FOLINO, O. 2005. Una subespecialización psiquiátrica: La psiquiatría forense [en línea] Revista Colombiana de Psiquiatría, Vol. 34, Supl. 1. pp.129-148. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000500014&lng=en&tlng=es> [consulta: 29 noviembre 2018].

⁸² GARCÍA, I., *op. cit.*, p. 11.

⁸³ PÉREZ, E., *op. cit.*, p.127.

función, pudiendo ser ciencia auxiliar, pericial o forense, asesoría de partes, apoyo de expertos a la investigación criminal o integración a la investigación criminológica.

Para hablar entonces de psiquiatría forense en lo pertinente a esta investigación, nos referiremos sólo a la función pericial de la psiquiatría. Se ha entendido por función pericial cuando “se necesitan respuestas específicas a incógnitas relativas al estado mental de personas de interés penal en momentos concretos de importancia para el proceso”⁸⁴.

Conceptualmente el perito no es considerado parte del juicio ni testigo, esto desde un punto de vista del Derecho probatorio y del procedimiento propiamente tal, sino que es un tercero extraño que viene a coadyuvar a la justicia, asistiendo al tribunal con sus conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio de las cuales se requiere tener conocimientos para la resolución de un conflicto jurídicamente relevante. Mario Casarino define perito como: “toda persona que tiene conocimientos especiales sobre una materia determinada y apta, en consecuencia, para dar su opinión autorizada sobre un hecho o circunstancia contenido en el dominio de su competencia”⁸⁵ o en palabras de Maite Aguirrezabal “un profesional técnico, conocedor a profundidad de un tema y con capacidad de análisis, que pueda servir a un tribunal para establecer una verdad, ya sea por medio de la experiencia o de pruebas técnicas, que determinan un hecho”⁸⁶.

En este sentido, la psiquiatría forense abarca distintas cuestiones jurídicas relevantes, como son; la capacidad para actuar en el proceso judicial -ya sea de la víctima, testigos o el imputado-, la evaluación del estado mental del imputado al momento de cometer el hecho típico y antijurídico que se le imputa, el estudio del daño psicológico que genera el delito a la víctima, determinar la verosimilitud del relato de la víctima o testigos, la responsabilidad del profesional psiquiatra que mal aconseja a su paciente y de lo cual resulta la comisión de algún delito o cuasidelito, determinar la peligrosidad del imputado, etc.

⁸⁴ PÉREZ, E., *op, cit*, p.120.

⁸⁵ CASARIÑO, M. 2015. Derecho Procesal Civil, t. IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p.247.

⁸⁶ AGUIRRAZABAL, M. 2011. La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso. Revista chilena Derecho, Vol. 38, N° 2. pp. 371.

En el ámbito Civil también podemos encontrar participación de la psiquiatría forense, como podemos verlo por ejemplo en la determinación del padre o madre más apto para cuidar al menor en los juicios que dicen relación con el cuidado personal de un hijo menor de edad, la determinación de la capacidad de una persona para celebrar determinado acto o contrato, o para contraer matrimonio, en los juicios de interdicción por demencia, etc.⁸⁷. De lo anterior, podemos concluir que la psiquiatría forense no apunta al tratamiento del enfermo mental, por lo que no tiene como objetivo fundamental estudiar biográfica u ontogénicamente al enfermo mental, sino que demostrar si en él existieron, o existen, en un momento determinado por el interés penal, determinadas condiciones que deben ser aclaradas. Es decir, “No es una psiquiatría con fines asistenciales; no se centra en la persona sino en función del delito”⁸⁸.

La psiquiatría forense, y a raíz de las exigencias que le impone el derecho, es una ciencia que debe relacionarse con distintas ciencias como la criminología, la epidemiología, la psicología forense, la bioquímica, la sexología, dentro de otras materias que la fortalecen y ayudan a que su intervención en el proceso judicial sea más precisa e integral⁸⁹. Para que la psiquiatría forense funcione, y los resultados que deriven de ella sean positivos, es necesario que el psiquiatra domine tanto la interpretación común de la clínica como la categorización penal relativa a estados mentales de personas en diversos roles penales, debiendo ser capaz de “convertir retrospectivamente el resultado de un cuidadoso proceso diagnóstico en función del momento de interés penal y equiparlo a las categorías aplicables al caso”⁹⁰.

Dentro de la función pericial existe lo que se ha denominado como las tareas periciales, las cuales se han definido como “aquellas acciones hechas para dar respuesta concreta a fórmulas penales específicas a determinadas personas de interés procesal, en determinados momentos de interés penal”⁹¹.

⁸⁷ FOLINO, O., *op. cit.*

⁸⁸ PÉREZ, E., *op, cit*, p.121.

⁸⁹ FOLINO, O., *op. cit.*

⁹⁰ PÉREZ, E., *op, cit*.

⁹¹ PÉREZ, E., *op, cit*, pp.121-122.

Ernesto Pérez González ha señalado que principales tareas periciales de la psiquiatría forense que son comunes a cualquier legislación son las siguientes:

- “1. Determinar el estado mental del acusado en el momento de cometer la acción delictiva.
2. Determinar la competencia o aptitud mental para cumplimentar las obligaciones de testigo, acusador o acusado en determinado momento del proceso judicial posterior al hecho delictivo.
3. Establecer la compatibilidad con el régimen penitenciario del reo con trastornos mentales.
4. Determinar el estado mental de la víctima en el momento de sufrir el delito.
5. Determinar posibles secuelas psíquicas en la víctima, como consecuencia de determinados delitos.
6. Validar la confiabilidad del testimonio o de la competencia para testificar en menores de edad.
7. Efectuar exámenes relativos a la competencia para testimoniar y a las falsas confesiones y denuncias en adultos.
8. Peritar a aquella persona que es considerada en supuesto estado peligroso por enfermedad mental o toxicomanía, en razón de valorar cambios en el régimen de aseguramiento terapéutico”⁹².

Por tanto como señala Ismael García, el psiquiatra forense está capacitado para efectuar un diagnóstico clínico del imputado, señalando si es que efectivamente tiene una enfermedad mental, señalando también si es que estamos en presencia de un imputable o inimputable en el marco de la persecución penal⁹³.

No obstante lo antes señalado, nos llama profundamente la atención que en Chile no existe un marco normativo bien definido que regule el régimen psiquiátrico forense, ergo, no existe una regulación precisa de procedimientos, plazos, formas de intervención, etc. lo que nos parece preocupante en atención al bien jurídico que está en juego. Creemos que es de suma relevancia generar este marco normativo, ya que, y como hemos adelantado a lo largo del presente trabajo, son numerosas las normas que dicen relación con el régimen psiquiátrico forense, pero no existe

⁹² PÉREZ, E., *op, cit*, p.122.

⁹³ GARCÍA, I. *op, cit*, p.13.

armonía entre ellas, y peor aún, muchas no están actualizadas, están científicamente erradas, poco precisas e incluso arbitrarias y antojadizas. Lo anterior vendría a solucionarse con un marco normativo que uniforme las normas de nuestro ordenamiento jurídico, permitiéndoles remitirse a él en tanto sea necesario, generando un sistema armónico, actualizado e inclusivo, lo que en definitiva no solo ayudaría a aumentar -o, puesto a la inexistencia actual de ella, crear- la seguridad jurídica de la sociedad en relación a este tema, sino también generaría un ordenamiento jurídico acorde con los tratados internacionales vigentes y ratificados por nuestro país, respetando y protegiendo en definitiva, los derechos humanos de todas las personas.

1. Peritaje

a) Procedencia

El artículo 314 del Código Procesal Penal regula la procedencia del informe de peritos, y establece que:

“El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.”

Por tanto procederá el informe pericial cada vez que la ley lo señale, como en el caso concreto del informe psiquiátrico establecido en el artículo 458, en que se entiende son necesarios los conocimientos especiales de la psiquiatría para determinar la supuesta enfermedad mental y por consiguiente la peligrosidad que es requerida para decretar una medida cautelar o de seguridad.

b) Contenido del informe de peritos

El contenido del informe de peritos en materia penal, está regulado en el artículo 315 del Código Procesal Penal. En él, se señala que éste, sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, deberá entregarse por escrito y contener:

“a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;

b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y

c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.”

El perito por tanto deberá concurrir a la audiencia en la cual sea necesaria la exposición del informe pericial, además de realizar un análisis del estado y modo en que se hallare aquello sometido a peritaje.

La importancia de la concurrencia del perito a la audiencia de juicio, es que permite al juez contextualizarse y obtener mayor información respecto del peritaje, de la forma cómo se hizo y el por qué se hizo así, además de entender las conclusiones. Es importante recalcar que en lo relativo a las conclusiones, resultados, decisiones y resoluciones el perito conforme a los principios o reglas de la ciencia o arte en la que es experto y para lo que se le requiere, busca entregarle al juez la información relativa a las consecuencias que derivan de los resultados obtenidos durante el peritaje y que en definitiva, es lo que el juez necesita para la resolución del asunto.

La exposición de los resultados debe ser minuciosa y exacta, no debiendo usar un lenguaje técnico o demasiado complicado, apuntando siempre a simplificar la información, pero respetando la lógica y la rectitud de lenguaje ad hoc a las circunstancias.

c) Admisibilidad del informe pericial

Los requisitos de admisibilidad del informe pericial en sede penal se encuentran regulados en el artículo 316 del Código Procesal Penal, que señala:

“El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el juez de garantía podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.”

Consideramos necesaria la referencia expresa a las garantías de seriedad y profesionalismo sugerido por la ley, debido al campo en el cual se desarrolla la psiquiátrica, en la que es posible observar diversos estudios sobre una misma materia de manera simultánea.

d) Valor probatorio del peritaje

Tal y como adelantamos en el presente capítulo, por definición la prueba pericial se refiere a elementos que se encuentran ajenos a los conocimientos de una persona común y corriente. Es por esto que es tan necesaria la intervención de los peritos, ya que cuentan con información y experiencia sobre un determinado aspecto científico o técnico que el juez -considerado como un hombre común y corriente- no posee. Cuando de estas ciencias o artes se trata, el juez requiere de un experto que lo instruya con dicha información, la cual es relevante a la hora de dar por probado o no un hecho relevante jurídicamente para la imputación, que en definitiva, ayudará al tribunal a alcanzar la convicción necesaria para dictar sentencia definitiva.

Los problemas a los que se ha de enfrentar el juez son múltiples. En primer lugar, y que está a la vista, los magistrados no cuentan con los conocimientos de un experto en la ciencia o arte para la que se requiere al perito. Esto podría generar problemas, ya que en general quienes ejercen la función jurisdiccional no cuentan con los conocimientos necesarios para interpretar el informe pericial. Es por ello que el legislador ha establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y el de Garantía, como los Tribunales Superiores de Justicia, que conocen tales procesos por la vía de recursos de apelación, de

nulidad y de queja, la valorarán en forma libre, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Lo anterior cobra especial relevancia en materia de peritaje, pues las diversas dificultades a las que se enfrenta un juez promedio frente a la prueba pericial son significativas. No sólo está el hecho de poder comprender y ponderar las conclusiones a que llega el perito o el método utilizado para fundamentar su opinión, sino que el juez también tiene la tarea de determinar si el perito es confiable, y aún más difícil, si la disciplina de determinado perito puede ser considerada científica, técnica o de otra clase.

Es por ello, por estar sumergido a un régimen de valoración de la prueba, que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo, señalando los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron probado, con el objeto de permitir reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia en razón de la socialización de la sentencia como un medio de control de esta.

Conociendo ahora el régimen pericial, podemos darnos cuenta que, tal y como se ha señalado innumerables veces, es un procedimiento donde el sujeto al cual se debe examinar pasa a ser un objeto de análisis, cosificando y en definitiva pasando a llevar su dignidad humana al no tener en consideración en lo más mínimo su voluntad, cosa que, mediante un sistema idóneo de apoyo, sería posible, respetando así sus derechos fundamentales.

II. Medidas cautelares idóneas

Las medidas cautelares en el estudio del Derecho Procesal se han dividido en medidas cautelares reales y personales.

Respecto de las medidas cautelares personales, se ha entendido éstas como aquellas que tienen por objeto privar total o parcialmente la libertad personal del

imputado para asegurar de este modo el ejercicio de la pretensión hasta la ejecutoriedad de la sentencia penal.

El artículo 464 hace referencia a las medidas cautelares personales aplicables a los enfermos mentales. Al igual que las aplicables a los imputables éstas deben ser instrumentales y provisionales, esto ya que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, sino que buscan asegurar la pretensión hecha valer en juicio. La instrumentalidad se refiere según palabras de Jonatan Valenzuela a “considerar que las medidas cautelares no tienen nunca un fin en sí mismas, sino que están determinadas por un fin ulterior dentro del proceso, alcanzable la más de las veces con una providencia principal”⁹⁴ y la provisionalidad tiene relación con que las medidas cautelares no tienen por fin durar indefinidamente en el tiempo.

Las medidas cautelares aplicables a los enfermos mentales son principalmente la internación provisional, el arresto domiciliario, la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada y la prohibición de aproximarse al ofendido o su familia.

La aplicación de medidas cautelares opera desde que se atribuye la calidad de imputado, esto es aún desde la investigación desformalizada. Ante esto surge la interrogante de si pueden aplicarse medidas cautelares ante quien se sospecha es enfermo mental. Se amplía aún más el caso en estudio, ya que debemos preguntarnos si pueden aplicarse medidas cautelares antes de la recepción del informe psiquiátrico, y una vez que éste se ha recibido, siendo ambos supuestos problemáticos desde el análisis de esta investigación.

Para un desarrollo más profundo y esquematizado desarrollaremos la medida cautelar de Internación Provisional la que se asemeja a la institución de la prisión preventiva. En el texto El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno se establece que la medida cautelar de internación provisional del imputado podría aplicarse solamente cuando, por un lado, concurren los

⁹⁴ VALENZUELA, J. 2011. Presumir la responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, N° 14, p.64. <<https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28554>> [consulta: 23 noviembre 2018].

presupuestos de aplicación de las medidas cautelares personales del artículo 140 y 141 del Código Procesal Penal, y cuando el informe psiquiátrico que se practica al imputado señala que el enfermo mental sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentara otras personas, o contra terceros”⁹⁵. Entonces, para decretar la medida cautelar no basta con la enajenación mental, sino que esta debe producir un peligro inminente para la sociedad.

En el caso en cuestión la colisión de derechos es inminente. En el artículo 4 del Código Procesal Penal, dentro del Título Primero, llamado “Principios Básicos” encontramos el principio de presunción de inocencia del imputado. Éste señala que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”, por otro lado, el mensaje del Código Procesal Penal señala que la posibilidad de una medida de seguridad se limitará solamente a los casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico y aún más, el artículo 455 del mismo cuerpo normativo señala que podrá aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico.

Ante esto nos preguntamos. ¿Cuál es la real diferencia entre la aplicación de una medida cautelar de internación provisional, la que puede darse aún en la etapa de la investigación formalizada y una medida de seguridad en los términos del artículo 457 que señala que estas son justamente la internación en un centro psiquiátrico o su custodia y tratamiento?

Si consideramos el tema desde un prisma garantista podríamos determinar que estamos en presencia de una anticipación punitiva, esto porque se aplica una pena de restricción de libertad en los mismos términos de las medidas de seguridad. Para poder establecer entonces si estamos en presencia de una anticipación punitiva, en primer lugar debemos determinar desde qué momento se considera que alguien es efectivamente culpable en Derecho Penal, siendo la respuesta a la que

⁹⁵ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L., *op. cit*, p.123.

adhieren la mayoría de los juristas: desde la afirmación de culpabilidad imputado en la condena⁹⁶.

Por tanto se será inocente hasta que una sentencia condenatoria señale lo contrario. En el caso de las sentencias relativas a los enfermos mentales, estas confirman el pronóstico de que el sujeto podrá atentar nuevamente contra sí mismo, terceros o la sociedad toda, lo que hace imprescindible la aplicación de una medida de seguridad. Lo que ocurre entonces es que se aplica una medida que en términos prácticos busca conseguir los mismos fines y además se realiza en el mismo centro psiquiátrico, sin contar con una sentencia definitiva, sino solamente con el mérito de un informe pericial el cual puede ser ampliamente debatido por diversos informes periciales que señalen lo contrario.

No podemos no hacer referencia a los fines retributivos de la pena, en los cuales se entiende que se pena por la comisión de un delito. En específico en lo relativo a la imputación de enfermos mentales no estamos en presencia de una pena, ya que no se cumplen los supuestos bases de la imputabilidad al estar excluida la culpa mediante el artículo 10 N° 1, por tanto se aplica la medida de seguridad por existir una evidente situación de peligrosidad, situación que también es base de la aplicación de la medida cautelar contemplada como requisito y elemento del informe psiquiátrico. Es por esto que no podemos sino concluir que en el caso de las medidas cautelares en los enfermos mentales efectivamente estamos en presencia de una anticipación punitiva.

Todo esto se ve reforzado con la exigencia del artículo 464 que exige la remisión del informe psiquiátrico que acredite que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieran temer que atentara contra sí u otras personas, es decir da cuenta de la peligrosidad.

Este tema es tratado por Jonathan Valenzuela a propósito de la prisión preventiva, medida cautelar personal análoga a la internación provisional en comento. El autor sostiene que no existe dilema alguno entre la prisión preventiva y

⁹⁶ VALENZUELA, J., *op. cit*, p.62.

la presunción de inocencia, señala que la prisión preventiva se asocia al éxito de la investigación, en cambio la pena a la racionalidad del merecimiento al cometer un hecho típico y antijurídico⁹⁷. Entonces, en el caso en concreto siguiendo la lógica argumentativa antes mencionada, si las medidas cautelares se dictan en base a la peligrosidad y tienen como fin la protección del imputado, la víctima y la sociedad toda, y las medidas de seguridad son dictadas en base a la peligrosidad, ambas responden a los mismos fundamentos, por lo que no podemos negar el carácter anticipativo que tendrían estas medidas.

Yendo al análisis de otra problemática que surge en esta medida cautelar, debemos dilucidar respecto al periodo en el cual puede aplicarse la internación provisional, debemos preguntarnos si puede aplicarse antes de la recepción del informe psiquiátrico, y una vez que éste se ha recibido.

Respecto al primer supuesto, es decir la aplicación de la medida cautelar de internación provisional sin la recepción del informe psiquiátrico, debemos comentar varios puntos en cuestión. En primer lugar según los artículos 140, 141 y 464 del Código Procesal Penal mientras no se remita el informe psiquiátrico el procedimiento debe suspenderse no siendo posible la aplicación de medidas cautelares. En pos de proteger garantías fundamentales, aún más reforzadas mediante la aplicación de un procedimiento especial en caso de que se siga un proceso en contra de un enfermo mental, resulta coherente la negativa de aplicación.

Éste punto nos parece problemático, sobre todo en el caso de imputados que se encuentran sujetos a medidas de seguridad en otros juicios llevados en su contra, o el caso del imputado que se sospecha padece una enfermedad mental sorprendido en flagrancia cometiendo un delito que atenta notoriamente contra la seguridad de terceros, el mismo y la sociedad toda, ya que se debe dejar sin efecto la medida que ya se estaba aplicando, y no es posible aplicar una mientras no se remita el informe, periodo de tiempo que suele ser de varios meses. Entendemos que el Código se inspira en el principio de "*indubio pro libertate*" pero consideramos

⁹⁷ VALENZUELA, J., *op. cit.*, p.65.

fundamental contar con soluciones prácticas por parte del ordenamiento jurídico en los casos en que está en peligro la seguridad del imputado o la sociedad toda.

Hay quienes podrían sostener que se haría aplicable la internación administrativa de los artículos 130 y 131 del Código Sanitario, pero como hemos dilucidado en el apartado relativo al ordenamiento jurídico nacional cuando colisionamos las normas del Código Procesal Penal y las del Código Sanitario, tiene aplicación prevalente el Código Procesal Penal ya que establece un estatuto legal especial regulando un procedimiento particular y por lo que dicta el artículo 24 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, tiene prevalencia por haber sido dictadas con posterioridad⁹⁸.

Reforzamos esta idea además sacando a colación que consideramos totalmente arbitrario y vulnerador de las garantías del debido proceso que una autoridad administrativa decida sobre la libertad de una persona, sin intervención de una autoridad jurisdiccional la cual es imparcial e independiente.

De todas maneras la situación en comento nos parece a lo menos preocupante. Creemos deja a los imputados enfermos mentales, las víctimas y la sociedad toda en una situación de vulnerabilidad y absoluta desprotección al permitirse que un sujeto considerado peligroso, independiente si ello se deba a una enfermedad mental o no, en un procedimiento paralelo quede en libertad por un vacío legislativo, fomentando el activismo judicial. En el último capítulo de esta memoria realizaremos un breve análisis jurisprudencial para vislumbrar cómo los tribunales de justicia han dado solución a esta problemática.

A nuestro parecer se debiera resolver de la forma en que se vean menos vulnerados los derechos fundamentales, tanto del imputado como de las víctimas, siendo ésta solución la creación de una medida cautelar llamada internación provisional de urgencia.

⁹⁸ DEFENSORÍA NACIONAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS, *op. cit.*

Planteamos esta institución, en la cual el imputado que se cree enfermo mental y peligroso, desde la detención en flagrancia o la solicitud del informe psiquiátrico, permanezca en un centro psiquiátrico. Si es que se encontraba recluido en un centro de detención ordinario cumpliendo su medida cautelar, creemos debiera pasar a un recinto hospitalario, o si se encontraba en reclusión en el hogar, creemos debiera pasar al cuidado de algún familiar o especialista, todo esto al menos hasta la remisión del informe psiquiátrico el cual puede confirmar las sospechas de enfermedad mental o negarlas, lo que implicaría mantener la internación provisional del sujeto o volver a aplicar las medidas cautelares personales que ya estaban decretadas pero cuya ejecución se encontraba suspendida.

Creemos que sí existen informes o antecedentes anteriores que, sin ser el informe que exige la ley, pudiendo ser por ejemplo la inclusión en el registro de discapacidad del Registro Civil, que acrediten la enfermedad y peligrosidad del sujeto, estos servirían de indicios, los que como la palabra establece, no serían determinantes, pero podrían constituir antecedentes que respalden la decisión de internar provisoriamente de urgencia al sujeto hasta la remisión del informe psiquiátrico, o por lo menos evitar su puesta en libertad para así velar por su propia seguridad y la de la sociedad toda, lo que al ser regulado no atentaría contra las garantías del imputado, entre estas su derecho a defensa. Esto porque, si bien es verdad que la ley en el artículo 458 del Código Procesal Penal, exige que para que el informe psiquiátrico sea válido, éste considere el hecho punible imputado, creemos que el riesgo de dejarlo en libertad es mucho mayor y con mayor razón en el caso concreto que hemos mencionado, pues existen antecedentes que permiten presumir fundadamente dicha peligrosidad.

Creemos de todas formas esta no es una solución definitiva, ya que como comentaremos en las conclusiones, creemos debe establecerse un sistema unificado de determinación de enfermedad mental, que considere calificación administrativa como judicial para la demencia. De esta manera creemos al existir antecedentes al momento de solicitar la medida cautelar estos se tendrían en consideración, sin vulnerar de esa forma garantías fundamentales del imputado, la víctima y la sociedad toda.

No podemos concluir este tema, sin evidenciar la disyuntiva que hay de fondo, por un lado choca la seguridad de la sociedad, víctima e imputado -por el delito asociado a la investigación- con el mandato de la ley que establece la suspensión del procedimiento y la libertad del imputado mientras no se remita el informe psiquiátrico, por otro la presunción de inocencia del imputado, que como analizamos anteriormente podría verse vulnerada con la anticipación de la pena que podría llegar a significar la declaración de una medida cautelar, y por último el hecho de que tratándose de una persona con enfermedad mental previa ya declarada mediante el proceso de calificación y certificación o una declaración judicial el establecimiento de una medida cautelar que lo afecte, constituye un atentado grave a su dignidad y derechos desde el punto de vista de su condición de discapacitado, por lo que debieran aplicarse los más altos estándares de acuerdo a ley y las Convenciones Internacionales vigentes aplicables.

En relación al segundo supuesto, podría entenderse que la suspensión del procedimiento dure hasta que el informe psiquiátrico es enviado o desde que este es recibido por el tribunal, creemos que es más apropiada la segunda interpretación. Una vez que se ha recibido el informe psiquiátrico y se considera que efectivamente el imputado cae en la causal del artículo 10 N° 1, debe ser solicitado por el Ministerio Público de manera precisa la aplicación del procedimiento especial que tanto hemos comentado. La aplicación de las medidas cautelares va desde la resolución provisional que decide aplicar el procedimiento especial al enfermo mental hasta la eventual adjudicación de una medida de seguridad.

Pudimos tener acceso a un estudio sobre los criterios aplicados por la judicatura en la medida cautelar de internación provisional en el Hospital Psiquiátrico Dr. Philippe Pinel durante los años 2013 y 2014⁹⁹ en el que se logra extraer conclusiones de 97 delitos cometidos en que se alegó inimputabilidad. Del estudio se concluyó que existen vacíos legislativos que son subsanados por los jueces de garantía en virtud del principio de inexcusabilidad, sin siempre estar conforme a los

⁹⁹ OSCARIZ, R. 2017. Criterios judiciales para decretar la internación provisional de imputados en situación de enajenación mental en el marco del proceso penal [en línea] Nova Crimis, Vol. 9, N° 13. pp.245-280. <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12382.pdf>> [consulta: 13 noviembre 2018].

principios que guían el actuar en presencia de enfermos mentales, tomando en cuenta en general los jueces la gravedad del hecho y la peligrosidad del sujeto para dictar la medida cautelar.

A pesar de que criticamos que no pueda decretarse la internación provisional en casos de delitos de alta connotación, el estudio concluye que en un 71% de los casos la internación provisional fue dispuesta en audiencia de control de detención sin considerar el informe psiquiátrico, basándose en el juicio que el juez de garantía se forma sobre la peligrosidad del imputado¹⁰⁰.

III. Situación del inimputable bajo medida de seguridad

1. Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad tienen como origen las “*Workhouses*” inglesas, que surgen a fines de la edad media. En ellas se albergaban todas las personas que demostraran algún tipo de desviación, esto con dos objetivos. Por un lado, educarlos y disciplinarlos a través del trabajo, para así convertirlos en personas socialmente útiles. Y por otro, el retirarlos de las calles, lo que implicaría una nueva etapa en la enfermedad mental donde el sujeto desviado era excluido. Posteriormente, mediante la separación entre delincuentes y lo que entonces eran conocidos como locos, se llega a la figura que hasta el día de hoy conocemos como manicomio¹⁰¹.

El surgimiento de las medidas de seguridad propiamente tales tiene su origen en la Escuela Criminológica Positivista, en que las medidas de seguridad se proponen como una alternativa a la pena, en que se aplican estas como un tratamiento que eduque a los delincuentes enfermos mentales para que de esta manera no delincan nuevamente. Todo esto se desprende de los postulados de la escuela en que se parte de la idea de que “ningún ser humano es responsable de su conducta, ya que los sujetos están determinados genética o socialmente a delinquir”¹⁰².

¹⁰⁰ OSCARIZ, R., *op. cit.*, p.277.

¹⁰¹ BERMEJO, J.C., *op. cit.*

¹⁰² OSCARIZ, R., *op. cit.*, p.250.

La aplicación de medidas de seguridad seguida por nuestro Código se entiende desde un planteamiento clásico, como de positivismo naturalista en el cual a quien es imputable y por tanto culpable se le aplica una pena, y a quien es inimputable, considerado merecedor de una causal de exclusión de culpabilidad pero de todas maneras peligroso, se le aplica una medida de seguridad¹⁰³. Es decir el fundamento filosófico de aplicación de las medidas de seguridad es la aptitud para generar peligro del loco o demente¹⁰⁴. Entonces la pena es una respuesta a la culpabilidad y la medida de seguridad frente a la peligrosidad.

Como hemos señalado anteriormente el Código Procesal Penal se ha ocupado del enfermo mental en su Título VII del Libro IV denominado Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad comprendiendo la regulación los artículos 455 a 465.

El tema es abordado por el texto El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso Chileno¹⁰⁵ y explicado en el Código Procesal Penal por lo que no profundizaremos de sobremanera en el articulado del Código.

El artículo 457 señala cuáles son las medidas de seguridad estableciendo la internación en un establecimiento psiquiátrico, la custodia y el tratamiento. En lo que sigue del presente trabajo, analizaremos la internación en un establecimiento psiquiátrico.

Esta medida de seguridad a la luz del Código Penal actúa sólo en el caso de la efectiva comisión de un delito lo que es sólo comprobable mediante una sentencia definitiva condenatoria, sin poder ser aplicable la medida de seguridad por la mera posibilidad de actuar del sujeto, o su condición de enfermo mental. Es decir, las consideraciones personales que surjan a raíz de la declaración de enfermedad mental no bastan por sí solas para la aplicación de una medida de seguridad, ya que debe comprobarse la existencia del hecho, que éste se encuentre tipificado en nuestra legislación como delito y la participación del imputado en él.

¹⁰³ DEFENSORÍA NACIONAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS, *op. cit.* p.4.

¹⁰⁴ VALENZUELA, J., *op. cit.* p.61.

¹⁰⁵ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L., *op. cit.*

Entonces, si a lo largo del procedimiento pudiera comprobarse mediante diligencias de investigación que el imputado no cometió el delito o que habiendo cometido este concurren causales eximentes de responsabilidad, no cabrá más que dictar sobreseimiento definitivo o sentencia definitiva absolutoria dependiendo el estado del juicio en el cual se ventile el asunto.

Este punto es muy relevante para el análisis crítico de nuestra investigación, ya que la aplicación de las medidas de seguridad antes de la dictación y entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal era posible aún en el caso de sentencia absolutoria. Lo anterior porque se concebía la enfermedad mental como un síntoma de personalidad peligrosa, siendo necesaria y suficiente la declaración de enfermo mental del sujeto para la aplicación de medidas de seguridad y no a la efectiva participación en un hecho punible. Esto por el carácter terapéutico con el cual se entendían las medidas, lo que en definitiva habría legitimado la intervención ilimitada sobre el enfermo mental, afectando seriamente la dimensión garantista limitadora de la intervención punitiva estatal¹⁰⁶.

El mensaje del actual Código Procesal Penal recalca éste cambio y señala la restricción en la aplicación de las medidas de seguridad específicamente a “aquellos casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico, el reconocimiento del derecho a defensa del afectado, la limitación de la duración de la medida aplicable al tiempo correspondiente a la pena mínima asignada al delito de que se trate y el establecimiento del control judicial de las medidas de seguridad.”

Del informe psiquiátrico en que se menciona el delito que se le imputa al posible enfermo mental pueden derivar dos resultados; el primero, que el imputado no padece de enfermedad mental alguna -escenario en el cual se retoma el curso del procedimiento y las medidas cautelares personales que hubiesen quedado suspendidas- y el segundo, que el imputado efectivamente padece una enfermedad mental, pudiendo encontrarnos nuevamente ante dos supuestos; por un lado, que en el informe psiquiátrico se declare al sujeto como no peligroso, es decir, no se

¹⁰⁶ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L., *op. cit*, p.108.

considera un peligro para sí ni para la sociedad y por otro lado, que el sujeto sea considerado un peligro para sí o para la sociedad.

Cuándo el informe psiquiátrico declara que el imputado padece una enfermedad mental, pero que no es peligroso para sí ni para los demás, la única opción que tiene el fiscal es solicitar que se decrete el sobreseimiento definitivo según el artículo 460 del Código Procesal Penal, ya que se configurarían las circunstancias de la letra c) del artículo 250 del mismo cuerpo legal. En este caso, existe una sentencia declarativa que afirma la comisión del hecho, pero que, al no ser considerado peligroso, no procede la aplicación de medidas de seguridad, por lo que se deja a la persona enferma mental en libertad. Esta hipótesis cobra relevancia en materia de indemnización civil.

Ahora bien, cuando el informe psiquiátrico declara que el imputado padece una enfermedad mental y que es peligroso para sí y/o para los demás, procedería la aplicación de una medida de seguridad, en este caso, la de internación.

Para la internación de un enfermo mental al cual se le declara peligroso es necesario, además del informe que así lo declara, que existan antecedentes de que cometió el hecho típico y antijurídico que se le imputa, circunstancia en la cual el fiscal debe proceder a requerir una medida de seguridad. Este requerimiento es escrito y debe contener, en lo pertinente, las menciones exigidas en el escrito de acusación.

En caso de que el fiscal requiera una medida de seguridad, el querellante, si lo hubiere, en su escrito a que se refiere el artículo 261 del Código Procesal Penal, puede adherirse al requerimiento, en cuyo caso ejerce su derecho, pero no altera la substanciación del procedimiento, o puede acusar particularmente, por considerar que el imputado no padece de enfermedad mental. En este caso, el querellante deberá acompañar antecedentes que funden su acusación particular, en el sentido de probar la imputabilidad del imputado, ya que la acusación particular vendría siendo una oposición al requerimiento del fiscal.

Ya habiendo precluido las oportunidades procesales de las partes, y

habiéndose presentado el requerimiento del fiscal -y la adhesión o acusación particular del querellante si lo hubiere-, el juez cita a audiencia para evaluar los antecedentes y determinar si efectivamente el imputado es o no inimputable, caso en el cual lo declarará estableciendo que el imputado se encuentra en la situación del artículo 10 número 1 del Código Penal, o de lo contrario, si estima que de los antecedentes es posible concluir que el imputado es imputable, rechazará el requerimiento y el procedimiento -que se encontraba suspendido- seguirá su curso dependiendo si existió oposición del querellante o no.

En caso de existir oposición, el juez ordenará que la acusación se formule por el querellante, produciéndose una privatización de la acción penal pública, pero diferenciándose de lo que regula nuestro Código respecto del forzamiento de la acusación del artículo 258 del Código Procesal Penal, pues en este último caso, el Ministerio Público no acusa por falta de pruebas, en cambio en la oposición del requerimiento de medida de seguridad, existen antecedentes que permiten acreditar la participación del imputado en el hecho punible, pero lo que ocurre es que el Ministerio Público tiene dudas respecto de su imputabilidad.

En caso de no existir oposición, el juez ordenará al fiscal que formule la acusación según las reglas generales.

La sentencia que se pronuncia sobre la medida de seguridad es impugnabile por vía de recurso de nulidad, ya que este recurso es la norma general y supletoria para la impugnación de sentencias dictadas en Juicio Oral.

Respecto de la duración y el control de las medidas de seguridad el artículo 481 se hace cargo de la regulación. En primer lugar, la internación en un establecimiento psiquiátrico nunca puede ser en un establecimiento carcelario, en segundo lugar quien está a cargo del enfermo mental debe informar periódicamente al Ministerio Público, curador y familiares sobre el estado del sujeto. En segundo lugar, siempre existe la posibilidad de revisión de la medida, facultad que puede ser ejercida por el Ministerio Público, el curador o su familia. En tercer lugar, una vez cada seis meses el Ministerio Público debe inspeccionar el lugar en que se encuentre quien está cumpliendo una medida de seguridad, estableciéndose el

deber de información al juez de garantía respecto de la medida de seguridad, quien puede adoptar toda clase de medidas para poner solución a la situación de peligro en que se encuentre el enfermo mental¹⁰⁷.

2. Ejecución de las medidas de seguridad

La ejecución de las medidas de seguridad se regula en el párrafo 4° del Título VIII del Libro IV del Código Procesal Penal, principalmente en el artículo 481 que establece que las medidas de seguridad que se impusieron sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias. La norma también establece que la persona o institución que tuviere a su cargo al enajenado mental deberá informar semestralmente sobre la evolución de su condición al ministerio público y a su curador o a sus familiares.

Varios son los problemas que podemos identificar a primera vista en este artículo.

En primer lugar, el legislador establece que las medidas de seguridad sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias y que en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable. A este respecto, creemos que el legislador comete un error al establecer como máximo la pena mínima probable, pues, como sabemos, el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad del sujeto y no la pena, no siendo las medidas de seguridad una pena en sí. Entonces, el legislador, al seguirse por el tiempo de la pena privativa de libertad que hubiere podido imponérsele, no toma en consideración múltiples factores, como son el tratamiento, el cuál puede quedar incompleto y producir consecuencias perjudiciales en la salud mental del enfermo si este lo deja de un momento a otro; la seguridad del propio enfermo y de la sociedad toda, al tomar la decisión de dejar en libertad al enfermo por el solo límite de la pena probable, sin tomar en consideración los avances que este tenga o las medidas necesarias a tomar para que su libertad no produzca consecuencias negativas; etc.

¹⁰⁷ HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L., *op. cit.* p. 135.

Por otro lado, el legislador le entrega la carga al Ministerio Público, de inspeccionar cada seis meses los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encontraren internados o se hallaren cumpliendo un tratamiento los enfermos mentales en virtud de las medidas de seguridad que se le hubieren impuesto. Esta carga en la práctica no se cumple como se señala, siendo muchas veces los familiares o los mismos enfermos mentales o establecimientos los que terminan solicitando inspecciones o la modificación de errores o abusos.

Lo recién señalado tiene su causa en un sistema deficiente, que no da abasto para que el Ministerio Público pueda velar de una manera minuciosa y según los estándares que el asunto merece. Creemos que es de suma importancia crear un órgano, descentralizado y especializado, que esté a cargo de esta tarea, junto con realizar el informe psiquiátrico que ya hemos tratado en el presente capítulo, esto para que puedan ser gestiones expeditas y minuciosas, acordes con el bien jurídico protegido y que al mismo tiempo se encarguen de velar por los derechos y garantías de las personas que se encuentran en esta situación.

Por último, es el mismo legislador, en el inciso quinto del artículo recién citado, el que nos da la razón, señalando que los enfermos mentales se encuentran internados con la finalidad de ser tratados en su enfermedad, y no como castigo -o pena- por haber cometido un hecho ilícito. Creemos que esto es lo correcto, considerar la medida de seguridad de internación como un tratamiento para ayudar al enfermo mental en su dolencia, resguardando al mismo tiempo su persona y a los demás, por lo que es necesario que el artículo en su totalidad esté en armonía, no pudiendo identificar el tiempo de la pena con el de la internación pues el tiempo de tratamiento puede distar mucho del mínimo atribuible según el ilícito cometido.

A su vez el artículo 457 establece que en ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Esta situación es complicada, pues hace cargo a los Hospitales Psiquiátricos, de los enfermos mentales que han cometido delitos y son considerados como peligrosos, cuando muchas veces, estos hospitales no cuentan con los medios de seguridad e infraestructura para recibirlos.

Actualmente, son varios los enfermos mentales que se encuentran en establecimientos carcelarios, esperando ser derivados a un hospital psiquiátrico, esto porque el sistema no da abasto, lo que es un claro síntoma de los cuidados deficientes que se le entregan, no sólo a los internos por decreto judicial, sino también a aquellos que han ingresado por otros motivos, por ejemplo voluntariamente.

Esto deja en una situación de vulnerabilidad a los enfermos mentales cuya internación se ha ordenado judicialmente, a los demás enfermos mentales que se encuentren en tratamiento con ellos e incluso a los trabajadores de los distintos recintos o instituciones, siendo urgente una reforma en el sistema, donde se mejoren las condiciones no solo de infraestructura de estos recintos, sino también la seguridad y la capacitación del personal.

3. Consecuencias personales

En la regulación de la capacidad jurídica chilena, así como en la Española, se ha acogido el sistema de sustitución en la toma de decisiones, el cual “parte de la configuración tradicional de la institución de la incapacitación basada en un enfoque propio del Derecho privado e inspirada en una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico y en la perspectiva asistencialista”¹⁰⁸.

Lo anterior significa que, y como hemos señalado a lo largo del presente trabajo, el enfermo mental es visto como un objeto del derecho, produciéndose una cosificación de la persona a lo largo del procedimiento ya sea Penal o Civil de incapacitación.

Esto conlleva a que el enfermo no pueda manifestar su voluntad respecto de las decisiones que se tomen, la forma en la que se realizan los distintos exámenes o procedimientos, ni siquiera su preferencia en caso de existir situaciones donde se haya de elegir entre dos opciones equivalentes y que influyan en su persona o vida.

¹⁰⁸ CUENCA, P., *op. cit*, p.71.

Creemos, y como ya hemos señalado, que esta es una consecuencia personal grave, ya que se vulnera, en pos de la seguridad y protección del enfermo mental, en exceso la dignidad y los derechos fundamentales inherentes a él por el sólo hecho de ser personal.

Por otro lado, la internación de un enfermo mental implica un alejamiento involuntario de su familia, la cual es considerada por nuestra Constitución Política de la República en su artículo 1 como el núcleo fundamental de la sociedad. Lo anterior puede ser tremendamente perjudicial para no solo el enfermo, sino también el resto de los integrantes de su familia. En caso que el enfermo mental tenga hijos, surge el siguiente problema ¿qué es lo que pasa con ellos? ¿Cómo se va a desarrollar su relación desde la internación y mientras ésta dure? ¿Quién se hace cargo del niño? Esta es una cuestión de la cual el legislador no se ha hecho cargo, y creemos que es un vacío sensible en la regulación relativa a la enfermedad mental en el sistema penal. Igual situación se da respecto de los demás integrantes de la familia del enfermo, quienes se ven afectados y no se les considera a lo largo del procedimiento, con excepción del que sea designado curador- si es que es un miembro de la familia-. El único caso donde el legislador hace parte a la familia en este asunto, es la obligación que le impone a las instituciones donde se encuentran los enfermos cumpliendo medidas de seguridad, de informar semestralmente a las familias. El resto está regulado en leyes de rango administrativas no uniformes que creemos es menester uniformar y llegar en definitiva a un estatuto donde la familia sea considerada como una parte más.

Por último, creemos que la internación del enfermo mental disminuye considerablemente sus posibilidades de reinserción, esto porque el contacto permanente con enfermos que, la mayoría de las veces están en peor situación que él, podría ser perjudicial para su salud, además de no existir en los centros de internación medidas de integración suficientes -como existen en las cárceles, siendo incluso estas insuficientes aún- que les permitan enfrentar el mundo y la sociedad de mejor manera al momento de la reinserción.

CAPÍTULO IV

“Análisis de Jurisprudencia”

En el siguiente apartado procederemos a realizar un análisis de Jurisprudencia emanada de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y la Excelentísima Corte Suprema, mediante el cual podremos apreciar algunos ejemplos de cómo los tribunales han fallado en juicios en los cuales se ventilan asuntos en los que tiene participación un imputado aparentemente enfermo mental.

En específico analizaremos las decisiones de los tribunales superiores de justicia en torno a causas en las cuales se discuten medidas cautelares antes de la recepción del informe psiquiátrico referido en el artículo 458 en relación al artículo 455. En estos casos como hemos podido concluir en capítulos anteriores, la doctrina ha determinado que las reglas del Título VII del Libro IV del Código Procesal Penal debieran decretar la suspensión del procedimiento y la revocación de cualquier medida cautelar que se encuentre vigente en todos aquellos casos en que se alega el imputado es enfermo mental, suspensión que durará hasta la remisión del informe psiquiátrico referido en dichos artículos.

Nos parece interesante realizar esta aproximación a la jurisprudencia en el asunto, ya que consideramos este punto uno de las mayores problemáticas en materia de enfermedad mental, ya que la interpretación que se genere de la ley permitirá una protección a la víctima, la sociedad y el imputado, quien recibirá tratamiento mientras se determina el estado de su salud mental. Consideramos que la opinión de la doctrina que señala que deben revocarse las medidas y no permitir la internación provisional por este periodo de tiempo no entrega la protección ni el cuidado que requieren los enfermos mentales, lo cual mediante el análisis de jurisprudencia podremos observar se atenúa mediante las resoluciones de los tribunales.

Para este fin utilizaremos dos fallos de la Excelentísima Corte Suprema, individualizados como: Corte Suprema, Causa Rol 28370-2015 y Corte Suprema, Causa Rol 11508-2017, y tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de

Santiago, los cuales son: Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol Criminal 1958-2015, Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol Amparo 147-2017 y Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol Amparo 31-2016.

En lo referido a la Ilustrísima Corte de Apelaciones analizaremos en primer lugar la sentencia de Causa Rol Criminal 1958-2015. En este caso los magistrados del séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago mantuvieron la medida cautelar de prisión preventiva sobre el imputado, a pesar de haber decretado la suspensión del procedimiento a propósito del artículo 458, supuesto en el cual, como hemos analizado debieran suspenderse todas las medidas cautelares vigentes.

En la audiencia de debate sobre la suspensión del procedimiento, los argumentos en torno a los cuales el tribunal accedió a la suspensión de este se basaron fundamentalmente en los dichos de la madre del imputado, quien alegó que su hijo padecía de esquizofrenia y epilepsia. Además luego de una revisión en el sistema judicial de tramitación de causas penales, se logró encontrar un diagnóstico del Servicio Médico Legal en el cual este servicio declaró la epilepsia crónica y esquizofrenia del imputado, sin nunca indagar sobre su imputabilidad. Lo interesante recae en que a pesar de haber acogido la suspensión del procedimiento hasta la remisión del informe psiquiátrico del artículo 458, el tribunal no revocó la medida cautelar de prisión preventiva, esto a pesar de que el Ministerio Público solicitó la sustitución de la medida por la internación provisional del artículo 464.

El tribunal decidió mantener la medida cautelar ya que no se contaba con un informe psiquiátrico que avalara la enfermedad mental. Consideramos fundamental lo establecido en el considerando segundo del fallo, en el cual se refiere a los argumentos de la Presidenta de la Sala del Tribunal de Juicio Oral que señala:

“la suspensión del procedimiento conforme al artículo 458 del Código Procesal Penal, no importa la conclusión de la persecución penal dirigida en contra del acusado, sino solo una paralización temporal del proceso, mientras se evacúa el respectivo informe pericial psiquiátrico que se pronuncie sobre la imputabilidad del acusado, y, en tal sentido, la referida norma no excluye la aplicación de medidas cautelares conducentes a dar protección a la víctima, a

la sociedad o a resguardar los fines del procedimiento, necesidades de cautela que persisten, más aun teniendo en consideración lo que establece el artículo 141 del Código Procesal Penal, que no contempla la suspensión del procedimiento entre aquellas situaciones en que no procede decretar la prisión preventiva. Agrega que solo una vez constatada la inimputabilidad del sujeto, mediante el informe psiquiátrico respectivo, puede considerarse una variación de las circunstancias que permitan revisar su prisión preventiva, la que no podía ser decretada en este momento ya que la norma exige la existencia del referido informe”¹⁰⁹.

En el caso en concreto, se mantuvo la medida cautelar, ya que el imputado contaba con 15 condenas anteriores, lo que según el tribunal ponía en evidencia la peligrosidad del sujeto. Este punto nos llama bastante la atención, ya que el Tribunal de Juicio Oral de una manera práctica dicta la medida cautelar en un inicio basándose en el la letra c) del artículo 140, y la mantiene en base al mismo argumento.

El considerando que nos parece más ilustrativo del razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago es el séptimo que establece

“debe además reflexionarse que entender de otra manera lo dispuesto en el artículo 458 del Código Procesal Penal, nos llevaría al absurdo de que en cada caso que se pusiera en conocimiento de un juzgado de garantía la noticia de una eventual circunstancia de enajenación mental, tendría dicho tribunal que alzar las medidas cautelares existentes sin un mayor análisis de la situación de hecho respecto de cada imputado, lo que no se condice con los fines del proceso ni con la obligación del órgano jurisdiccional de velar por la seguridad de la víctima y de la sociedad”¹¹⁰.

No podemos sino entender que la doctrina y el poder legislativo han interpretado de manera diferente los artículos 458 y 464 a como lo han venido haciendo los tribunales de justicia. La labor de los tribunales de justicia parece una medida necesaria, pero consideramos alberga un elevado activismo judicial.

¹⁰⁹ Corte Apelaciones Santiago. Causa Rol N° 1958-2015 considerando N° 2.

¹¹⁰ Corte Apelaciones Santiago. Causa Rol N° 1958-2015 considerando N° 7.

Otra sentencia que se inclina por el mismo razonamiento es la Causa Rol Amparo 31-2016. En esta el segundo Juzgado de Garantía de Santiago decretó la internación provisional del imputado, cuando se decretó la suspensión provisional del procedimiento en base al tan citado artículo 458.

En la audiencia de control de detención la defensa solicitó la suspensión del procedimiento en base a lo dispuesto en el artículo 458 del Código Procesal Penal basándose en que el imputado contaba con otras tres causas -algunas suspendidas por el mismo motivo, en contra de su madre y sobrino- y por la naturaleza del delito -amenazas en contexto de violencia intrafamiliar- solicitando la víctima, quien es madre del imputado la internación de su hijo en un centro psiquiátrico. Ante esto la defensa alegó que faltaba un informe psiquiátrico actualizado y que coincidiera con las exigencias del artículo 458. En base a las alegaciones y revisando los antecedentes la magistrado decretó la internación provisional considerando que se reunían los presupuestos del artículo 140 letras a), b) y c) y lo dispuesto en el artículo 464 del Código Procesal Penal.

Con estos antecedentes se interpone acción de amparo en base al artículo 21 de la Constitución Política de la República, determinando en su sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago, específicamente en el considerando cuarto que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 140 y 464 del Código Procesal Penal la privación de libertad ha sido dictada por juez competente y dentro de la esfera de sus atribuciones por lo que rechaza el recurso de amparo interpuesto¹¹¹.

Por otro lado también resulta interesante analizar el razonamiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones en la Causa Rol Amparo 147-2017, en la que a diferencia de los dos recursos anteriores, acoge el recurso de amparo y decreta la libertad inmediata del imputado.

En ésta el treceavo Juzgado de Garantía de Santiago mantuvo la medida cautelar de internación provisional pese a que a raíz del artículo 458 se decretó la

¹¹¹ Corte Apelaciones Santiago. Causa Rol N° 31-2016 considerando N° 4.

suspensión provisional de la causa hasta la evacuación por parte del Servicio Médico Legal del informe de peligrosidad a que hace referencia el artículo 464. Como antecedentes en la causa podemos señalar que con fecha 11 de noviembre del 2016 se decretó la prisión preventiva y luego el 16 del mismo mes se solicitó la aplicación del artículo 458 del Código Procesal Penal en base a un informe del Hospital Psiquiátrico José Horwitz Barak en que se diagnosticó al imputado con esquizofrenia. Es a raíz de este informe, que se suspende el procedimiento para realizar el informe psiquiátrico requerido por el artículo 458 y se sustituye la prisión preventiva por internación provisional, aunque el procedimiento estuviera suspendido y no se contara con un informe que especificara la peligrosidad del sujeto como lo requiere el artículo 464.

Es el considerando cuarto aquel que nos parece más atinente al tema de esta memoria, ya que sigue aquello que la doctrina ha interpretado debe desprenderse del artículo 464, este señala que “sin el requisito establecido en el artículo 464 del Código Procesal Penal, referente al informe que debe practicarse al imputado que permita determinar si sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentara contra sí o contra otras personas no podría mantenerse la medida de internación provisional, ya que es necesario contar con el antecedente que determine la peligrosidad contra sí o contra terceras personas”¹¹².

Es en razón de todos estos argumentos que la Corte de Apelaciones de Santiago finalmente acoge el amparo y dispone la libertad inmediata del imputado.

En lo que refiere a la Excelentísima Corte Suprema nos parece muy interesante el razonamiento que ha tenido la Corte, el cual puede resumirse en aceptar la dictación de medidas cautelares antes de la recepción del informe psiquiátrico referido en el artículo 458 del Código Procesal Penal basándose en el artículo 464 del mismo cuerpo normativo.

¹¹² Corte Apelaciones Santiago. Causa Rol N° 147-2017 considerando N° 4.

Esta interpretación puede evidenciarse en la sentencia que rechaza el amparo ante el juez de garantía en la Causa Rol N° 28370-2015. En ésta el tribunal señala que la suspensión del procedimiento que debiera decretar el juez de garantía una vez solicitado el informe psiquiátrico al que hace referencia el artículo 458 no implica una suspensión total del procedimiento, ya que el Ministerio Público puede seguir realizando actos de investigación desformalizada, sino que apunta más a prevenir la participación del imputado en actos en los cuales sea necesaria la expresión de voluntad, la cual debe ser plenamente válida.

Luego de esgrimir esta diferencia la Corte ha señalado que en el caso del artículo 464 al no definir una modalidad o metodología para determinar la enfermedad mental, señalando solamente que el informe de cuenta de “una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales” es posible concluir que puede ser uno distinto del requerido por el artículo 458¹¹³.

Al seguir esta interpretación la Corte en el considerando quinto señala que en la audiencia de control de detención la defensa solicitó la aplicación del artículo 458 al contar con antecedentes anteriores que daban cuenta del estado mental en que se encontraba el imputado, estableciendo el juez en base a estos antecedentes y a la naturaleza del delito que estos eran compatibles con los requisitos demandados por el artículo 464 en relación a las facultades mentales y al peligro que requiere la norma. Por tanto la Corte suprema en el considerando sexto señala que “el Juez de Garantía recurrido no decretó la internación provisional en un caso no autorizado por la ley”¹¹⁴, rechazando el recurso y confirmando la medida decretada por el tribunal inferior.

Resulta interesante también la sentencia Rol N° 11508-2017 en que a raíz de la petición de suspensión del procedimiento vuelve a establecer al igual que en la sentencia anteriormente analizada que:

“la suspensión del procedimiento que se decreta por el Juez de Garantía hasta tanto no se remita el informe psiquiátrico requerido de conformidad al artículo 458 del Código Procesal Penal que confirme o

¹¹³Corte Suprema. Causa Rol N° 28370-2015 considerando N° 3.

¹¹⁴ Corte de Apelaciones Santiago, Rol N° 28370-2015 considerando N° 6.

descarte la sospecha de enajenación mental del encartado, no importa una paralización absoluta del procedimiento, por cuanto dicha suspensión sólo tiene por objeto evitar que se produzcan en el ínterin actos de investigación o jurisdiccionales en los que, de ser efectiva la enajenación, el imputado no podría participar o, al menos, no podría hacerlo ejerciendo adecuadamente sus derechos de defensa”¹¹⁵.

En esa resolución la Excelentísima Corte Suprema establece que pueden solicitarse medidas cautelares a la luz de artículo 464, siendo la internación provisional o las medidas del artículo 155 posibles incluso antes de la recepción del informe psiquiátrico. Concluye la Corte en su considerando cuarto que “el Juez de Garantía recurrido decretó la internación provisional en un caso autorizado por la ley, y no una medida cautelar de prisión preventiva”¹¹⁶ todo en base a una interpretación armónica de los artículos 455, 458, 464, 140 y 141 todos del Código Procesal Penal.

Los votos en contra en este fallo argumentan que no se cumple con el requisito del artículo 464 en que se requiere un informe psiquiátrico que establezca que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentara contra sí o contra otras personas, lo que en el caso concreto no logró acreditarse. Esta parte es la que nos llama más la atención, ya que se evidencia el inminente carácter práctico de las soluciones otorgadas tanto por los Jueces de Garantía, como por la Corte Suprema que en general está por confirmar la internación provisional, rechazando el recurso de amparo ante el juez de garantía comúnmente interpuesto por defensores.

¹¹⁵ Corte de Apelaciones Santiago, Rol N° 11508-2017 considerando N° 2.

¹¹⁶ Corte Suprema, Rol N° 28370-2015 considerando N° 6.

CAPÍTULO V

“Conclusiones”

Consideramos las bases de nuestras conclusiones los presupuestos vertidos en la Constitución Política de la República que establece entre sus garantías el derecho a la protección de la salud y el derecho a la integridad psíquica del individuo, establecidos en el artículo 19 números 9 y 1°, respectivamente y el modelo que ha venido a instaurar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ha venido a ampliar el catálogo de principios sobre los cuales debe darse trato a los discapacitados los cuales están inspirados el paradigma del acompañamiento. Es en base a estos dos pilares que proponemos una serie de críticas, y en algunos casos soluciones a la situación de los discapacitados, las que serán tratadas a modo de conclusión a continuación:

1. Primera Conclusión:

En primer lugar nos preguntamos si era deseable un sistema de apoyo o asistencia.

Con el cambio de paradigma propuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha derribado progresivamente por parte de los Estado suscriptores el modelo de la sustitución, en que el enfermo mental es reemplazado por un representante quien actúa válidamente en la vida jurídica en representación del incapaz. Ante este nuevo paradigma debemos reflexionar en primer lugar sobre la adecuación del derecho interno respecto de la Convención, y también la conveniencia de adecuar el sistema normativo a lo propuesto por ésta.

El artículo 4 relativo a las obligaciones generales de los Estados suscriptores en la letra b) señala la obligación de “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”, por tanto podríamos entender que la normativa del derecho penal

que no ha adoptado un sistema de asistencia, y que margina de la regulación penal al enfermo mental, es discriminatoria y por tanto no conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Entendemos que el derecho interno no ha sabido distinguir entre capacidad jurídica y capacidad mental, conceptos explicado en el primer capítulo de esta memoria. A raíz de esta confusión es que se ha negado un completo ejercicio de la capacidad jurídica, ya que se niega la capacidad de obrar en muchos casos. A raíz de esta realidad es que reflexionamos sobre el modelo que es más deseable; si uno que reemplace voluntades, como el que actualmente existe en el derecho interno o si uno que se preocupe de escuchar al enfermo mental para la toma de decisiones concerniente a su persona.

Por ejemplo el artículo 463 del Código Procesal Penal que señala la continuación del Juicio Oral sin presencia del enfermo mental cuando “su estado imposibilitare la audiencia”. En este caso en concreto podemos observar como resulta más importante para el legislador la continuación del procedimiento, que el íntegro cumplimiento de la Convención.

Creemos que el modelo de asistencia es idóneo ya que, tal como adelantamos en un comienzo, deja de lado el paradigma del sistema anterior ampliamente criticado por la Observación General Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU¹¹⁷ en el cual se hace responsable al enfermo mental de no encajar en la sociedad, estableciéndose el carácter de discapacitados por padecer dicha enfermedad y atribuyéndose, en definitiva, una discapacidad, cuando en realidad, es la sociedad la que lo excluye al no tener un diseño apto para que estas personas se desarrollen y desenvuelvan de manera plena en su vida social y quehaceres cotidianos, siendo esto el mayor causante de esta discapacidad y no el simple hecho de encontrarse enfermos.

Lo anterior es abordado de mejor manera por Patricia Cuenca, que señala en su texto el Sistema de Apoyo a la Toma de Decisiones desde la Convención sobre

¹¹⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *op cit.*

los Derechos de las Personas con Discapacidad que el nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones

“aborda la cuestión de la capacidad jurídica desde los presupuestos del denominado modelo social, el cual entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia -como sostiene el modelo médico- sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de la personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones”¹¹⁸.

De lo anterior podemos concluir que la capacidad jurídica es una construcción social, susceptible de modificación, y que es necesario un cambio en ella para incluir a las personas con discapacidad, y es por ello que este nuevo sistema que busca “analizar la situación de la persona y establecer las medidas necesarias -que pueden consistir en el apoyo de un tercero- para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”¹¹⁹ nos parece el sistema adecuado para garantizar los derechos humanos de las personas discapacitadas.

Aún más, la Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha señalado que todo Estado que ratifique la Convención tiene la obligación de proteger y respetar los derechos de las personas con discapacidad. Esto se cumple entre otros, evitando toda medida que discrimine a las personas con discapacidad y eliminando toda ley que implique un sistema sustitutivo de voluntad¹²⁰.

2. Segunda conclusión:

¹¹⁸ CUENCA, P., *op. cit.*

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *op cit*, p. 15.

Como una segunda conclusión nos parece que es necesario reformular el concepto de enfermedad mental dentro del ordenamiento jurídico, es decir a nivel legal. Creemos que debe establecerse un concepto unitario, el cual sea de aplicación tanto en materia administrativa, civil y penal. Consideramos que un ordenamiento garante de derechos debe distinguir claramente los conceptos de enfermedad mental, enfermedad cognitiva y discapacidad, diferenciando también entre capacidad mental y capacidad jurídica. Del análisis de la Constitución Política de la República, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley 18.600, la Ley 20.422, la Ley 20.584, el Código Sanitario y el Decreto Supremo 570 del Ministerio de Salud pudimos observar cómo el legislador reiteradamente confunde los conceptos de deficiencia física con deficiencia cognitiva, sin tampoco referirse expresamente a la discapacidad.

Creemos que la aproximación a la discapacidad presente en nuestra legislación, debe acercarse a lo propuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Preámbulo, en el cual se afirma que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En esta definición, se deja claro que uno de los grandes problemas que es consecuencia de las discapacidades, no es únicamente la enfermedad o condición que puede estar sufriendo quien es calificado como discapacitado, como podría pensarse en un primer acercamiento, sino que la condición de discapacidad se acentúa aún más en los casos de sociedades poco inclusivas, como lo es el caso de aquella que no contempla un lenguaje preciso para referirse a sus discapacidades, deficiencias que sólo provocan que se agrave la discapacidad¹²¹.

Es por esto que consideramos que una legislación que trate al enfermo mental como sujeto de derecho y que establezca expresamente la consideración a las particularidades y preferencias del enfermo mental generará un sistema más

¹²¹ *Idem.*

inclusivo y justo, lo que se logrará mediante una definición expresa que entienda todas las variantes que incluye la discapacidad por enfermedad mental.

3. Tercera conclusión

En tercer lugar, una vez que analizamos el procedimiento de declaración de enfermedad mental administrativo regulado por la ley 20.422, el procedimiento de declaración judicial mediante la declaración de interdicción regulada por el Código Civil y por el artículo 458 del Código Procesal Penal que establece la elaboración de informe psiquiátrico que, en caso de ser positivo, posteriormente terminará con la declaración de inimputabilidad en términos del artículo 10 N° 1 hemos podido concluir que la discapacidad no está regulada en términos armoniosos y encuentra importantes vacíos legislativos, creando una superabundancia que genera un marco jurídico confuso.

Actualmente en Chile conviven tres regímenes de declaración de interdicción, declaración de discapacidad o calificación y certificación de enfermedad mental entre los cuales existen evidentes problemas. Se ha señalado que existiría un problema de constitucionalidad entre el Código Sanitario, el Decreto Supremo 570 y el Código Penal, ya que hacen referencia a un mismo procedimiento de calificación, pero en distintos supuestos. Ante esto creemos debería unificarse el sistema de calificación en uno sólo, mediante el cual la declaración de enfermedad mental sea realizada por sólo una institución y que está tenga aplicación en todo rango, así contaríamos con una regulación clara sistemática y especializada.

Con esto evitaríamos problemas como aquel que se produce en caso de solicitud de aplicación del procedimiento especial de medidas de seguridad, en el momento en que se solicitan medidas cautelares, en que los tribunales han interpretado que el informe pericial que declara la enfermedad mental establecido en los artículos 458 por un lado y 464 por otro son diferentes. Los jueces mediante un evidente activismo judicial han forzado la norma para poder declarar medidas cautelares cuando se cuenta con antecedentes que hacen presumible la enfermedad mental. Creemos que con un sistema unificado, en que todas las instituciones tanto del poder judicial como del ejecutivo, podrá entregarse

tratamiento al enfermo mental de una manera más oportuna, lo que terminará favoreciendo tanto a víctima, imputado y la sociedad toda.

Creemos debería unificarse la regulación relativa a la salud mental, ya que la cantidad de textos y lo disperso de estos dificulta su aplicación. Nos basamos en los dichos de la OMS, que en su Programa de Acción para Superar las Brechas en Salud Mental del año 2008 identifica la necesidad de los países de contar con una legislación sobre Salud Mental como algo esencial.

El programa reconoce una idea ya tratada anteriormente en esta conclusión, la cual es la “vulnerabilidad de las personas que padecen trastornos mentales, que enfrentan estigma, discriminación y marginalización en la mayoría de las sociedades, con un alto riesgo de violaciones a sus derechos humanos”¹²².

Creemos que una legislación sistematizada basada en los principios del Derecho Internacional de los Derechos humanos entrega un marco jurídico acorde a las garantías del debido proceso. Con esta se previene la vulneración y estigma que sufren los discapacitados y se les otorga de manera clara los canales de acción en caso de vulneración a sus derechos tanto en centros psiquiátricos como por la actividad jurisdiccional.

En materia penal, a propósito de la declaración de inimputabilidad a raíz del artículo 10 N° 1, creemos la solicitud del informe psiquiátrico debiera seguir suspendiendo el procedimiento, pero no debiera ser entendida en términos separados de la calificación que realizan las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez, ya que reconocemos el avance que ha significado la aplicación del reglamento y la experiencia con que cuentan los profesionales llamados a realizar la calificación, que como bien señala la ley pueden ser tanto del ámbito público como privado.

Por otra parte, pudimos detectar que no existen medidas de control idóneas que fiscalicen las decisiones que tomen tutores o curadores en representación de

¹²² OMS. 2008. Programa de Acción para Superar las Brechas en Salud Mental.

los enfermos mentales. Nos parece interesante agregar a la legislación nacional la figura de la autotutela, consignada en el Código Civil español, en el cual en su artículo 223 señala “cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro podrá en documento notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor.” Creemos es una limitación proporcional -en consideración de la importancia del bien jurídico en juego- a las amplias facultades del curador el establecer esta previsión de declaración. Consideramos es algo así como el testamento, pero a lo relativo a una posible declaración de interdicción o calificación.

Otro punto que nos parece muy preocupante a propósito de la designación de un curador es que la ley considera que el enfermo mental puede ser objeto de estudios científicos siempre que otorgue su consentimiento, pero en general en el resto de los casos no reconoce la posibilidad de que un enfermo mental pueda expresarse válidamente. Creemos es una norma antojadiza y ampliamente discriminatoria.

Tampoco existe un procedimiento que garantice el efectivo entendimiento de la persecución penal que es ejercida en contra del imputado inimputable, siendo posible incluso llevar a cabo el juicio sin la presencia del enfermo mental si es que este podría impedir el normal funcionamiento de la audiencia.

Consideramos que en relación a este punto debe atenderse a la capacidad del imputado para comprender por un lado el procedimiento al cual es expuesto y por otro poder participar de manera activa en su defensa, como ocurre en Estados Unidos¹²³. En este punto nos parece interesante rescatar el concepto de aptitud para declarar, concepto del derecho anglosajón, el cual ha sido definido por Gladys Bohórquez como “la presencia de ciertas habilidades”¹²⁴, la autora señala que estas habilidades son “fundamentalmente psicológicas -afectivas, cognitivas, volitivas-, que permiten tomar en forma autónoma una decisión concreta en un momento determinado. Los criterios de capacidad hacen referencia fundamentalmente a las

¹²³ GARCÍA, I. 2015. “Apto para declarar”: ¿diagnóstico psiquiátrico o médico-forense? Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 58, N° 2. p.7.

¹²⁴ GARCÍA, I., *op. cit.*, p.8.

aptitudes para recibir, comprender y procesar racionalmente la información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente”¹²⁵.

Consideramos que el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad requiere la obligación de oír al enfermo mental. Creemos que el sistema tiene que estar orientado a garantizar la total y completa participación del imputado enfermo mental, intentando asegurar la accesibilidad a las gestiones del proceso y considerarlo como un interviniente válido que tiene el derecho de ser escuchado, reformando los procedimientos en los que este participe para asegurar su entendimiento cognitivo, asegurando se plasman sus preferencias en el curso del proceso, siendo obligación del juez intentar socializar el procedimiento, teniendo como mandato subsidiario continuar el juicio sin su presencia.

Creemos fundamental que el enfermo mental pueda a lo menos entender la situación jurídica a la que se ve expuesto, contando con un sistema que procure el máximo entendimiento del imputado, escuchando sus preferencias e interpretando sus sentimientos para de esta manera garantizar que el imputado pueda comprender los cargos en su contra y entender cuáles son los hechos relevantes en su caso evaluando los posibles resultados.

También consideramos esencial un sistema que prevea la revisión periódica de las medidas adoptadas inicialmente, en que se revisen los intereses en juego, donde el interés del enfermo mental prevalezca sobre los intereses de los psiquiátricos forenses a cargo de su internación y los posibles estudios científicos a los que pueda verse sometido.

Además consideramos fundamental otorgar un mayor campo de reconocimiento y acción a los enfermos mentales en lo relativo a los derechos personalísimos, ya que el sistema de sustitución nos parece discriminatorio.

¹²⁵ *Idem.*

Pudimos en lo relativo a las medidas cautelares detectar un importante vacío legislativo. El problema se presenta en el caso de imputados que cometen delitos de connotación social que requieren de una medida cautelar por estar en evidente peligro la víctima, el mismo o la sociedad toda, o en el caso del imputado en contra de quien ya se ha decretado una medida cautelar en otro procedimiento. En ambos supuestos cuando se presenta la hipótesis de enfermedad mental la ley ordena suspender el procedimiento -revocando la medida cautelar anteriormente decretada-, e impide que éste se continúe hasta que se remita el informe psiquiátrico a que hace referencia el artículo 458. El problema que se genera a raíz de esto es que seguir el procedimiento sin el informe solicitado vulnera el derecho a la defensa.

Pudimos detectar cómo este problema ha sido suplido por la actividad jurisdiccional, en que los jueces han fallado a raíz del principio de Inexcusabilidad establecido en el artículo 76 de la Constitución Política de la República que señala que el juez debe fallar aunque no exista ley que se refiera al asunto en específico, o interpretando de manera diversa el informe psiquiátrico referido en el artículo 458 y 464 del Código Procesal Penal.

Creemos la solución al problema anterior reside en permitir aplicar medidas menos intrusivas que la internación provisional en un centro psiquiátrico, o en su defecto dictando nuevas medidas cautelares especiales para quienes según los estándares del Código son inimputables.

Nos parece interesante también adentrarnos en algunas de las funciones del derecho Penal, para así relacionarlo con las medidas cautelares. Para algunos se ha entendido que la prevención de la peligrosidad es uno de los puntos relevantes para el Derecho Penal. Entonces desde este punto a simple vista las medidas de seguridad serían ampliamente efectivas. Si el fin de las medidas de seguridad fuera netamente preventivo entonces deberían existir en nuestro ordenamiento medidas de seguridad predelictuales, es decir que por el solo hecho de ser enfermo mental se entienda a la medida de seguridad con un fin terapéutico sin la necesidad de cometer un delito, pero esto no es así, sólo en el caso de comisión de un hecho típico y antijurídico, en el cual se excluye la culpabilidad se aplicará una medida de seguridad.

Debemos hacer mención a la historia de la ley en este punto, ya que en 1954 con la ley 11.625 sobre “Estados Antisociales” se consagraron medidas predelictuales, sin ser aplicadas finalmente por temas económicos.¹²⁶

Creemos que la aplicación de medidas de seguridad predelictuales en caso de discapacitados sería totalmente discriminatoria.

4. Cuarta conclusión:

Cuando hablamos de enfermedad mental y el proceso penal en primer lugar debemos hacer hincapié en la colisión que se genera entre el derecho a la salud consagrado en el artículo 19 Nro. 9 de la Constitución Política de la República del imputado y el enjuiciamiento que se genera, el cual ha sido ampliamente desarrollado en esta investigación, pero que a grandes rasgos es un procedimiento principalmente preventivo, es decir intenta proteger a la víctima, la sociedad, terceros y al mismo imputado de la peligrosidad que genera la enfermedad mental.

Con el desarrollo de la investigación pudimos detectar como uno de los problemas que surge con las medidas de seguridad, la contraposición entre estos dos grandes regímenes, el proceso judicial y las políticas sanitarias.

Lo anterior, lo vemos pues cuando se aplica una medida de seguridad en vez de una pena, en caso de que exista un sujeto respecto del cual se comprobó la existencia del delito y su participación más allá de toda duda razonable -estándar suficiente para condenarlo a las penas establecidas por la ley según el hecho típico y antijurídico-, pero también respecto de él se comprobó una enfermedad mental, encuadrándose en la causal de inimputabilidad del artículo 10 número 1 del Código Procesal Penal, y cumpliéndose todos los requisitos para ello, el imputado ya declarado culpable no es condenado, sino que se le aplica la medida de seguridad de internación en centro psiquiátrico si es considerado peligroso para sí o para los demás.

¹²⁶ DEFENSORÍA NACIONAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS, *op. cit.*

Más marcado aún podemos ver el caso en el que, respecto de un imputado, se comprueba la existencia del hecho y su participación en él, pero al mismo tiempo una enfermedad, pero que a diferencia con el caso anterior, esta no lo hace peligroso para sí ni para los demás. En tal caso, el fiscal debe solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, dejando al sujeto en libertad.

En ambos casos lo que vemos es un sometimiento del régimen del proceso judicial, que busca establecer una pena por la comisión de un ilícito en virtud de su función retributiva, frente al régimen sanitario, cediendo la primera en su búsqueda de justicia para poder brindarle al enfermo mental, los cuidados que requiere para tratar su enfermedad y evitar cualquier acto peligroso.

Dicho de otra manera:

“es evidente que como el fundamento de las medidas de seguridad no es la culpabilidad por el hecho cometido, sino la peligrosidad del sujeto que se manifiesta en la realización de un delito y en un juicio de pronóstico, no se requiere que la ley establezca previamente la forma y condiciones de aquéllas, sino sólo su adecuación a los principios básicos de garantía que inspiran la moderna doctrina sobre las medidas de seguridad, esto es, los principios de necesidad y proporcionalidad. De allí que sea la sentencia la que deba determinar la forma y condiciones de la medida conforme al tratamiento individualizado que corresponda al sujeto según su enfermedad, peligrosidad, condiciones personales, etc.”¹²⁷.

Siguiendo esta línea, podemos concluir que es el régimen judicial, y su búsqueda de justicia, y la función retributiva de la pena, el que cede cuando nos enfrentamos a un enfermo mental que comete un ilícito penal.

Creemos que si bien es inevitable que la fórmula parezca poco feliz a los ojos de legos, sobre todo la situación del enfermo mental no considerado peligroso, a quién se le deja libre - pero normalmente sujeto a otras medidas de seguridad como

¹²⁷ HORVITZ, M.I. y LÓPEZ, J., *op. cit.*, p.598.

tratamiento o vigilancia-, la verdad es que nuestro legislador acierta en las decisiones tomadas en este respecto.

El enfermo mental no actúa con malicia, no es una persona que tenga pleno conocimiento y control de sus actos, así como muchas veces, no es capaz de distinguir lo bueno de lo malo. Mismo caso ocurre con los menores de 14 años, quienes no tienen el suficiente juicio y discernimiento como para guiar correctamente su obrar, distinguiendo lo bueno de lo malo, o las consecuencias de sus actos, motivo por el cual son considerados inimputables y, de igual forma, no se les aplica una pena cuando han cometido algún ilícito penal, sino que hay normas especiales para estos actos, donde normalmente se establece una amonestación a estos y la entrega de los menores a sus padres, quienes, a lo menos civilmente, si pueden ser responsables de los actos que sus hijos cometan por los malos hábitos o vicios que los hayan dejado adquirir producto de una mala educación.

Creemos que esta es la solución correcta y se condice con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

5. Quinta conclusión:

También pudimos detectar el problema de anticipación de pena que se produce en la medida cautelar de internación provisional.

Como desarrollamos en el apartado correspondiente no se presenta una anticipación punitiva cuando la medida cautelar responde a un objetivo distinto al de la pena. En el caso en concreto la medida cautelar de internación provisional responde a proteger a la víctima, terceros o el imputado cuando hubieren antecedentes que hicieren temer, por tanto responden a una inminente peligrosidad. En el caso de la medida de seguridad de internación definitiva, esta tiene como base la peligrosidad.

Por tanto si las medidas tienen el mismo fundamento filosófico, el cual es la aptitud de generar peligro, si tienen el mismo objetivo, se cumplen de la misma

forma y en el mismo recinto, no podemos sino concluir que existe una anticipación punitiva.

6. Sexta conclusión:

A raíz del análisis de Jurisprudencia atinente al asunto hemos podido concluir que los Juzgados de Garantía, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema han realizado un constante activismo judicial, intentando dar soluciones prácticas que son producto de una amplia interpretación de la ley en materia de enfermedad mental.

Por ejemplo para la dictación de medidas cautelares tribunales hacen una diferencia entre el informe psiquiátrico requerido por los artículos 458 y 464 del Código Procesal Penal. Esto puede observarse en varias sentencias, en específico en la sentencia relativa a la causa Rol N° 28370-2015 en su considerando tercero, en que señala a raíz de la dictación de una medida cautelar de internación provisional a propósito de un amparo que

“dado que la internación provisional puede decretarse incluso antes de la recepción del informe psiquiátrico a que alude el artículo 458 del Código Procesal Penal, no cabe sino concluir que el informe a que se refiere el artículo 464 del mismo texto puede ser uno distinto de aquel. Confirma este aserto el que el informe psiquiátrico que menciona el artículo 458 en relación al 455 del Código Procesal Penal, debe pronunciarse sobre la existencia de enajenación mental como de “antecedentes calificados” que permitieren presumir que el imputado atentará contra sí mismo o contra otras personas. El informe del artículo 464, en cambio, solo debe señalar que el imputado sufre una “grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra otras personas.”¹²⁸

Es a raíz de esta diferencia que el tribunal termina aceptando que se decrete una medida cautelar antes de la recepción del informe a que hace referencia el

¹²⁸ Corte de Apelaciones Santiago, Rol N° 28370-2015. Considerando N° 3.

artículo 458 en relación al 455. Nos parece una solución adecuada en términos prácticos, pero insuficiente.

Como hemos abordado a lo largo de este trabajo investigativo la situación de quienes padecen enfermedades mentales en el curso de la dictación del informe del artículo 458 está totalmente desregulada. Pudimos observar que en general los tribunales en base a antecedentes anteriores como informes médicos protocolizados de Licencia médica, certificados de intentos suicidas, diagnósticos anteriores y en base a la naturaleza del delito cometido toman medidas para de esa manera proteger la seguridad de la sociedad, la víctima y el mismo imputado, decretando de todas maneras la internación provisional en la mayoría de los casos.

Creemos que es urgente adecuar la norma a los estándares del Código Procesal Penal, en específico al artículo 193 que exige que debe existir un procedimiento en el cual la medida cautelar deba resguardar los fines, procedimiento que al estar suspendido pone ampliamente en duda el cumplimiento del artículo citado. Creemos la solución se encuentra en una legislación uniforme que considere la situación en particular y resuelva la aplicación de medidas cautelares del artículo 155 o las cautelares específicas, de manera estrictamente provisoria mientras el procedimiento se encuentre suspendido en el lapso de tiempo en que se realiza el informe psiquiátrico requerido por el artículo 158 del Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

AGUIRRAZABAL, M. 2011. La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso. Revista chilena Derecho, Vol. 38, N° 2. pp. 371-378.

ÁLVAREZ, U. et al. 2016. Imputabilidad por trastornos mentales en el sistema legal [en línea] Medicina legal de Costa Rica, Vol 33, N° 1. p.3. <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43449.pdf>> [consulta: 10 enero 2019].

ANSOLEAGA, E., y VALENZUELA, E. 2013. Salud mental y derechos humanos: la salud de segunda categoría [en línea] Santiago, Universidad Diego Portales. pp.187-221.

<<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2013/Cap%205%20Salud%20mental%20y%20ddhh%20la%20salud%20de%20segunda%20categoria.pdf>> [consulta: 16 octubre 2018].

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. 2013. Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría.

BALMACEDA, G. 2016. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2º ed. Santiago, Editorial Librotecnia.

BARRETO, R. 2015. Capacidad jurídica: un Nuevo Paradigma Desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [en línea] American University International Law Review, Vol. 30. p.178.

<https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/?utm_source=digitalcommons.wcl.american.edu%2Fauilr%2Fvol30%2Fiss2%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> [consulta: 04 enero 2019].

BERMEJO, J.C. 2007. Psiquiatría y lenguaje: Filosofía e historia de la enfermedad mental [en línea] pp. 193-210. Revista chilena de neuro-psiquiatría, Vol. 45, N° 3. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272007000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=en> [consulta: 09 octubre 2018].

CABALLERO MARTÍNEZ, L. 2007. Conceptos de enfermedad y trastorno mental. Clasificación. Trastornos clínicos y de la personalidad. Problemas psicosociales.

Bases etiopatogénicas de los trastornos mentales [en línea] Medicine: Programa de Formación Médica Continuada Acreditado, Vol. 9, N° 84. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347662>> [consulta: 09 octubre 2018].

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LA LEY. 2012. Evaluación de la Ley 20.422. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Publicada el 10 de febrero de 2010. Chile, Cámara de Diputados de Chile, Departamento de evaluación de la Ley. pp. 1-82.

CASARIÑO, M. 2015. Derecho Procesal Civil, t. IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

CASTAÑEDA, E. 1953. El problema del lúcido intervalo en las enfermedades mentales [en línea] Revista Española del Derecho Canónico, Vol. 8, N° 3. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4726213>> [consulta: 19 octubre 2018].

CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA. 2016. Estigma salud mental [en línea] <<https://www.consaludmental.org/publicaciones/Estigma-salud-mental-2016.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2018].

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2014. Observación general N° 1 del Comité sobre Derechos de las personas con Discapacidad de la ONU. España, ONU.

CUENCA, P. 2012. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. pp.61-94.

DEFENSORÍA NACIONAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS. 2007. Informe en Derecho. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 4. pp.1-38.

DSM V. 2013. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales.

DURÁN, M.M. 2011. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del Neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual [en línea] Revista de filosofía, N° 67. pp. 123-

144.<<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>> [consulta: 29 de enero 2019]

Fallo de la CA de Concepción de 10 junio 2008. En: CORRAL, H. 2011. Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 24, N° 2. pp.31-64. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200002&script=sci_arttext&tlng=en)

[09502011000200002&script=sci_arttext&tlng=en](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200002&script=sci_arttext&tlng=en)> [consulta: 20 octubre 2018].

FIGUEROA, A. et al. 2017. El juicio de realidad y mundos posibles en personas con esquizofrenia [en línea] Revista chilena de neuro-psiquiatría, Vol. 55, N°3. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272017000300195&lng=en&nrm=iso&tlng=en)

[92272017000300195&lng=en&nrm=iso&tlng=en](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272017000300195&lng=en&nrm=iso&tlng=en)> [consulta: 10 octubre 2018].

FIGUEROA, F. 2017. Medidas de seguridad y discapacidad psicosocial nuevos elementos para debatir. Revista de la Justicia Penal, N° 7. pp.11-36.

FINSTERBUSCH, C. 2016. La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos [en línea] Revista lus et praxis, Vol. 22, N°2. p.229. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/734>> [consulta: 10 enero 2019].

FOLINO, O. 2005. Una subespecialización psiquiátrica: La psiquiatría forense [en línea] Revista Colombiana de Psiquiatría, Vol. 34, Suppl. 1. pp.129-148. <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000500014&lng=en&tlng=es)

[74502005000500014&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000500014&lng=en&tlng=es)> [consulta: 29 noviembre 2018].

GARCÍA, I. 2015. “Apto para declarar”: ¿diagnóstico psiquiátrico o médico-forense? Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 58, N° 2.

GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD Y OMS. 2006. Informe de la evaluación del sistema de salud mental en Chile usando World Health Organization - Assessment Instrument for Mental Health Systems (WHO-AIMS). Santiago, Gobierno de Chile, Ministerio de Salud y OMS.

GONZÁLEZ, M. et al. 2014. Avanzando al desarrollo de una propuesta de ley de salud mental en Chile: marco legislativo de promoción y protección de los grupos de mayor vulnerabilidad y riesgo”. Concurso Políticas Públicas. Propuestas para Chile [en línea] Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile. pp.89-119.

https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/01/Propuestas-para-Chile-2014_sin-hojas-en-blanco.pdf> [consulta: 08 octubre 2018].

HASLER, F. 2003. Vida independiente: visión filosófica. En: El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales. Madrid, Fundación Luis Vives.

HORVITZ, M.I, VALENZUELA, J., y AGUIRRE, L. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal Chileno [en línea] Revista de estudios de la Justicia, N° 10. pp.105-139. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15221>> [consulta: 23 octubre 2018].

HORVITZ, M.I, y LÓPEZ, J. 2008. Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil en el proceso penal. Tomo II. Chile, Editorial jurídica de Chile. pp.585-600.

JIMENEZ, H., y VÁSQUEZ, J. 2001. El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas [en línea] Revista Panamericana de Salud Pública, Vol. 9, N° 4. https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1020-49892001000400016&script=sci_arttext&tlng=en#ModalArticles> [consulta: 16 octubre 2018].

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. 2017. Consejo de Derechos Humanos, 36 período de sesiones: Salud mental y derechos humanos [en línea] <https://www.consaludmental.org/publicaciones/Resolucion-DDHH-Salud-Mental.pdf>> [consulta: en 16 octubre 2018].

NILO, R. 2015. Discapacidad mental y ciudadanía activa: El desafío de una nueva legislación de salud mental para Chile [en línea] Summa Psicológica UST, Vol. 12, N° 2. pp.53-62. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5283126>> [consulta: 13 de octubre 2018].

OMS. 2008. Programa de Acción para Superar las Brechas en Salud Mental.

OSCARIZ, R. 2017. Criterios judiciales para decretar la internación provisional de imputados en situación de enajenación mental en el marco del proceso penal [en línea] Nova Crimis, Vol. 9, N° 13. pp.245-280. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12382.pdf>> [consulta: 13 noviembre 2018].

PALACIOS, A. 2008. El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid, Colección CERMI, CINCA.

PÉREZ, E. 2005. Tareas forenses de la psiquiatría y otros vínculos con el derecho penal y la criminología [en línea] Revista Colombiana de Psiquiatría, Suplemento, Vol. XXXIV, N° 1. <<https://www.redalyc.org/html/806/80617859013/>> [consulta: 10 noviembre 2018].

PÉREZ, R. 2013. Psiquiatría Forense. España, Universitat Oberta de Catalunya.

POLITOFF, S., PIERRE, J. & RAMÍREZ, C. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno Parte General. Santiago, Edición Jurídica. p.295.

VALENZUELA, J. 2011. Presumir la responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, N° 14, pp.53-70. <<https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28554>> [consulta: 23 noviembre 2018].

SEGAL, H. 1987. Introducción a la obra de Melanie Klein. Buenos Aires, Paidós. p.124.

SHAPIRO, J. 1994. No Pity: People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement. New York, Times Books, Random House.

SILVA, P. 2017. La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual. Santiago, Thomson Reuters.

SZCZARANSKI, F.L. 2015. Rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa [en línea] Revista Ius et Praxis, N° 1. pp. 171-216. <http://app.vlex.com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/retribucionismo+pena/CL/vid/643826657> [consulta: 29 de enero 2019]

VARGAS, E. 1999. Medicina legal. 2° ed. México, Trillas.

VIDAUTÓNOMA. 2017. Hacia un sistema nacional de promoción de la vida independiente y la inclusión en la comunidad para personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial: aportes del ciclo sobre capacidad jurídica. Santiago, Chile.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ACHAVAL, A. 2003. Psiquiatría medicolegal y psiquiatría forense. Buenos Aires, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

CALDERÓN, L. 1996. La inimputabilidad en el derecho penal y en el procedimiento. Bogotá, Colombia, Temis.

CARABINEROS DE CHILE, 2013. Circular 1756. Santiago, Carabineros de Chile.

DE AGUILAR, S. 2017. La pericia psiquiátrica en el procedimiento penal [en línea] Anales de Derecho Universidad de Murcia, Vol. 35, N° 1. <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/261611>> [consulta: 30 noviembre 2018].

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS, UNIDAD DEFENSORÍA PENAL ESPECIALIZADA. 2018. Segundo informe de jurisprudencia. Medidas de seguridad y personas imputables por enajenación mental [en línea] <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/datafiles/InfjurSaludMental22018.pdf>> [consulta: 13 noviembre 2018].

ESPINOZA, J. 1997. El tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo código [en línea] Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. 17, N° 64. <<http://revistaaen.es/index.php/aen/article/view/15560/15419>> [consulta: 30 noviembre 2018].

FALCONE, D. 2007. Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile [en línea] Revista de Derecho (Valparaíso), N° 29. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100007&script=sci_arttext> [consulta: 12 octubre 2018].

FERRARI, D.J. 2017. Salud mental en Chile: Análisis y propuestas de política pública con enfoque en la promoción de la salud mental y prevención de los trastornos mentales [en línea] <<https://repositorio.usm.cl/handle/11673/24468>> [consulta: 4 noviembre 2018].

FONTECILLA, R. 1978. Derecho Procesal Penal, 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

GÓMEZ, M.C. 2006. Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental [en línea] Cuadernos de Derecho Judicial, N° 1. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2220011>> [consulta: 30 noviembre 2018].

HEGGLI, M.F. 2006. Los enfermos mentales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.

LEYTON, J.F. 2014. El concepto de imputabilidad disminuida a la luz del principio de culpabilidad y del conocimiento contemporáneo de las enfermedades mentales. Revista jurídica del Ministerio Público, N°58.

MEDINA, A., MORENO, M.J., LILLO, R., y GUIJA, J. 2016. Psiquiatría y Ley: preguntas y respuestas. España, Fundación española de psiquiatría y salud mental.

MINISTERIO DE SALUD, 2016. Resolución exenta 1035. Santiago, Chile, Ministerio de Salud.

NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo de las Naciones Unidas.

PEÑA, S. 2017. Razonamiento comparado en México y en Chile: Normas jurídicas internacionales sobre discapacidad, en particular la jurisprudencia [en línea] Boletín de Derecho Comparado. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42749954008>> [consulta: 28 noviembre 2018].

RODRÍGUEZ, E. 2003. Valoración de la peligrosidad criminal (Riesgo-Violencia) en Psicología forense. Aproximación conceptual e histórica [en línea] Psicopatología Clínica Legal y Forense, Vol. 3, N° 2. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=982290>> [consulta: 29 noviembre 2018].

SERVICIO MÉDICO LEGAL, 2009. Resolución exenta 10655 [en línea] Santiago, Servicio Médico Legal. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1009698&idVersion=2015-09-08>> [consulta: 30 noviembre 2018].

ULLORA, T. 2017. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES A LOS INIMPUTABLES POR ENAJENACIÓN MENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO Análisis crítico de Derecho Comparado [en línea] Revista de Derecho Universidad San Sebastián.

<<https://ojstest.com/rduss/index.php/rduss/article/view/32/23>> [consulta: 23 octubre 2018].

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema. Causa Rol 28370-2015.

Corte Suprema. Causa Rol 11508-2017.

Corte de Apelaciones de Santiago. Causa Rol Criminal 1958-2015.

Corte de Apelaciones de Santiago. Causa Rol Amparo 147-2017.

Corte de Apelaciones de Santiago. Causa Rol Amparo 31-2016.