

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE LOS ENFERMOS MENTALES
EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO**

Realizado por:

BYRON LEONARDO UZCÁTEGUI ARREGUI

**Como requisito para la obtención del título de
ABOGADO**

QUITO, DICIEMBRE DE 2009

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Byron Leonardo Uzcátegui Arregui, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mí autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento, y por la normatividad institucional vigente.

Byron Leonardo Uzcátegui Arregui

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE ENFERMOS MENTALES EN EL DERECHO
PENAL ECUATORIANO

realizado por el alumno

BYRON LEONARDO UZCÁTEGUI ARREGUI

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO EN JURISPRUDENCIA

ha sido dirigido por la profesora

M. PAULINA ARAUJO GRANDA

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
M. PAULINA ARAUJO GRANDA

Directora

Los profesores informantes

Dra. FANNY CORREA, y

Dr. Arturo Donoso

Después de revisar el trabajo escrito presentado,

Lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....
Dra. Fanny Correa

.....
Dr. Arturo Donoso

Quito, diciembre de 2009

DEDICATORIA

*A mis padres Byron Uzcátegui Andrade y Mercedes Arregui Cisneros
Por su infinita comprensión, con la que he contado siempre, y a mi hermano
Ricardo, a quién admiro y respeto.*

AGRADECIMIENTO

*A M. Paulina Araujo Granda,
por todo su tiempo y apoyo incondicional
en este trabajo de fin de carrera,
quien me ha demostrado, que a más de ser
una gran catedrática, es una gran ser humano y amiga.*

RESUMEN

Si consideramos al delito como una institución jurídica, definido como aquel acto típico antijurídico culpable y punible, la culpabilidad es el tercer elemento que consiste en el “puente” que permite vincular en forma personalizada el acto injusto a su autor, actuando como filtro para condicionar el paso y la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre el infractor, para posteriormente poder reprocharle su accionar e imponerle una pena, de acuerdo al grado del reproche.

El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona, pues impone límites al Derecho Penal, límites a ese *Ius Puniendi*, a fin de evitar el totalitarismo y una criminalización desmesurada de las conductas. Puede subdividirse en dos principios: a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste; *-imputación subjetiva-* y b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho *-causas de justificación-*.

Para poder reprochar una conducta típica y antijurídica a un autor, es menester que éste haya tenido un cierto grado de capacidad psíquica que le hubiera permitido disponer de un ámbito de autodeterminación. A nadie puede exigírsele que se comporte de conformidad con el Derecho, cuando no dispuso de cierto ámbito de decisión o autodeterminación *-consciencia y voluntad-*, o cuando no podía saber que lo realizado era ilícito.

La imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto, para que se le puedan atribuir las acciones u omisiones realizadas por él, se trata de un estado, un modo de ser del sujeto, una condición intransferible, que el Derecho Penal recoge y delimita como un presupuesto de la responsabilidad.

En síntesis, la capacidad psíquica (psicológica) requerida para imputar a una persona el cometimiento de un acto injusto, comprende dos niveles en primer lugar es aquella que le permite comprender la naturaleza antijurídica de su acto, y en segundo lugar aquella que le hubiese permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión de antijuridicidad.

Cuando el sujeto carezca de la primera capacidad no habrá culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, cuando falte la segunda, se trata de un estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica.

Por lo que, la presente investigación, presenta un análisis del tratamiento que en Ecuador se les da a aquellas personas que no tienen la capacidad psíquica requerida para responder por el injusto cometido, analizando el Derecho comparado y proponiendo reformas legales urgentes, así como un cambio en el Protocolo Psiquiátrico que actualmente utilizan los operadores de justicia, a fin de que se tome en cuenta la parte orgánica de las enfermedades mentales y no solo la parte psicológico psiquiátrica.

ABSTRACT

If we consider the crime as a legal institution, defined as: that typical act, unlawful, punishable and culprit, the culpability is the third element that consists in the “bridge” that allows us to tie the unfair act to its author, acting like a filter to condition the magnitude of the punitive power *-Ius Puniendi-*, that can be applied on the violator, so we can later reproach his act to him, and to impose a punishment according to the degree of that reproach.

The culpability principle is the highest expression of respect to the person, because it imposes limits to the Penal Law, limits to that *-Ius Puniendi-*, in order to avoid the totalitarianism and an exaggerated criminalization of the conducts. It can be subdivided in two principles: a) exclusion of the imputation of a result by its mere causation; - *subjective imputation-* and b) prohibition of exercise of the punitive power when another conduct adapted to the right, it's not possible – *exculpatory defenses-*.

In order to reproach a crime to its author, it is necessary that he has had a certain degree of psychic capacity that allowed him to have a scope of self-determination. To be held responsible for a crime, a person must understand the nature and consequences of his or her unlawful conduct. Insane persons cannot, in a legal sense, form the intent necessary to commit a crime. They are not, therefore, criminally responsible for their actions.

A defendant must be affected by a disease of the mind at the time she or he commits the act. The disease must cause the ability to reason to become so defective that the person does not know the nature and quality of the act or else does not know that the act is wrong.

Criminal Imputability is a characteristic of the conduct that depends on an internal state of the subject, an intransferable condition so that his actions or omissions can be attributed to him.

In synthesis, insanity is a defense to criminal charges only if at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from a disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.

Reason why, the present investigation, presents an analysis of the treatment that in Ecuador occurs to those people who do not have the psychic capacity required to be responsible for their acts, analyzing the compared Right and proposing urgent legal reforms, as well as a change in the Psychiatric Protocol that at the moment the justice operators use, in order to get that the organic part of the mental diseases be taken into consideration and not only the psychiatric psychological part.

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	12
CAPITULO I.....	17
LOS FINES DE LA PENA Y LA IMPUTABILIDAD PENAL EN EL ECUADOR.....	17
1.1. EL DELINCUENTE Y LOS FINES DE LA PENA.....	17
LOS FINES DE LA PENA.....	17
TEORÍAS ABSOLUTISTAS.....	19
FUNCIÓN RETRIBUTIVA O EXPIATORIA DE LA PENA.....	19
TEROIAS RELATIVAS.....	20
LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.....	20
LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA.....	20
LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA.....	22
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA.....	23
TEORIA DEL DERECHO PENAL DEL AUTOR.....	24
1.1.2. FUNCIÓN SANCIONADORA O REPRESIVA.....	25
1.1.2.2. FUNCIÓN RESTAURADORA.....	26
1.1.2.3. TRATAMIENTO DE RESOCIALIZACIÓN Y REHABILITACIÓN SOCIAL DE LA PENA.....	27

1.2. LA IMPUTABILIDAD PENAL Y EL PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD.....	32
1.2.1. IMPUTABILIDAD GENÉRICA E IMPUTACION SOCIAL.....	32
IMPUTACION SOCIAL Y POLÍTICA.	34
1.2.2. LA IMPUTABILIDAD PENAL Y EL PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD....	36
PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	41
1.2.3 LA CULPABILIDAD Y LA IMPUTACION PENAL.....	42
LA IMPUTACIÓN PENAL CONCRETA.....	43
1.2.4 TEORIA DE LA IMPUTACION SUBJETIVA Y SU IMPORTANCIA.....	46
1.2.5. TRATAMIENTO DE LA INIMPUTABILIDAD EN EL ECUADOR Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	49
CAPITULO II.....	53
LOS ENFERMOS MENTALES NEURO PSIQUIÁTRICOS.....	53
2.1. LA SALUD MENTAL.....	54
DEFINICION SEGÚN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD.....	54
2.2. CLASIFICACION INTERNACIONAL DE LAS ENFERMEDADES MENTALES.....	59
2.2.1. CLASIFICACIÓN CIE-10.	59
2.2.2. CLASIFICACION DSM.....	60
FACTORES QUE INFLUYEN EN LA CONDUCTA HUMANA.....	60
2.3. LA NEUROPSIQUIATRIA.....	62
2.4. ENFERMEDADES NEURO PSIQUIATRICAS MÁS RELEVANTES.....	63

2.4.1. LA EPILEPSIA.....	64
2.4.2. LA ESQUIZOFRENIA.....	65
2.4.3. EL RETARDO MENTAL.....	66
2.4.4. ESTADOS TRANSITORIOS DE IRA.....	67
2.5. ENFERMEDADES NEUROLÓGICAS MÁS RELEVANTES.....	67
2.5.1. LOS TUMORES CEREBRALES.....	68
2.5.2. TRAUMAS CRANEALES.....	69
2.5.3. LAS DEMENCIAS ORGÁNICAS.....	69
2.6. CASOS EMBLEMÁTICOS DE LESIONES CEREBRALES QUE ALTERARON LA CONDUCTA.....	70
CASO PHINEAS GAGE	70
LOS VETERANOS EX COMBATIENTES DE VIET NAM QUE SUFRIERON LESIONES CEREBRALES Y TUVIERON ALTERACIONES DE LA CONDUCTA.....	72
CASO CHARLES WHITMAN.....	73
CAPÍTULO III.....	74
EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO, EL MODELO CARCELARIO ACTUAL Y PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE ENFERMOS MENTALES NEUROPSIQUIÁTRICOS.....	74
3.1 EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO.....	74
3.1.2. EL MODELO CARCELARIO ECUATORIANO.....	75
FACTORES EXTRÍNSECOS.....	77

MORTALIDAD.....	78
GRADO DE INSTRUCCIÓN.....	79
OCUPACION.....	79
ESTADO CIVIL.....	80
GRUPOS RACIALES.....	80
GRUPOS DE EDAD.....	81
SEXO.....	81
FACTORES INTRINSECOS.....	82
ESTUDIO TOMOGRAFICO.....	82
3.2. PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE ENFERMOS MENTALES NEURPSIQUIATRICOS.....	85
3.2.1. REFORMAS LEGALES PROPUESTAS:.....	85
3.2.2. PROPUESTA DE PERITAJE EN CASO DE ENFERMOS NEURO PSIQUITRICOS.....	90
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	98
BIBLIOGRAFÍA.....	104

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia las sociedades han buscado métodos efectivos para su convivencia, a través de la regulación de conductas a fin de mantener una armonía y una relativa tranquilidad en su interior y en su relación con otras sociedades. Los estudios sociológicos y etnológicos, nos enseñan que, el hombre primitivo no regulaba su conducta conforme la conciencia del nosotros, sino por la psicología colectiva, contra el miembro que ha transgredido la convivencia social. Por lo mismo la pena podía ser ejecutada por cualquiera que perteneciera al tótem¹. En esta época existe un íntimo e indisoluble vínculo entre la violación del tabú y la retribución, se es responsable por el resultado dañoso sin importar que se haya quebrantado las prohibiciones en forma consciente o inconscientemente², es tan solo que el tabú violado exige una expiación, y es por eso que inicialmente se considera a la pena como una forma de pagar por el mal cometido, que se extiende incluso a las cosas y a los animales con los que se cometió la infracción, un derecho irracional y desconcertante, llegándose a establecer 116 acusaciones contra ellos en la edad media, de igual manera se pena a las cosas. De antaño se destruyen, se siembran de sal las casas de los delincuentes, se castiga a la viga que se desprende y en su caída causa la muerte o lesiona a una persona, castigos que se mantendrían incluso después del siglo XVI.³ Es importante indicar que el Derecho Penal es la herramienta que le permite al Estado, el uso de todo su poder en la máxima expresión por cuanto se esta poniendo en movimiento toda la maquinaria estatal a fin de juzgar a un infractor y, de ser el caso, imponerle una pena; este poder de castigar usando todos los mecanismos de que está facultado es el *Ius Puniendi*.

A pesar de que esta infracción quebranta el ordenamiento jurídico es iluso pensar que se puede restaurar dicho ordenamiento quebrantado, valga decir que las cosas vuelvan a su

¹ Los clanes, pequeños grupos humanos unidos por un lazo de sangre se relacionan con otros clanes y forman una unidad superior llamada tribu, cada tribu rinde culto a un animal, planta u objeto que recibe el nombre de tótem, con el cual los miembros establecen vínculos muy profundos, y que se vuelve el antepasado común de todos los miembros, y de esta manera se crea un vínculo de parentesco que los obliga a guardar entre ellos una solidaridad social, participación en ritos, prestarse ayuda mutua y el deber de la venganza.

² JIMENEZ ASÚA Luís, *Tratado de Derecho Penal tomo I*, Buenos Aires 1950, p. 242.

³ GARCÍA VALDÉS Carlos, *Estudios de Derecho Penitenciario*, editorial Tecnos, Madrid 1982, p. 17.

estado original, mediante la aplicación de una norma legal, como bien lo dijo Luís Jiménez de Asúa “*la norma primaria; no matarás, hollada por el homicida no se restablece por la aplicación de una norma legal: la de que al hombre que mata se le pena*”⁴, por lo cual la teoría de la finalidad de la pena a lo largo de la historia, como veremos, ha ido evolucionando y se le ha buscado las más diversas justificaciones a fin de legitimarla, algunas convencen otras no, pero la ciencia penal sigue su desarrollo. Es importante anotar que dicha infracción debe ser resultado de una conducta punible, o sea que esta acción u omisión debe ser hecha con libertad, es decir con conciencia y voluntad, que se comprenda la antijuridicidad, el injusto de esa acción y que se pueda adecuar el comportamiento de acuerdo a dicha comprensión, como lo pone nuestro Código Penal que se quiera y se entienda lo que se esta haciendo⁵ ya que de esta forma se puede ser responsable por las consecuencias que resulten, y hecho este juicio recién le corresponde al Juzgador determinar la culpabilidad, o confirmar la inocencia de ser el caso. Este criterio responde a la teoría de la imputación subjetiva, la cual nos permite entender que para que un acto pueda llamarse humano es necesario que exista una participación del elemento subjetivo propio de cada sujeto-*el querer y entender*.

La inimputabilidad, elimina el cuarto elemento del delito, *la culpabilidad*, es por esto que el sujeto a pesar de haber tenido una conducta delictuosa, valga decir hizo o dejo de hacer algo, al no tener esa capacidad para imputarle una acción delictuosa, no es responsable por la misma, y no se le puede reprochar su conducta.

Estas últimas consideraciones han sido gracias a los aportes de grandes pensadores, que a lo largo de la historia han conseguido que el Derecho Penal evolucione. A pesar de ser una tesis que tiene sus orígenes desde el Derecho Romano, con el decursar del tiempo fue cediendo espacio a nuevas teorías –*la imputación objetiva*-, que poco a poco fue probando ser inaplicable, aunque en la actualidad parece querer empezar a revivir.

El inicio del desarrollo de la teoría subjetiva tiene su punto de partida con las primeras luces del iluminismo y sus autores, entre estos tenemos por citar tan solo tres nombres:

⁴ JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit. Tomo I*, p. 31

⁵ Artículo 34 del Código Penal Ecuatoriano.

Cecare Beccaria⁶, a pesar de que se ha discutido sobre la originalidad de fondo de la obra, es indudable que fue un aporte para la humanización de las penas que habían en ese entonces, pues como él manifiesta, “*a medida que los suplicios llegan a ser más crueles los ánimos humanos que como los fluidos se ponen siempre al nivel de los objetos que los rodean se encallecen y la fuerza siempre viva de las pasiones hará que, después de cien años de crueles suplicios la rueda atemorice exactamente tanto como antes la prisión*”⁷, para la certeza en el proceso, criticando totalmente las torturas, y lo inservible de la pena de muerte para él la función que cumple la pena es la *Prevención General Negativa*, “*el fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido, el fin pues no es otro que impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos y el de apartar a los demás de que lo hagan iguales*”⁸.

John Howard⁹, quién luego de haber estado en la cárcel, vivió en carne propia los suplicios y torturas, cuando salió libre se dedicó a recorrer varios países y visitar sus centros penitenciarios, e influyó gracias a su queja conmovedora y a las propuestas formuladas en su libro *Estate of Prisons* que se emprendieran varias reformas de las cárceles en Europa. Sustentadas en cinco pilares higiene y alimentación, disciplina distinta para los detenidos y encarcelados, educación moral y religiosa, trabajo, establecer un Sistema Celular dulcificado, mismo que consiste en el aislamiento nocturno y diurno del interno en celdas individuales sin permitirles comunicarse entre ellos, que es una solución económica y que previene la evasión¹⁰.

En esta época destacan el desarrollo del iusnaturalismo y el Derecho canónico¹¹, dando una notable relevancia al elemento subjetivo de la infracción, exigiendo que en todo delito

⁶ Hijo de una noble familia. Nace en Milán, el 15 de marzo de 1738. Fue hijo del Marqués Giovanni Severino y de Maria Visconti da Rho. A los 25 años escribió su famoso libro *de los delitos y las penas*, en el que presenta una crítica al Sistema Penal de su época.

⁷ BECCARIA CESARE, *De los delitos y las penas*, editorial Temis, Bogotá 2003, p. 38.

⁸ *Ibíd.* p. 39.

⁹ Nacido en Einfield (Inglaterra) en 1726, quién a los 30 años de edad decidió emprender un viaje para observar las consecuencias del terremoto de Lisboa de 1755, y a su regreso, el barco en el que regresaba, fue apresado por un corsario francés, y así tuvo su propia experiencia de cautividad.

¹⁰ QUISBERT HUANCA Ermo, *Historia del Derecho Penal*, septiembre de 2009, disponible en: http://www.robertexto.com/archivo12/hist_der_penal.htm.

¹¹ JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit. tomo I*, pp. 77 y 289.

existiese el *animus*, al contraste con las teorías del positivismo que no consideraban la culpabilidad, tan solo el resultado.

Finalmente, antes de René Descartes, no prevalecía la tesis que negaba la responsabilidad de los animales¹². Esto es importante aclararlo por cuanto solo el hombre puede ser sujeto activo del delito, ya que es el único ser con voluntad inteligente y esta especial cualidad es la que le permite en forma abstracta ser sujeto activo del delito *-imputabilidad-*, aunque en el caso concreto por alguna calidad o cualidad especial puede obstaculizarse su persecución *-inimputabilidad penal-*. Estos “obstáculos” pueden bien consistir en una *incapacidad psíquica para el delito* que es el motivo de la presente investigación *-inimputabilidad de los enfermos mentales neuro psiquiátrico-* o bien en calidades especiales del sujeto como el caso de un Rey¹³, o el caso de un embajador que por respeto del Derecho Internacional no está sujeto al procedimiento común, y que en general se los conoce con el nombre de *inimputabilidad penal*.

Por lo anteriormente expuesto la presente investigación consiste en un historial de la inimputabilidad orientada a los enfermos mentales, haciendo una revisión de este fenómeno en los diferentes Códigos Penales, analizando los últimos descubrimientos médicos los cuales dan pautas al derecho para declarar a una persona inimputable. El aporte adicional es que se ha observado que la mayoría de los actuales peritajes hacen hincapié en la esfera psíquica de la persona, dándole menor importancia a los estudios neurológicos que investigan las causas orgánicas de las conductas anormales.

¹² CARRARA Francesco, *Programa de Derecho Criminal, volumen 1*, editorial Temis, Bogotá 1988, p. 53.

¹³ Resulta interesante el hecho de que en España por ejemplo está garantizada **constitucionalmente** la inimputabilidad penal del Rey; textualmente dentro del título segundo en el artículo 53 numeral 3, dice: “*La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad...*” al respecto Isabel Abellán Matesanz, Letrada de las Cortes Generales españolas explica el alcance de esta norma “*la inviolabilidad tiene un significado más amplio que el de la irresponsabilidad, con el que se pretende subrayar la alta dignidad que corresponde al Monarca como Jefe del Estado. Como tal, se proyecta en otras normas, de carácter penal o internacional, que atribuyen una especial protección a la persona del Rey. A lo que se añade un status especial de inmunidad en virtud del cual el Rey se sitúa por encima del debate político y al margen de los Tribunales de Justicia. En este sentido, ambos términos significan que no se puede perseguir criminalmente al Monarca y que, en cuanto se refiere a la responsabilidad civil, no se le puede demandar ante la jurisdicción ordinaria; no se da, en cambio, la imposibilidad de someter a juicio a la Familia Real*”.

De ahí que en el primer capítulo entraremos al análisis de la finalidad de la pena y la imputabilidad en el Ecuador en relación directa con el principio de culpabilidad; en el segundo capítulo se estudiará todo lo relativo a los enfermos mentales neuro psiquiátricos, con el propósito de dar una visión médico-psiquiátrica que permita que la imputación subjetiva se logre aplicar eficaz y adecuadamente; de ahí que en el capítulo tercero de esta investigación se presentará una visión del modelo carcelario Ecuatoriano, para finalizar con una propuesta de tratamiento de los enfermos mentales, que incluye dos proposiciones; reformas legales; y una modificación del formato de peritaje psiquiátrico que actualmente se usa, para que de esta manera el estudio médico legal se amplíe hacia las causales neurológicas y orgánicas en base a las investigaciones recientes que van descubriendo cada vez más un sustrato orgánico y o genético en la génesis de los actos delictivos, más que solo psicológico y psiquiátrico; para así superar las incongruencias, falta de cuidado y estudio pormenorizado por parte de los operadores de justicia penal.

CAPITULO I. LOS FINES DE LA PENA Y LA IMPUTABILIDAD PENAL EN EL ECUADOR

1.1. EL DELINCUENTE Y LOS FINES DE LA PENA

Tradicionalmente se han considerado como elementos del Derecho Penal, la ley, el delito, y la pena, más por el desarrollo que ha tenido la ciencia penal, al comprender que son actos humanos los que se juzgan, empieza a cobrar importancia el tema del delincuente¹⁴. Este último, como ser vivo y efectivo, produce en el Derecho penal situaciones de evidente trascendencia jurídica, aunque hay quienes lo consideran propiamente un nuevo elemento del Derecho Penal, existen también aquellos que estiman que a pesar de ser importante, puede incluirse en cualquiera de los tres elementos clásicos. Mayoritariamente se lo incluye dentro de la pena, que algunas teorías, como veremos en líneas posteriores, ubican la finalidad de la misma en el infractor.

LOS FINES DE LA PENA

Se han sostenido y se sostienen teorías absolutas y relativas. Las teorías absolutas postulan que la pena cumple una función de defensa de la sociedad de ahí que se sustentan en la clara venganza contra el infractor, las relativas se centran en funciones políticas declaradas.

Así mismo se les ha dado la calificación de de positivas, toman esta denominación porque se sustentan en el beneficio para la sociedad, o en la persona que sufre la pena. La legitimación de la pena es algo que se ha dado por sentado sin que nos pongamos a pensar el por qué de su existencia

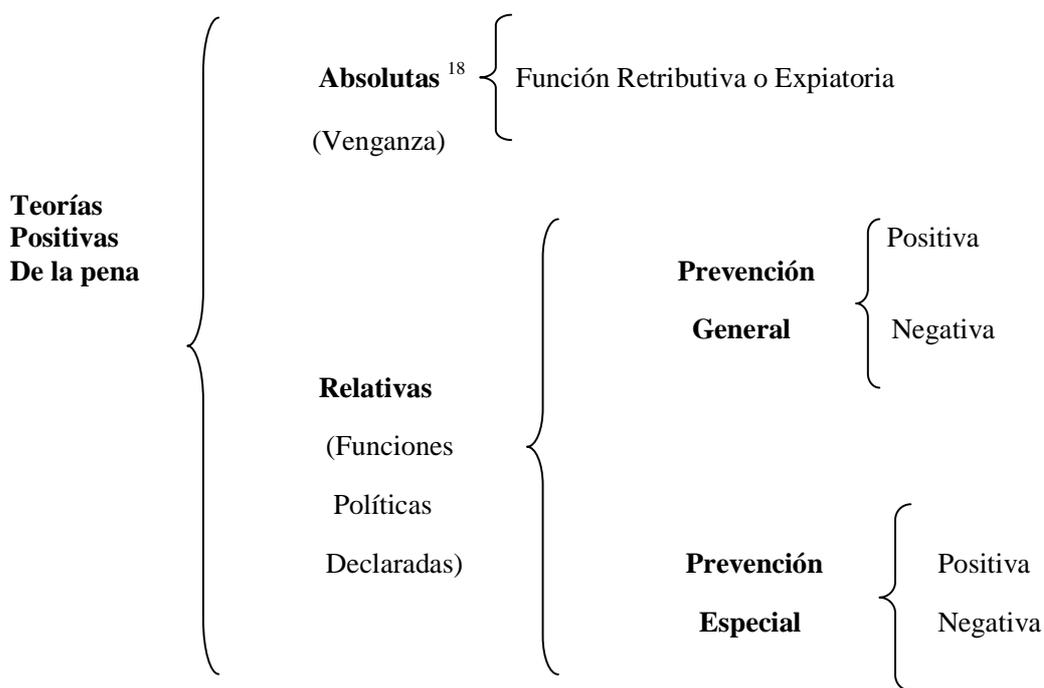
¹⁴JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit.* Tomo I, p. 69.

y si de hecho la imposición de la misma genera algún resultado positivo, autores como Zaffaroni consideran a todas las teorías positivas de la pena como falsas, “*la pena es un hecho de tantos que existen y que demuestran lo irracional de la sociedad moderna*”¹⁵. Considera que las afirmaciones positivistas son simplistas, incluso yendo más allá para él la conclusión es que “*no se sabe cual es la función del poder punitivo*”¹⁶.

Debemos destacar de su postura, la confirmación de que el poder punitivo es plurifuncional, pues cumple varias funciones según las circunstancias, lo que la convierte en un fenómeno muy complejo.

La aludida multiplicidad de funciones hace imposible una única definición, y delimitación de sus fines y aplicación, por lo que consideramos prudente enunciar la clasificación más utilizada y posteriormente analizar las tres funciones que consideramos son las más relevantes, a fin de que el lector decida con cual teoría está más de acuerdo, dentro de la política criminal del Estado.

Como un esquema para facilitar la comprensión reproducimos el siguiente cuadro¹⁷:



¹⁵ ZAFFARONI Eugenio, *Manual de Derecho Penal parte General*, editorial Ediar, Buenos Aires 2006 p.37.

¹⁶ *Ibíd.* p. 55.

¹⁷ *Ibíd.* p. 38.

¹⁸ La división de la Teoría Absolutista, no consta en el cuadro que tomamos de Zaffaroni, pero consideramos que es necesario, incorporarla para fines didácticos.

En 1830 Anton Bauer las sistematizó de esta forma y hasta la actualidad se las expone del mismo modo sin mayor variación, advirtiendo que en hoy en día casi nadie las sostiene en forma absoluta, sino que se opta por una postura ecléctica o mixta, obteniendo de esta manera fórmulas combinadas de legitimación de la pena, arguyéndose que sirve tanto para la prevención general positiva y negativa, así como para prevención especial positiva, sin perder de vista que se pone de manifiesto la vigencia de las corrientes, negativa y además retributiva.

TEORÍAS ABSOLUTISTAS

Fundamentan la sanción penal en el daño causado, la pena, cumple una función de **expiación** del daño causado; o **retribución** a la sociedad a la cual el infractor lesionó.

FUNCIÓN RETRIBUTIVA O EXPIATORIA DE LA PENA

La pena- *talional* –,o pena como forma de retribución es necesaria para el Estado social y se justifica, según la teoría absoluta, porque, el delito como negación del derecho -*daño causado a la sociedad*- es cancelado con la pena como negación del delito, y por ende afirmación del derecho, con lo cual se trataba de justificar la pena como un medio de retribuirle a la sociedad el daño causado por el infractor castigándolo, infringiéndole un dolor semejante al injustamente producido, por lo cual esta así llamada retribución puede fácilmente definirse como una venganza.

Esta teoría no determina la finalidad de la pena, tan solo la justifica como forma de compensación por el mal causado, no se funda en razones de utilidad social, desconociendo el elemento subjetivo del delito y menos se molesta en analizar la culpabilidad del agente.

Posturas que actualmente no se las considera pues como bien dijo Jiménez de Asúa “*la norma primaria; no matarás, hollada por el homicida no se restablece por la aplicación de una norma legal: la de que al hombre que mata se le pena*”¹⁹

¹⁹JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit. Tomo I*, p. 31.

TEORIAS RELATIVAS

LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Esta tesis asigna a la pena la función de prevención sobre las personas no criminalizadas, pero con la intención de que refuercen su confianza en el sistema penal. Como veremos posteriormente se ha considerado que el criterio que debe tener el legislador para determinar un acto como infracción es que el mismo sea *políticamente dañoso*; por tanto se comprende que la pena no le reporta ninguna retribución a la víctima, ni a la sociedad, tan solo sirve para hacerle un mal al autor pero este mal a su vez sirve para crear un bien a la sociedad –*la estabilidad social o del derecho*–, Zaffaroni considera que esta teoría es la “*menos falsa pues no ignora completamente la realidad social*”²⁰.

LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

Por otro lado la Prevención General Negativa es la teoría más difundida, pero cada vez menos aceptada por la doctrina, toda vez que se sustenta en la intimidación a las personas que fueron condenadas, asumiendo que la pena disuade a quienes delinquieron a fin de que en un futuro no lo vuelvan a hacer. Lo cual llevó a excesos que fueron criticados valientemente en su tiempo, por ejemplo por Cesare Beccaria²¹, quién dio un gran aporte para la humanización de las penas que habían en ese entonces, pues como él manifiesta:

“A medida que los suplicios llegan a ser más crueles los ánimos humanos que como los fluidos se ponen siempre al nivel de los objetos que los rodean se encallecen y la fuerza

²⁰ ZAFFARONI Eugenio, *Ob. Cit.*, p. 43.

²¹ Hijo de una noble familia. Nace en Milán, el 15 de marzo de 1738. Fue hijo del Marqués Giovanni Severino y de Maria Visconti da Rho. A los 25 años escribió su famoso libro *de los delitos y las penas*, destacando los siguientes puntos: 1) Proporcionalidad entre el delito y la pena (acápites XXIII y XXIV); 2) Dura crítica a las penas inhumanas (acápites XV); 3) Fortalecimiento del Principio de Legalidad (acápites XX); 4) Principio de la Separación de Poderes (acápites IV y V); 5) Rechazo a la Pena de muerte (acápites XXVI).

siempre viva de las pasiones hará que, después de cien años de crueles suplicios la rueda atemorice exactamente tanto como antes la prisión”²²

También contribuyó para crear un poco más de certeza en el proceso, criticando totalmente las torturas, y lo inservible de la pena de muerte para él:

“el fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido, el fin pues no es otro que impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos y el de apartar a los demás de que lo hagan iguales”²³.

Cabe indicarse que además Beccaria fue, también un crítico del sistema de justicia penal de su época basado en un régimen inquisitivo y secreto, a través del uso y abuso de las torturas, confesiones forzadas, acusaciones secretas y las penas totalmente desproporcionadas, inhumanas y “ejemplificadoras”, las cuales producían efectos polarmente opuestos a los que supuestamente estaban destinadas en palabras de él:

“A medida que los suplicios llegan a ser más crueles los ánimos humanos que como los fluidos se ponen siempre al nivel de los objetos que los rodean se encallecen y la fuerza siempre viva de las pasiones hará que, después de cien años de crueles suplicios la rueda atemorice exactamente tanto como antes la prisión”²⁴,

Esta crítica influyó en los autores más próximos de la revolución francesa que recogieron sus principios en la Declaración de los Derechos del Hombre.

Por otro lado –siguiendo una escuela positivista pero con bases psicológicas- tenemos a Anselmo Von Feuerbach, Giandoménico Romagnosi, y posteriormente a Juan Impallomeni, Bernardino Alimena y Manuel Carnevale.

Para Feuerbach²⁵ la fuerza que obliga a los hombres a delinquir es de índole **psicológica**, debido a la puesta en acción de sus pasiones y apetitos. Estos impulsos o motivos sensibles que conducen al crimen podrían contrarrestarse haciendo que todos sepan que a su acto

²² BECCARIA CESARE, *Ob. Cit.*, p. 38.

²³ *Ibíd.*, p. 39.

²⁴ *Ibíd.*, p. 39.

²⁵ FRIAS CABALLERO Jorge, *Imputabilidad Penal*, editorial Ediar, 1981, Buenos Aires Argentina, p. 65.

seguirá inevitablemente un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho. Para este autor la **imputabilidad** es la capacidad de sentir dicha coacción psicológica, siendo imputable aquel que es susceptible de sentirse “amenazado” por la posible sanción. En otras palabras se reduce la imputabilidad de un acto, a la **capacidad psicológica** del sujeto, lo cual es importante recalcarlo pues sirve para demostrar la íntima relación de los fines de la pena con el tema esta investigación.

Consideramos que el talón de Aquiles de esta tesis, se encuentra en que la criminalización ejemplificadora, puede servir para justificar el abuso y endurecimiento de las penas, que al fin de cuentas se ha demostrado que no reducen el índice de criminalidad.²⁶

LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Aquí se encuentran incluías todas aquellas ideologías que se enfocan en la resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación, etcétera. Sosteniéndose que el poder punitivo ejerce un mejoramiento sobre el infractor²⁷. Lo cual contrasta con los estudios sociales que demuestran que la prisión comparte las características de otras instituciones totales²⁸ en sus efectos deteriorantes, mucho más aún si consideramos que dentro de la población carcelaria existe un alto porcentaje de internos que lo están provisionalmente, es decir sufriendo los efectos de la pena, sin estar condenados, y muchos otros que quizás no debieran estar condenados, sino tratados

²⁶ Para tener una idea de lo atroz, y de la crueldad, a las cuales el hombre es capaz de llegar, un ejemplo bastante explícito lo encontramos en el primer capítulo del libro Vigilar y Castigar de Michel Foucault, en el cual se reproduce de manera textual, el suplicio del pobre Robert François Damiens.

²⁷ ZAFFARONI Eugenio, *Ob. Cit.*, pp. 46 y 47.

²⁸ Este concepto lo ideó el sociólogo Erving Hoffman, como “*lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente*”, y se caracterizan por que: 1. Todas las dimensiones de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo una única autoridad. 2. Todas las etapas de la actividad cotidiana de cada miembro de la institución total se llevan a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros miembros, a los que se da el mismo trato y de los que se requiere que hagan juntos las mismas cosas. 3. Todas las actividades cotidianas están estrictamente programadas, de modo que la actividad que se realiza en un momento determinado conduce a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone jerárquicamente, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo administrativo. 4. Las diversas actividades obligatorias se integran en un único plan racional, deliberadamente creado para lograr de objetivos propios de la institución. Ejemplos típicos de instituciones totales son las cárceles o los hospitales psiquiátricos.

médicamente, como por ejemplo – *los inimputables*- por lo que nos preguntamos y es aquí donde nos preguntamos ¿ No se vuelve esto una imposibilidad que convierte en irrealizables los propósitos de rehabilitación y la respectiva reinserción de la persona en la sociedad?

PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

Partimos aquí de la idea de que el infractor debe ser neutralizado, a costa de un mal personal que implica un bien para el cuerpo social, esta concepción atiende a una visión organicista del Estado, en el cual las personas son simples células que cuando son defectuosas y no pueden corregirse deben eliminarse. Quizá una forma un poco más humanizada de esta filosofía la propone Michel Foucault cuando dice que: “*es la certidumbre de ser castigado, y no el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen*²⁹”.

Para este autor la pena se enfoca en la parte física de la persona, con los excesos mencionados en la prevención general negativa que servían para hacer del suplicio del condenado, un espectáculo público al que todos deben temer.

Durante los siglos XVI y XVII, a causa de las largas guerras, la pobreza se extiende por Europa, las calles se llenaban de “*verdaderos ejércitos de vagabundos y mendigos,*”³⁰, ocasionando un enorme aumento de la criminalidad, llegando el máximo índice de delincuencia a registrarse hacia el año 1580 y hasta la segunda mitad del siglo XVIII³¹ ensayándose todo tipo de reacciones penales, fallando todas³², la pena de muerte no había contenido el aumento de los delitos ni la agravación de las tensiones, el destierro de las ciudades y las penas corporales habían contribuido al desarrollo de un bandidaje sumamente peligroso. Pero a partir de la mitad finales del siglo XVIII (1760), el objeto de la pena empezó a cambiar, la picota se suprime en Francia en 1789, en Inglaterra en 1837,

²⁹ FOUCAULT Michel, *Vigilar y Castigar*, editorial siglo veintiuno 1994, p. 17.

³⁰ Cfr. VON HENTIG Hans, Cit. Por GARCIA Carlos, *Ob. Cit.* p.27.

³¹ GARCIA Carlos, *Ob. Cit.* p.27.

³² *Ibíd.*, p.26.

la marca es abolida en 1834, y en 1832 en Francia, solo el látigo se mantenía en ciertas legislaciones.

La pena privativa de la libertad fue el nuevo gran invento social, pues como diría Von Hentig ella actuaba “*intimidando siempre, corrigiendo a menudo, derrotando a veces al delito, en todo caso encerrándolo entre muros*”³³.

Así para 1840 poco a poco, las penas corporales fueron disminuyendo y las que se mantenían, eran cada vez más púdicas. “*se acabaron los largos procesos en los que la muerte se halla a la vez aplazada por interrupciones calculadas, y multiplicada por una serie de ataques sucesivos*”. La pena entonces tomó como objeto principal, la pérdida de un bien o de un derecho en la mayoría de ocasiones la privación de la libertad, que a fin de cuentas es el alma del infractor.

Es en este momento cuando la privación de la libertad –*la prisión*-, pasa de ser un método para guardar delincuentes, a ser un medio represivo en sí.

TEORIA DEL DERECHO PENAL DEL AUTOR

Sobre el significado del delito existen teorías que lo consideran como una infracción o lesión jurídica; hay otros que lo consideran vinculado directamente con el autor como un signo de inferioridad moral, biológica o psíquica.

Para la teoría del Derecho Penal del autor, el delito es un síntoma de un estado del sujeto activo, a quien se considera inferior a las personas consideradas normales, no se reprocha el acto o hecho delictivo sino que se analiza lo que la persona es.

Tenemos pues una concepción mecanicista de la sociedad, en la cual, al haber una falla de un mecanismo pequeño –*el infractor*-, éste importa un grave riesgo para el mecanismo mayor, por lo cual es inaplazable la “neutralización” de las “piezas” que fallan. No se excluye de esta concepción a los operadores de justicia, que al fin de cuentas no son

³³ Cfr. VON HENTIG Hans, Cit. Por GARCIA Carlos, *Ob. Cit.* p.28

personas pensantes y valorativas, sino simplemente otras piezas que sirven para ejercer esta inecuación de las piezas fallidas.

Para Arturo Donoso, las normas que conforman el sistema penal: “*se constituyen en un conjunto coordinado en 4 áreas interrelacionadas que son: la prevención y control social; represión; determinación judicial de responsabilidad; y tratamiento resocializador.*”³⁴

Una vez enumeradas las teorías sobre los fines de la pena y habiendo aclarado al inicio de este capítulo la plurifuncionalidad de la misma, consideramos importante hacer un análisis por separado de las tres funciones que se le atribuyen, entre ellas nos referiremos a la función sancionadora, restauradora y de prevención y control social del Estado, para así determinar como las mismas encajan en las teorías de los fines de la pena de una manera más lógica y racional.

1.1.2. FUNCIÓN SANCIONADORA O REPRESIVA

Es el desarrollo más claro de la teoría relativa de la prevención especial negativa. En primer lugar a través de la amenaza de una pena y su posterior ejecución, se está sancionando una conducta ilícita, siempre y cuando ésta se encuentre dentro del ámbito del Derecho Penal y dicha facultad conste en la ley, esta facultad es lo que se conoce como principio de legalidad, ya que la irrogación de una pena no puede ser legítima sino como sanción de un precepto, y quién lo violó voluntariamente no puede quejarse de ella.

Si un juez declarase delito una acción no prohibida con anterioridad por la ley, le faltaría al Derecho Penal la base de la defensa necesaria del Derecho sustentada en la seguridad jurídica, pues si en una sentencia se impone una pena, por el juez de propia autoridad, los hombres no podrían encontrar la certeza de que a un hecho idéntico, cuando se repitiese en

³⁴ DONOSO CASTELLÓN Arturo, *Revista de la Universidad Católica*, año XII, No. 40, noviembre de 1984, Quito, pp.321-326

perjuicio suyo, se aplicaría un rigor igual, para Carrara *el concepto de un delito sin previa ley repugna a la justicia y a la política*”³⁵.

Tan es así que por poner un ejemplo, antes de las reformas al Código Penal, el atentado al pudor de un menor de edad no se encontraba tipificado, y no se podía sancionar, pues se encuentra fuera del alcance del Derecho penal.

1.1.2.2. FUNCIÓN RESTAURADORA

En cuanto a la función restauradora, creemos que podemos dar por sentado que es inconcebible restablecer el orden jurídico afectado por el cometimiento de un delito, esto no es más que un ideal, que en la práctica no se puede concretar, ya que quizás jurídicamente se compensa la violación de la ley con una sanción, pero creemos necesario citar nuevamente a Luís Jiménez de Asúa “*la norma primaria; no matarás, hollada por el homicida no se restablece por la aplicación de una norma legal: la de que al hombre que mata se le pena.*”³⁶

1.1.2.3. PREVENCIÓN Y CONTROL SOCIAL

Esta función encaja en lo que se conoce como la teoría relativa de la prevención general positiva. Esta es un área muy extensa, ya que no debe confundirse el control social únicamente como control de hechos delictivos, sino que se debe analizar además el entorno, las desigualdades, condiciones insalubres, falta de alimentación, de educación, decadencia de valores morales, entre muchas otras; que impiden que una persona pueda desarrollarse armónicamente en las esferas individuales, familiares y sociales de una forma sana y plena; que en ciertos casos le niegan la posibilidad de conocer sus potenciales y crean una

³⁵CARRARA Francesco, *Ob. Cit.*, p.46.

³⁶JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit.*, p. 31.

frustración, que en muchos casos se manifiesta a través de la agresión. Por lo dicho, es necesario que el Estado adopte políticas que permitan crear un ambiente sano, las mismas que no pueden limitarse a la esfera penal, sino económica, educativa, de salud, laboral y de valores.

Además hay que recordar que el Artículo 195 de la actual Constitución de la República, y el Artículo (5.4) del Código de Procedimiento Penal Reformado, manifiestan que la acción penal se ejercerá con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, prestando especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos, es decir debe aplicarse como última instancia, y solo como última medida externa de control.

1.1.2.4. TRATAMIENTO DE RESOCIALIZACIÓN Y REHABILITACIÓN SOCIAL DE LA PENA

Esta función se relaciona a lo analizado como la teoría de la prevención especial positiva; que más allá de la discusión doctrinal de si efectivamente se cumple o no, consideramos que es la única que en verdad tiene al menos la intención de que la pena logre rehabilitar al infractor. No creemos que esté totalmente terminada y no sea realizable como lo manifiesta un sector de la doctrina, la que al contrario se encuentra en pleno desarrollo, además se encuentra íntimamente ligada al tema de la presente investigación, pues parte de la rehabilitación empieza por diferenciar los internos y estudiar cada una de sus particularidades para darles un trato preferencial a aquellos que se consideran grupos vulnerables.

Nuestro criterio se sustenta en que desde el momento que el Estado, a través de la autoridad competente, impone una pena privativa de la libertad, empieza una nueva etapa, ya no procesal ni judicial, sino de responsabilidad social, puesto que como vimos en primer lugar, es obligación del Estado la prevención y control social, garantizando la plena vigencia de los derechos de cada individuo, pero si en algún momento un miembro de la sociedad se ve privado de la libertad, es también deber del Estado asegurarse que dicha persona cuente con la garantía y respeto de sus derechos. Y que se cumplan todas las garantías para que

pueda rehabilitarse, a fin de que cuando se reintegre a la sociedad, pueda redimirse aportando positivamente a la misma, a esto debemos sumar que el momento que una persona es condenada a través de una sentencia ejecutoriada, deja de pertenecer al fuero jurisdiccional y pasa a la sujeción del Sistema Penitenciario,³⁷ también conocido como Derecho Penal Ejecutivo o Derecho Penal Penitenciario³⁸.

Esto se encuentra garantizado en lo que doctrinariamente se considera legislación penal especial, que son aquellas leyes de diversa índole que integran la legislación penal vigente, se las conoce también con el nombre de legislación penal impropia. Se lo puede definir como “*el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución*”³⁹, hay quienes la consideran como una rama autónoma del Derecho, la postura mayoritaria sostiene que es autónoma del Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo, no del Derecho Penal, su contenido se refiere a: las condiciones de la ejecución de la pena, modificaciones y extensión de la relación punitiva, a los sujetos y objeto de la ejecución, a los órganos, al rito o actividad administrativa, a la tutela de los derechos e intereses de los condenados, a la finalidad de la ejecución, y a las modalidades para realizarla.

Desde hace tiempo ha habido autores que consideran que se debe introducir en él, la acción pos carcelaria, y pos asilar. Algo que debemos destacar es que en Ecuador más allá de si se la considera una rama autónoma del Derecho, o parte de la ciencia Penal, existe un cuerpo de leyes especializado y enteramente dedicado a la ejecución de Penas y la Rehabilitación Social⁴⁰.

Es así como el legislador, en la Constitución de la República, incluye una sección dentro del capítulo cuarto de la función judicial y justicia indígena, sobre la Rehabilitación social en sus artículos 201, 202, 203: “*el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la **rehabilitación integral** de las personas sentenciadas penalmente para **reinsertarlas** en la*

³⁷ Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social Artículo 38.

³⁸ JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit. Tomo I*, pp.67-69.

³⁹ JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit. Tomo I*, p. 67.

⁴⁰ Cfr. ALTANMANN Julio, Cit. Por JIMENEZ ASÚA Luís, *Ob. Cit. Tomo I*, p. 69. Esto es importante mencionarlo por cuanto ya desde la época de Jiménez Asúa se consideraba que la rehabilitación social no termina con el cumplimiento de la pena, sino que existe una etapa posterior de la cual el Estado no puede desentenderse y debe procurar garantizar una efectiva reinserción social.

sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

*El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.”*⁴¹, posteriormente establece “*en los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, de capacitación laboral, de producción agrícola, artesanal, industria o cualquier otra forma ocupacional, de salud mental y física, de cultura y recreación”* y finalmente prescribe: “*El Estado establecerá condiciones de inserción social y económica real de las personas después de haber estado privadas de la libertad”*.”

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social en su Artículo 12 establece: “*el objeto que persigue el Sistema Penitenciario es la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención a la reincidencia y habitualidad con miras a obtener la disminución de la delincuencia.*” Se establece también un sistema de diagnóstico de los internos, basado en criterios que analizan tanto el delito, como el entorno socio-familiar del infractor y que incluye un estudio médico y psicológico. (Art. 16 CEPen), diagnóstico que sirve para posteriormente ubicar al interno en uno de los 4 tipos de centros de Rehabilitación, sea de seguridad máxima, media, mínima, especial para contraventores, procesados, (las negrillas y lo subrayado me corresponden).

Nos preguntamos entonces ¿es posible que así como se crean “cárceles especiales” para internos que requieren más resguardo policial que otros, no es posible que se cree un lugar específicamente para internar a personas con enfermedades mentales (sean o no casos de inimputabilidad), que por las razones presentadas en la presente obra no pueden tener el mismo tratamiento que un delincuente común?. Creemos que sí, tan sólo que no se le ha dado la importancia que merece este segmento de la población carcelaria y los esfuerzos se han enfocado principalmente en los “*internos mentalmente sanos*”, pero con alta

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, aprobada en referéndum el 28 de septiembre de 2008, artículo 201.

peligrosidad para muestra la siguiente resolución del Consejo de la Judicatura: que en 2003⁴² resolvió crear las salas de Audiencias emergentes en los Centros de Rehabilitación, concretamente en las ciudades de Quito y Guayaquil, debido a la peligrosidad de algunos acusados, a fin de evitar el traslado del detenido, a petición del Director del Centro de Rehabilitación, Juez de garantías Penales, Tribunal de Garantías Penales o la Policía Judicial, y que la audiencia de juzgamiento se realice en dichas instalaciones. Sin embargo, ¿Por qué quedarse en la generalidad de la peligrosidad y no se toman iniciativas similares a fin de que dentro de los Centros de Rehabilitación Social se destine un área permanente para el tratamiento de los enfermos mentales?

En cuanto a los derechos y garantías de las personas privadas de la libertad, éstos se encuentran desarrollados en los artículos 51, 62 numeral 1, 76 y 77, de la Constitución de la República. Destacando el hecho de que es la primera vez que se incluye una sección específica de derechos para estas personas y que además se las reconoce como grupos de atención prioritaria. No es menos importante el hecho de que se les reconoce el derecho a votar mientras no estén suspendidos sus derechos políticos, es decir mientras no tengan sentencia condenatoria ejecutoriada, algo que jamás en la historia del país había sucedido.

También es relevante que en la nueva forma en que están dispuestas las garantías y derechos dentro de la Constitución de la República, además de las garantías básicas del debido proceso (Artículo 76), se incluye también una disposición sobre las víctimas del delito (Artículo 78) y se establecen garantías básicas para las personas privadas de la libertad (Artículo 77), que ha sido polémico se ha prestado a que muchas veces su contenido haya sido abusado por parte de ciertos jueces y abogados, que para dejar en la impunidad muchos casos aplican la excepcionalidad de la prisión preventiva, sin considerar las circunstancias de la infracción, ni la personalidad del infractor, sustituyendo o dictando medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, y que desnaturalizan el espíritu de la disposición Constitucional, que en sí fue creada para evitar el evidente abuso que se había antes. Desde nuestro punto de vista, la solución no está en considerar las medidas privativas

⁴² Resolución publicada en el Registro Oficial con el número 214 de 19 de Noviembre de 2003.

de la libertad como excepcionales, sino en que el Juez valore de mejor manera cada caso concreto.

Para no profundizar más en la materia Constitucional, por no ser el motivo de la presente investigación, finalizaremos indicando que según el Artículo 1 de la Constitución, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, **todas y cada una de las garantías y los derechos** consagrados en la misma son **plenamente justiciables** (Artículo 11 numeral 3), y de aplicación directa e inmediata; es decir no se requiere que se encuentren desarrollados en normas de menor jerarquía, ni se puede alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los mismos, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales Derechos y Garantías.⁴³

Del Código de ejecución de penas y de Rehabilitación Social podemos además destacar un Derecho importantísimo: la **individualización** de las penas y su **tratamiento** (Artículo 11), con lo cual se garantiza que incluso entre dos internos condenados por un mismo delito, en similares circunstancias, cada uno debe tener un registro individualizado en el que se analice las circunstancias particulares y personalísimas de cada uno. También que una vez cumplida la condena, tiene derecho a obtener por parte del Estado un **certificado de Rehabilitación Social Integral** (Artículo 48) ¿algo muy interesante, pero cómo puede rehabilitarse un enfermo mental si se le priva de la atención y el tratamiento que requiere?, jamás obtendrá el certificado del que habla este artículo, habrá quienes cuestionen la finalidad del mismo en los enfermos mentales, ante lo cual consideramos que si una persona ha pasado por los tratamientos médicos y sus circunstancias le permiten restablecerse en sus condiciones mentales, es lógico que se le otorgue dicho certificado, más aún si a un delincuente común y corriente, al cumplir su condena se le reconoce este Derecho.

⁴³ Artículo 426 de la Constitución de la República.

Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial ⁴⁴, se desarrolla la figura del Juez de garantías penitenciarias, Juez Penal Especializado que tiene dentro de su competencia “brindar el amparo legal a los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios” , “supervisar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y medidas de seguridad” “Conocer y sustanciar los procesos relativos a rebaja, libertad controlada, conmutación, régimen de cumplimiento de penas y medidas de seguridad...” (las negrillas y lo subrayado me corresponden.) A nuestro criterio esta es una creación legislativa de suma importancia, porque al fin existe una autoridad especializada, que garantice que los fines de la rehabilitación social se cumplan, y se espera logre la individualización de cada infractor.

Es así como sin salirnos del ámbito de nuestra investigación y sin la menor intención de hacer proselitismo político, no podemos dejar de reconocer que recientemente ha habido reformas legales que, al menos en lo referente a la Rehabilitación Social y la población penitenciaria en general le da al Estado las herramientas necesarias para hacer cambios profundos al sistema.

Pero aún es insuficiente el trato que se les da a los enfermos mentales, pues como veremos más adelante en el segundo capítulo, el derecho a la salud mental no consta expresamente dentro de la Constitución, por lo tanto mal puede estar bien desarrollado en legislación de menor jerarquía.

⁴⁴ El polémico Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009, crea la figura del Juez de garantías penitenciarias Artículo 230. Todo esto a pesar de que en 1982, se expidió el Código de Ejecución de penas y Rehabilitación Social, en el cual se trata ampliamente sobre los derechos que tienen los internos, (refiriéndose a la población carcelaria con o sin sentencia).

1.2. LA IMPUTABILIDAD PENAL Y EL PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD

1.2.1. IMPUTABILIDAD GENÉRICA E IMPUTACION SOCIAL.

A pesar de que autores como Jorge Frias Caballero, consideran que en la actualidad hay un entendimiento generalizado entre todos los criminalistas, sobre el significado de estos vocablos, definirlos ha significado un análisis, que va desde lo lingüístico hasta lo filosófico, puesto que a lo largo del tiempo se han usado sin el menor reparo por los estudiosos y legisladores, enredándose, confundiéndose y perdiéndose el sentido genuino de cada uno de los términos, lo que ha causado que tengan de por sí una connotación negativa, una especie de juicio de valor en virtud del cual se los asocia casi inmediatamente con la criminalidad, es por esto que nos parece prudente analizar cada uno de los términos a fin de recuperar sus significados individuales.

Una prueba de esto la encontramos si abrimos el Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁴⁵, que define al verbo imputar como “*Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho **reprobable***” (lo subrayado y las negritas me corresponden), lo que primero que nos causa sorpresa, es el hecho de que en un diccionario no jurídico haya una definición que de por sí haga relación con un hecho negativo, en lugar de dar una definición más general, y de la cual cualquier término derivado va a contener dicha connotación, ya que posteriormente define imputabilidad como la “*calidad de imputable*”; y finalmente imputación como “*acción y efecto de imputar*”. Es necesario dejar en claro la palabra imputable es una cualidad del acto, no del hombre, por eso como veremos más adelante, no existen personas imputables o inimputables, **sino actos que son o no imputables a un sujeto.**

⁴⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, septiembre de 2009, disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>

Francesco Carrara⁴⁶, definió estos términos de la siguiente manera: imputar⁴⁷ significa *poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien*, criterio que es compartido por Eugenio Zaffaroni⁴⁸; imputabilidad *es el juicio que hacemos de un hecho futuro, previsto como meramente posible*; la imputación *es el juicio de un hecho ocurrido*.

Aquí es más clara la definición de cada término y nos permite extraer dos conceptos básicos, el de la cualidad de imputable relacionada a un hecho futuro que se encuentra determinado, y la imputación como consecuencia de haberse cumplido el supuesto preestablecido que antes era solo una posibilidad.

Para Carrara, *“la imputabilidad parte del juicio que atribuye la responsabilidad de un hecho previsto considerando el nexo causal entre el hecho y la moralidad del agente”*.

*“La imputación, parte del juicio que atribuye al agente la responsabilidad de un hecho verificado, por las consideraciones derivadas de las relaciones externas del hombre”*⁴⁹.

IMPUTACION SOCIAL Y POLÍTICA.

La primera es aquella calidad que surge el momento en que el legislador, sometido a los cánones de la lógica, actuando políticamente⁵⁰, sin dejarse influenciar por la coyuntura del

⁴⁶ Jurista Italiano nacido en la ciudad de Lucca en el año 1805, falleció en 1888, prominente maestro de Derecho criminal y un opositor de la pena de muerte. Luego de estudiar y doctorarse en la ciudad de Pisa, ejerció la profesión en Florencia y Lucca. En 1848 fue nombrado profesor titular de la cátedra de Derecho criminal en la Universidad de Pisa, en 1859, escribió su obra principal *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*, en 10 tomos.

⁴⁷ CARRARA Francesco, *Ob. Cit., Volumen I*, p.34.

⁴⁸ ZAFFARONI Eugenio, *Ob. Cit.*, p. 539.

⁴⁹ CARRARA Francesco, *Ob. Cit. Volumen I*, p. 34.

⁵⁰ Aquí consideramos importante que el lector tenga una idea clara de lo que es la política, ya que generalmente es un término con una connotación negativa como consecuencia de las malas prácticas de las personas que la ejercen, asociado a conveniencias personales y la corrupción.

Es imperativo que el legislador tenga un espíritu político pero entendiéndose este en el sentido real de la palabra. Etimológicamente viene del griego πολιτικός “politikós,” que significa “de los ciudadanos” o “del Estado”, el término Política como tal adquirió popularidad en el siglo V A.C. con la obra de Aristóteles intitulada con ese nombre. Existen varias definiciones entre las más acertadas tenemos la que la define como: *“toda actividad orientada ideológicamente a la toma de decisiones de un grupo, para alcanzar determinados objetivos*

Guillermo Cabanellas la define como: *El arte de gobernar o alarde de hacerlo, dictando leyes y haciéndolas cumplir, promoviendo el bien público y remediando las necesidades de los ciudadanos y habitantes de un país*. Para García Pelayo: *“ como realidad social específica caracterizada por la conversión, mediante un*

momento, y atendiendo al bien común, declara que de un acto previsto, el autor será responsable ante la sociedad, valga decir es la tipificación de una determinada conducta, para que pueda ser exigida a la sociedad a la que va dirigida.

Me parece acertado citar a Carrara a fin de comprender cual es el alcance de lo que debe entenderse por lógica al momento de legislar:

“una ley que prohibiese defender a nuestro semejante de un mal injusto que lo amenaza, una ley que impusiese a un hijo la obligación de denunciar los delitos de su padre, u otra ley semejante, iría contra este precepto porque al imputar políticamente un acto que está mandado por la moral, se pondría en contradicción con una ley superior, que no tiene potestad de desconocer, ya que no pueden declararse como reprochables políticamente los actos obligatorios o loables en virtud de la ley moral o religiosa.”⁵¹

No está dentro de las facultades del legislador el acriminar cualquier acto del que el hombre sea responsable, ya que la ley no debe repetir en sus preceptos la ley moral y religiosa, sin que esto signifique irse contra ellas. Es necesario para poder tipificar un acto humano como delito que el mismo sea políticamente dañoso - *para el Estado y los fines que este protege en beneficio de la colectividad*-. Para que un acto pueda ser políticamente imputable, no basta que lo sea desde el punto de vista moral, ni que sea en sí malvado, sino que el acto en sí sea políticamente dañoso, es decir cause algún tipo de perjuicio al orden externo, todo esto como lo dice Carrara *“el derecho de prohibir ciertas acciones y de declararlas delito, se atribuye a la autoridad social como medio de mera **defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno**”* (las negritas y lo subrayado me pertenecen). Es por esta razón que el Derecho penal sanciona los actos externos, ya que es imposible que una trasgresión al derecho tenga ni siquiera un principio de ejecución sin

proceso integrador, de una pluralidad de hombres y de esfuerzos en una unidad de poder y de resultados, capaz de asegurar la convivencia pacífica en el interior y la existencia autónoma frente al exterior”.

Manuel Osorio define político como aquel: *“Experto en asuntos de gobierno”.*

La Ciencia Política: *“es aquella que se encarga del estudio de estas actividades”.*

Los Politólogos: *“son aquellos profesionales en la ciencia de la política”.* A mi modesto criterio con estas definiciones podemos concluir que el problema no es la política, sino las malas prácticas que realizan los políticos y politólogos, mismas que han estigmatizado una rama del derecho que es de suma importancia para un Estado. Puesto que actuar políticamente debe entenderse como que teniendo como base una ideología las acciones de las autoridades vayan acorde a la misma en beneficio del Estado y no de ambiciones personales.

⁵¹ CARRARA Francesco, *Ob. Cit. volumen I.*, p.38.

un acto exterior, por esto cualquier represión dirigida hacia un mero acto interno, carece de fundamento para la legitimidad, ya que no hay un derecho violentado. Obviamente haciendo la excepción que confirma la regla sobre la conspiración y la proposición, pero incluso en estos casos, solamente son reprimidos cuando la ley lo determina.⁵²

A pesar de lo inoficioso que podría ser el formular un concepto de imputabilidad luego del análisis anterior en aras de aportar a la ciencia Penal, proponemos las siguientes definiciones:

La imputabilidad es una calidad del acto, que se desprende de un presupuesto establecido, en el cual se determina la posibilidad de que la persona que cumple con dicho presupuesto, puede ser declarado autor del mismo, mediante resolución de la autoridad competente. Mientras que la imputación es el acto mediante el cual la autoridad competente, verifica la existencia real del hecho, que la autoría del mismo corresponde a la persona que se la acusa, y que lo realizó con voluntad y no fue resultado de un caso fortuito o fuerza mayor, y que el mismo se encuentra determinado en la ley, y solo cumpliendo con estos requisitos mediante resolución motivada lo declara responsable, transformando lo que antes era solo una condición futura o una expectativa, en un hecho verificado, por el cual debe responder ante la sociedad.

1.2.2. LA IMPUTABILIDAD PENAL Y EL PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD

Una vez que de cierto modo hemos logrado recuperar el sentido del término Imputabilidad en su acepción más amplia, creemos que estamos en condiciones de comprender su significado dentro del Derecho Penal. Aquí surge otro problema pues a lo largo del desarrollo de este término se lo ha definido de muy diversas maneras. Ha sido un concepto que cada escuela ha ubicado de acuerdo a su perspectiva, es así que para la escuela subjetiva era la total capacidad psíquica de delito, cuya sistemática iba de lo subjetivo a lo objetivo, ubicándola en la teoría del delito. Para la escuela objetiva, el inimputable cometía

⁵² Artículo 17 del Código Penal Ecuatoriano, aquí lo que se tipifica como delito es el acto de planificar el cometimiento de un delito, o bien el proponerle la ejecución de un delito a alguna persona.

el delito pues solo se mira el hecho dañoso, y la teoría de la imputación servía para decidir si se aplicaba una pena o una medida de seguridad, es decir la ubicaban dentro de la teoría de la pena, incluso han habido quienes sumaron a la división tradicional del Derecho Penal (Teoría de la ley, del Delito, y de la Pena) una cuarta la teoría del autor –*reseñada brevemente en la sección de los fines de la pena de este trabajo*- a fin de ubicar ahí a la imputabilidad.

Dentro de los autores que consideran a la imputabilidad fuera de la teoría del delito, pero la vinculan como su condición o presupuesto, tenemos a Remo Pannain, Girolamo Bellavista, y Giulio Battaglini, ellos consideran que la imputabilidad es un estado, *previo y distinto del delito* indispensable para que un sujeto sea idóneo destinatario de la norma, y poder asumir la responsabilidad que emerge de ella.⁵³ En oposición a sus criterios tenemos a quienes mayoritariamente⁵⁴ sostienen que debe estar inserta en la teoría general del delito, sin dejar de reconocer que parte de un estado, eminentemente personal y propio del autor, situando a la imputabilidad como la capacidad de acción, esta teoría es defendida por Carlos Binding y Roberto Von Hippel, mientras los detractores de esta teoría sostienen que:

“la falta de acción no se superpone con las cláusulas de inimputabilidad, la acción únicamente está excluida en aquellas restringidas hipótesis en que no es posible afirmar como subsistente la atribuibilidad”

“para la existencia de acción es suficiente un mínimo de participación subjetiva del agente , es por eso que el demente o el menor pueden cometer un acto homicida, pues tienen capacidad de acción”⁵⁵

La imputabilidad como capacidad de pena, se fundamenta en la llamada teoría de la intimidación, que como lo analizamos en los fines de la pena, consiste en la prevención general negativa por medio de la amenaza, puesto que, según los defensores de esta postura, se produce un efecto intimidatorio. Por lo mismo, la pena, para poder ser aplicada,

⁵³ FRIAS CABALLERO Jorge, *Ob. Cit.*, p. 18.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 22.

⁵⁵ *Ibíd.* p .23.

debe producir este “*efecto intimidatorio*”, y aquellos en los cuales produce efectos esta amenaza son los únicos imputables y los únicos a los cuales se les puede imponer una pena.

Autores como Antolisei, consideran que la doctrina debe tratar la imputabilidad dentro de la teoría del reo (autor), y niegan que la misma sea presupuesto o elemento de la culpabilidad, sino que es tan solo una cualidad necesaria para que el autor sea punible, y poder aplicarle una sanción, para Antolisei la falta de imputabilidad consiste simplemente en una causa personal de exención de la pena.

Finalmente la teoría con la que nos identificamos, es aquella que vincula la imputabilidad con la culpabilidad, como un verdadero elemento del delito, sin que por ello se oponga al hecho de que se refiere a una cualidad del agente.

Como vimos al inicio del presente capítulo, el concepto de imputabilidad es amplísimo, pero el uso que se le da en la rama del Derecho que nos ocupa, es reducido y se refiere a la capacidad psíquica de culpabilidad⁵⁶. Lo cual se bifurca en por una parte en la capacidad de inteligencia y por otra, en la capacidad de voluntad, criterio que se ha mantenido desde los tiempos de Carrara, con la Teoría de las fuerzas del delito someramente explicada al inicio del presente capítulo.

Dentro de la capacidad de la inteligencia, es necesario que el sujeto comprenda el “*injusto material*”, que comprenda que ese acto es una transgresión de aquellas normas sociales indispensables para la vida en común, que comprenda el desvalor del acto que se realiza, “*comprender el carácter injusto o antijurídico del hecho*”. Dentro de la capacidad de voluntad Jiménez de Asúa, la definió como “*la capacidad de determinarse espontáneamente*”, o como se la entiende actualmente “*capacidad de dirigir la conducta conforme a dicha comprensión*” (la comprensión de antijuridicidad del hecho).

En otras palabras, para poder reprochar una conducta típica y antijurídica a un autor, es menester que éste haya tenido un cierto grado de capacidad psíquica que le hubiera permitido disponer de un ámbito de autodeterminación.

⁵⁶ ZAFFARONI, *Ob. Cit.* p. 539.

En la actualidad existe unidad de criterio en ubicar a la Imputabilidad Penal, al igual a la imputabilidad en su acepción más amplia, como una característica del acto a pesar de que provenga de una capacidad del sujeto, distinción que ya sería hecha por Césare Civoli, en 1904, reconociendo en la expresión imputabilidad un sentido objetivo y otro subjetivo, esto es una imputabilidad de la acción y una imputabilidad del agente⁵⁷.

A pesar de esto en ciertos Códigos, como el nuestro, se mantiene el equívoco, lo cual significa que al menos el valor semántico del término en el área penal se ha asentado, más no deja de ser necesaria una reforma, por lo que no es correcto hablar de autores imputables e inimputables, sino de conductas típicas y antijurídicas que son imputables y otras que no lo son por razones de la capacidad psíquica del autor, un ejemplo de lo anterior lo da Zaffaroni, “ *un débil mental puede tener capacidad de pensamiento concreto y no mucha de pensamiento abstracto*⁵⁸, *la primera le puede permitir comprender el contenido injusto de un homicidio o de un robo, pero no el de un delito cambiario.*”

En este caso hipotético se le podría imputar por los casos del primer supuesto, más no por el delito cambiario, situación posible gracias a que la imputabilidad recae en el acto. Si por el contrario esta recayera sobre la persona, no podría imputársele ningún acto que cometiera.

La imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto, para que se le puedan atribuir las acciones u omisiones realizadas por él, se trata de un estado, un modo de ser del sujeto, una condición intransferible, que el Derecho Penal recoge y delimita como un presupuesto de la responsabilidad. Pero este estado debe ser comprobado por el Juez, pues ningún sentido tendría declarar imputable a una persona antes de haber cometido un delito. Por ende la capacidad de culpabilidad debe establecerse para cada delito concreto, y solo en vista de un delito cometido corresponde la pregunta sobre la capacidad.

⁵⁷ Cfr. CIVOLI Césare, Cit. Por FRIAS CABALLERO Jorge, *Ob. Cit.*, p. 16.

⁵⁸ Aquella capacidad de pensar en situaciones no evidentes a simple vista, profundizar en las implicaciones que un acto pueda tener. Requiere una introspección del sujeto a fin de emitir un juicio sobre algo.

Para profundizar en esto, es importante tener en cuenta que existen patologías, que pueden generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos, que exigen una considerable dosis de pensamiento abstracto, pero no para otros en que el pensamiento predominante concreto basta para permitir la comprensión de la antijuridicidad (como el ejemplo antes citado de *Zaffaroni*), y además tener en cuenta que existen patologías que no interfieren en la capacidad psíquica del sujeto de entender una conducta contraria a Derecho –la antijuridicidad-, ni de adecuar su conducta de acuerdo a esa comprensión, por ejemplo los psicópatas que planean cada uno de sus pasos a fin de evitar ser descubiertos, lo que indica que comprenden que lo que hacen está mal, así como patologías en las cuales el sujeto a pesar de que comprende la antijuridicidad no puede actuar de otra forma por ejemplo el caso de la Cleptomanía, Es por eso que la doctrina Argentina ha considerado 3 “*grados*” dentro de los cuales se puede encajar este aspecto subjetivo.

En primer lugar tenemos a aquellas personas que en el momento del hecho actúan con la **consciencia perturbada**, lo cual deriva en una **insuficiencia en sus facultades**, aquellos que realizan acciones pero no pueden someterlas a un juicio crítico, aquellos que actúan con sus capacidades psíquicas y psicológicas y su consciencia alterada por lo que no pueden “entender ni querer”, dentro de este caso tenemos a los delirantes, las oligofrenias, las demencias, las lesiones neurológicas, entre otras. En este grado estamos hablando propiamente de verdaderos casos de inimputabilidad.

En segundo lugar tenemos a aquellas personas que padecen alteraciones de la senso percepción y se ilusionan (deforman los objetos que perciben) o alucinan (ven algo cuando en realidad no tienen nada delante), estos estados se los conoce como **alteración morbosa** que a pesar de que produce cambios en la consciencia, no siempre genera **insuficiencia de las facultades**, pues en muchos casos alteran las funciones aumentándolas, es decir estos sujetos actúan con la **capacidad de entender y querer**, pero esta se origina de una *falsa percepción del mundo que los rodea*, originada a su vez de alguna patología, lo cual les provoca que actúen así, en este grupo tenemos la fuga de ideas, taquipsíquica, hiperactividad, excitación, entre otras. Aquí hablamos de errores de tipo, psíquicamente condicionados.

Finalmente tenemos a aquellas personas que realizan movimientos o que están paralizadas, pero no operan con voluntad, sea porque están inconscientes (carecen de consciencia) o porque no tienen control de sus movimientos (los realizan automáticamente, como actos reflejos), en este caso no se trata de una perturbación de la conciencia sino de su **cancelación**. Tenemos dentro de este grupo a las personas que se encuentran en estado vegetal. En este grado hay una incapacidad psíquica de voluntad (involuntabilidad)

En síntesis, la capacidad psíquica (psicológica) requerida para imputar a una persona el cometimiento de un acto injusto, comprende **dos niveles** en primer lugar es aquella que le **permite comprender la naturaleza antijurídica de su acto**, y en segundo lugar **aquella que le hubiese permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión de antijuridicidad**. Cuando el sujeto carezca de la primera capacidad no habrá culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, cuando falte la segunda, se trata de un estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica.

Pero como analizamos en líneas anteriores, la imputabilidad es un concepto que no puede ser reducido únicamente al campo psicológico, requiere también se considere que existe una parte psiquiátrica como lo hace la legislación argentina en su fórmula mixta sobre la imputabilidad.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona, pues impone límites al Derecho Penal, límites a ese *Ius Puniendi*, a fin de evitar el totalitarismo y una criminalización desmesurada de las conductas. Puede subdividirse en dos principios: a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste; - *imputación subjetiva*- y b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho -*causas de justificación*-. La violación del primero de estos principios reduce la persona a un objeto causante, como veremos más a

fondo dentro del capítulo correspondiente, esta consideración no es reciente, al contrario existe desde los tiempos de los antiguos romanos.

A nadie puede exigírsele que se comporte de conformidad con el Derecho, cuando no dispuso de cierto ámbito de decisión o autodeterminación-*consciencia y voluntad*-, o cuando no podía saber que lo realizado era ilícito. El principio de la autodeterminación con estas consideraciones es aceptable, como dice Zaffaroni “*no se concibe una democracia si no se presupone que los ciudadanos son entes autodeterminables, a los que se convoca a votar porque tienen capacidad de elección*”, negarlo sería considerar que el sistema político es una ficción.

1.2.3 LA CULPABILIDAD Y LA IMPUTACION PENAL

Si consideramos al delito como una institución jurídica, definido como aquel acto típico antijurídico culpable y punible, la culpabilidad es el tercer elemento que consiste en el “*punte*”⁵⁹ que permite vincular en forma personalizada el acto injusto a su autor, actuando como filtro para condicionar el paso y la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre el infractor, para posteriormente poder reprocharle su accionar e imponerle una pena, de acuerdo al grado del reproche. Citando a Arturo Donoso, la responsabilidad precede a la culpabilidad, pues sólo con consciencia y voluntad se es capaz de ser responsable, y recién ahí el juez puede entrar a valorar si existió culpa o no, si por el contrario alguien es incapaz penalmente⁶⁰,

⁵⁹ Definición propuesta por el Dr. Arturo Donoso, en su curso de Introducción al Derecho Penal, en la Universidad Internacional SEK, con sede en la ciudad de Quito.

⁶⁰ Para Arturo Donoso son incapaces penalmente y por lo tanto no pueden responder por sus actos, los menores de edad, los enfermos mentales y los minusválidos mentales.

Si una persona no responde por sus actos no tiene caso entrar a analizar si es un acto culpable o no, por eso antes de poner en movimiento la maquinaria Estatal, lo lógico sería tener la certeza de que la persona a la que se pretende atribuir una infracción, es capaz de responder, luego demostrar su responsabilidad y finalmente declararlo culpable.

Lo cual se confirma si analizamos nuestro del Código de Procedimiento Penal que en su Artículo 250 manifiesta: *“en la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para **comprobar** conforme a derecho la existencia de la infracción y **la responsabilidad** del acusado para según corresponda condenarlo o absolverlo”* concordante con lo anterior el Artículo. 304 A (304.1) del Código de Procedimiento Penal Reformado (R.O-S 555: 24 mar-2009), que dice *“la sentencia debe ser motivada y concluirá **declarando la culpabilidad** o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está **comprobada** la existencia del delito y de **que el procesado** es **responsable** del mismo...”* (las negrillas y lo subrayado me corresponden).

Lo que llama la atención es que el Artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, al hablar del procesado con síntomas de enfermedad mental, establece que si muestra síntomas de la misma, el Fiscal ordenará su reconocimiento psiquiátrico por dos médicos, a fin de que establezcan la transitoriedad o la permanencia de dicha enfermedad. En el primer caso se limita a postergar la recepción de la versión hasta que se restablezca en sus facultades, en el segundo caso se procede a remitir un informe al Juez de Garantías Penales a fin de proceder al internamiento en un Hospital Psiquiátrico y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia de la Fiscalía General y si existiesen más procesados, se continuará con la Instrucción Fiscal. A nuestro criterio y siguiendo la lógica que hemos propuesto, consideramos que lo más indicado sería complementar esta disposición y quizá **ordenar un reconocimiento neurológico y psiquiátrico, previamente** a dar inicio a la Instrucción Fiscal, porque surge la inquietud de ¿para qué dar inicio a un proceso penal en el que a la final no se puede responsabilizar a nadie?, esto contradice el principio de economía procesal, téngase presente que lo importante es determinar si al momento de la infracción la persona actuó con consciencia y voluntad.

Para finalizar esta parte, recordaremos que el Derecho en General postula la igualdad de las personas, y esto en el Derecho penal se hace *real*, a través, de la culpabilidad aunque esto no es un tema acabado, lo acerca, hace que el mismo sea proporcional e individual al transgresor, no por su peligrosidad criminal o modo de vida, sino, por el grado de participación subjetiva en el hecho.

LA IMPUTACIÓN PENAL CONCRETA

Es el acto mediante el cual el juez⁶¹ declara la culpabilidad de una persona ante algún hecho, dejando ya de ser una simple posibilidad o calidad atribuible como la imputabilidad, para concretarse en una declaratoria real que le hace a esa persona responder por sus actos.

En palabras de Carrara: *“Es el acto de jurisdicción del Estado, mediante el cual se interpreta la ley promulgada, mediante los cánones jurisprudenciales y se juzga un hecho según los criterios lógicos para declarar que ante aquella ley alguien es responsable de ese hecho. Este juicio lo emite únicamente el juez.”*⁶².

Cabe indicarse que en relación a la imputación penal concreta y la teoría de la pena en la actualidad la ciencia criminal, distingue entre la Teoría de la imputación y la Teoría de la pena, sobre esta última hemos visto que se busca encontrar cual es el fin de la pena, clasificándola en las teorías relativas que a su vez se dividen en generales positivas y negativas, y especiales positivas y negativas.

Sobre la teoría de la imputación, tenemos que la polémica que en estos días se está renovando con nuevos fundamentos y recobrados bríos⁶³, y desde mucho tiempo atrás se

⁶¹ Téngase presente que según nuestro código de Procedimiento Penal, es el Tribunal de Garantías Penales, el competente para sustanciar y resolver la etapa de Juicio y emitir una sentencia, sin perjuicio de lo cual al decir juez, hacemos alusión al término en un sentido filosófico, como la persona que juzga.

Además hay delitos en los cuales es competente para sustanciar la etapa de juicio el mismo juez instructor, como en los delitos de tránsito, que se constituyen en la excepción que confirma la regla pero el caso merece ser tomado en cuenta.

⁶² CARRARA Francesco, *Ob. Cit. Volumen I*, p. 36.

⁶³ FRIAS CABALLERO Jorge, *Ob. Cit.* p.73.

ha centrado básicamente en la aceptación de la Teoría del Libre albedrío –*el hombre tiene la libertad de obrar conforme le manda su voluntad*-, defendida por la escuela clásica, y quienes no la aceptan y proponen que el hombre no es libre, sino que está sujeto a ciertas “condiciones” de toda índole (psicológicas, físicas, biológicas, sociales, etcétera.), que “*no le permiten obrar de otra manera*”, son los positivistas. Por último la así llamada escuela Neoclásica, que plantea la voluntariedad –*libertad psicológica de determinarse según los motivos*- como piedra angular de la imputabilidad.

Comenzando por la escuela clásica, cuyo representante más ilustre es Francesco Carrara, se la puede definir como la relación existente entre el delito y el agente, y a su vez las relaciones de este con la ley moral. Según los principios del *libre albedrío y la responsabilidad humana*⁶⁴. Esta concepción llevó a elaborar la responsabilidad sobre bases abstractas bastante alejadas del mundo real. En consecuencia el hombre era considerado un ente, semejante y paralelo al delito.

Opuesta a esta teoría surgió la escuela del positivismo criminológico, con raíces netamente naturalísticas representada por César Lombroso célebre por su antropología criminal, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, la cual plantea una postura polarmente opuesta a la “clásica”, negando el libre albedrío y proponiendo que el hombre no es libre, no es más que la especie que está en la cúspide de la naturaleza y la persona que delinque se encuentra sometido a un *determinismo universal* que es impuesto por las condiciones de su organismo y causas circundantes –*el medio en que se desenvuelve*-, las mismas que le impelen al delito, en medio de las cuales el hombre se encuentra abandonado y prácticamente forzado a delinquir, por lo que la función de la pena toma otro sentido, se trata de *la necesidad de defender a la sociedad de un ser peligroso pues hay fuerzas superiores a él que no puede resistir*. De lo anterior se desprende que la imposición de una pena carece de legitimidad, ya que el hombre no busca el delito, si lo comete, es por consecuencia de las causas antes mencionadas, valga decir, niegan la imputabilidad, por lo mismo entendemos no se lo puede sancionar legítimamente.

⁶⁴ CARRARA Francesco, *Ob. Cit. Volumen I*, p. 31.

Posteriormente, destaca Karl Jaspers, quien ante el dilema jurídico propuso la siguiente solución:

*“al acusado que no quiere ser castigado porque no puede obrar de otra manera, puesto que es tal como es, de una vez y para siempre, se le respondería que el juez que le castigase no podía actuar de otro modo, puesto que también por su parte tenía que obrar así”*⁶⁵

Apareció luego la escuela intermedia, capitaneada por Liszt, quién a pesar de ser un determinista convencido, sostuvo que el determinismo o el libre albedrío, es indiferente para la elaboración del sistema penal, para él es insostenible el dilema de la ilegitimidad de la pena en que el hombre se veía prácticamente forzado a delinquir, por lo que la culpabilidad no debe sostenerse sobre la base del libre albedrío moral, sino que es un concepto independiente del mismo. Liszt definió la imputabilidad como *“la capacidad de conducirse socialmente”*⁶⁶ para lo cual se requiere que el autor sea capaz de realizar una completa valoración social, y adecuar sus acciones a la misma. El hombre que puede hacerlo tiene una facultad de **determinación normal, se encuentra en un estado de normalidad psicológica y por consiguiente es imputable.**

A la teoría de Liszt le sigue en importancia la Teoría de la causalidad, o llamada también la “Teoría de la intimidación” o de la “Coacción psicológica”, defendida por Anselmo Von Feuerbach y Giandoménico Romagnosi, concordante con la teoría de la Prevención general de la pena, misma que sostiene que el hombre se ve sujeto a condiciones que le impelen a delinquir, y es por eso que la autoridad social debe impelerle a no delinquir, creando causas contrarias a aquellas, que además generan un beneficio para toda la sociedad⁶⁷. Señalan que en el caso del hombre que no se siente “amenazado” por las consecuencias negativas de su actuar, la pena será inocua y no alcanzará su fin. A nuestro criterio el talón de Aquiles de sostener esta Teoría, es que si el hombre se encuentra “abandonado” en medio de causas internas y externas, el justificar la pena como causa contraria, presupone que el hombre a

⁶⁵ Cfr. JASPERS Karl, Cit. Por FRIAS CABALLERO Jorge, *Ob. Cit.*, p. 60.

⁶⁶ Cfr. VON LISZT Franz, Cit. Por FRIAS CABALLERO Jorge, *Ob. Cit.*, p. 63.

⁶⁷ CARRARA Francesco, *Ob. Cit. volumen I*, pp.31-33.

decidido escoger este camino y no el opuesto, pero, ¿cómo tomó una decisión si no tiene libre albedrío?

La escuela Neoclásica propone por su parte la Teoría de la Voluntariedad, afirmando que el problema de la imputabilidad es independiente, del determinismo o el libre albedrío, basta que exista voluntariedad en el acto para que este sea imputable, basta pues según ella la comprobación de la espontaneidad o libertad externa, expresamente prescindiendo de la libertad interna, en otras palabras una libertad *física* para actuar. Definen a la voluntad como la capacidad psicológica de determinarse según los motivos.

1.2.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y SU IMPORTANCIA

Es necesario que nos refiramos a la imputación subjetiva que se la conoce también por el nombre de Teoría de la culpabilidad, pues pone a ésta como requisito de la responsabilidad. Tiene su origen en el Derecho Romano, de ahí por ejemplo la máxima “*internis non judicat praetor*”;⁶⁸ sin embargo al irse implantando nuevos sistemas económicos, fue cediendo su camino a la imputación objetiva-*responsabilidad sin culpabilidad*-, reapareciendo a finales del siglo XVIII, y en la primera mitad del siglo XIX.

En el iluminismo, dado el poco desarrollo de la ciencia jurídica y las ciencias sociales en general, resultaba prácticamente imposible llegar a la esencia de ese complejo fenómeno, lo cual no significa que no existieran aproximaciones a sus rasgos esenciales, pero la época imponía obstáculos que impedían llegar a un concepto concreto. Es por eso que inicialmente se la empezó a considerar como límite o presupuesto a la imposición de la pena, lo que posteriormente se entendería como *el principio de culpabilidad*.

En conclusión la culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, *-la participación subjetiva del*

⁶⁸ El Juez no juzga el fuero interno, como fue citado por José Antonio Caro Jhon, en un trabajo sobre la imputación subjetiva publicado en la Universidad de Bonn.

autor en el hecho aislado-, en otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre *hizo* y no a lo que el hombre *es*, apartando así el peligroso Derecho Penal de autor. Por otra parte, al fundar la pena en lo que el hombre *hizo* y no en lo que *podrá hacer* (es decir su *peligrosidad* futura, argumento esencial de la teoría de la prevención especial) separa la pena de la medida de seguridad.

El mero saber o conocer algo en sí mismo pertenece al ámbito privado, al fuero interno de la persona, a aquello que determina su esencia como ser racional, y es en base a este conocimiento que una persona va a adecuar su comportamiento dentro del mundo social.

Como hemos analizado con anterioridad, dicha consciencia puede encontrarse disminuida o alterada, y no permitir al sujeto adecuar su comportamiento, o si lo hace muchas veces parte de una realidad alterada. Este fuero interno marca la frontera hasta la cual el Derecho Penal puede llegar, ya que como dijo Günther Jackobs, “*sin su ámbito privado el ciudadano no existe*”⁶⁹, el conocimiento no resulta en lo absoluto *políticamente dañoso*, ni puede producir una perturbación social, esto es así por cuanto el conocimiento humano es de ilimitada constitución⁷⁰ –*no puede ser definido ,ni delimitado* - por lo tanto impide graduar la culpabilidad, lo cual nos lleva a dos soluciones posibles: la primera, aceptar la teoría de la imputación objetiva, la segunda perdernos en intentar descifrar el pensamiento humano, y adentrarnos en cuestiones filosóficas a fin de delimitar el momento en que puede ser punible. Como vimos la única escuela que responde verdaderamente a las necesidades del Derecho es la psicologísta – Escuela que sostiene la Teoría *Subjetiva-*, pues considera que el conocimiento puede ser punible cuando se dirige a la lesión de un bien jurídico ajeno, y a partir de eso, el sujeto selecciona los medios, e impulsa finalmente la acción hasta la consecución de su meta, en otros términos, parten de lo interno -la mente del autor-, y luego se dirige a lo externo –el resultado-.

La teoría normativista –*Imputación Objetiva-* determina la relevancia penal de lo subjetivo en una interpretación del hecho que va de lo externo hacia lo interno de la conducta, a diferencia de las psicologicistas, no interpretan ni verifican la consciencia del autor, sino

⁶⁹ Cfr. JACKOBS Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Cit. por PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 297.

⁷⁰ CARO JHON José Antonio, *Imputación Subjetiva*, publicado en la Universidad de Bonn.

más bien le atribuyen un sentido o un significado penalmente relevante. El orden de análisis es imprescindible: primero se verifica si la conducta reúne un significado social perturbador, y, después de haberse determinado ese significado, se decide si dicha conducta es imputable a su autor a título de dolo o culpa.

A nuestro criterio, no podemos nunca olvidar que el Derecho Penal se concreta sobre las acciones de **seres humanos**, como tal somos sujetos a pasiones, deseos, impulsos y, a pesar de compartir una misma especie, somos todos y cada uno distintos a nuestro prójimo por lo mismo nuestros actos deben ser analizados en concreto.

Consideramos inadmisibles sostener que somos simples causadores del delito y que por lo tanto no le corresponde al Derecho Penal analizar el aspecto subjetivo, rechazamos de plano la responsabilidad sin culpabilidad- *imputación objetiva*- así como la teoría de la normatividad, pues de esta forma se crea un precedente que permite juzgar al más cruel asesino, de la misma forma que, a un hombre delirante que no distingue a un ser humano de alguna creación de sus fantasías y al sentirse amenazado le dispara y lo mata.

1.2.7. TRATAMIENTO DE LA INIMPUTABILIDAD EN EL ECUADOR Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

la doctrina argentina considera 3 “*grados*” en términos generales para determinar la inimputabilidad, la existencia de una consciencia perturbada, una alteración morbosa de las facultades y la involuntabilidad, además es necesaria la falta de un ámbito de autodeterminación que le permita al sujeto comprender el carácter injusto o antijurídico del hecho, así como ajustar su conducta a dicha comprensión, sin querer con esto delimitarla como un concepto simplemente médico, biológico o psiquiátrico, lo que de forma general se recoge en la legislación penal comparada en tres distintos métodos o *fórmulas de inimputabilidad*.⁷¹

⁷¹ FRIAS CABALLERO Jorge, *Ob. Cit.* p. 128

la primera fórmula, *-psiquiátrica-* es aquella en la cual la ley se limita a indicar los estados que excluyen la imputabilidad, en otras palabras, señala expresamente los estados que generan inimputabilidad y los requisitos para que exista la imputabilidad se obtienen de forma inductiva y no se encuentran expresamente manifestados; la segunda fórmula – *psicológica-* indica únicamente la exclusión del contenido de la imputabilidad – *circunstancia de no comprender ni poder adecuar las acciones de acuerdo a ese entender-* sin enumerar sus causas; y la tercera la *-mixta-*, la más completa, pues reúne la fórmula psiquiátrica y la psicológica, por lo que se consignan por un lado las causas y por otra la exclusión.

Las palabras usadas para referirse a la imputabilidad varían ligeramente como la capacidad de “*querer y entender*”; de “*comprender la criminalidad del acto o el dirigir de las acciones*”⁷²; de “*entender el carácter criminal del hecho o de determinarse de acuerdo con ese entendimiento*”⁷³; de “*capacidad de comprender la criminalidad del acto o inhibir sus impulsos delictivos.*”⁷⁴

En nuestro país el artículo 34 del Código Penal utiliza la fórmula psiquiátrica, textualmente dice “*No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o querer*”. Con esta fórmula se excluye de la inimputabilidad a aquellas patologías que no imposibilitan el querer o entender *-los psicópatas por ejemplo-*, que consideramos acertado, se excluye también aquellas patologías en las que el sujeto es plenamente capaz de comprender y adecuar su comportamiento de acuerdo a eso, pero que parten de una concepción deformada de la realidad *-alucinaciones- por ejemplo-*, y lo mismo aquellas patologías en las que el sujeto comprende la antijuridicidad de su accionar, más le es imposible en muchos casos adecuar su comportamiento de acuerdo a dicha comprensión *-la cleptomanía por ejemplo-*.

A nuestro criterio la redacción del legislador es incorrecta pues por otro lado parece establecer la inimputabilidad en los casos de ausencia **total** de la consciencia – no poder

⁷² *Ibíd.* p. 128.

⁷³ Código Penal Brasileño, artículo 22.

⁷⁴ Código Penal Boliviano.

entender ni querer- y para los casos en los que existe una imposibilidad parcial, se establece una **imputabilidad**, con consecuencias disminuidas, lo cual se corrobora si hacemos la correspondiente concordancia con el artículo 35 mismo que dice: “*quien, en el momento de realizar el acto delictuoso estaba, por razón de enfermedad, en tal estado mental que, aunque disminuida la capacidad de entender o de querer, no le imposibilitaba absolutamente para hacerlo, responderá por la infracción cometida, pero la pena será disminuida como lo establece este código*”. (las negrillas y lo subrayado me pertenecen), el absurdo del legislador va más allá al establecer que la pena será **disminuida** de un cuarto a la mitad, de acuerdo con las circunstancias que serán debidamente apreciadas por el Juez.

Lo que se debería hacer para estos casos en los que existe una imposibilidad parcial es tomar el modelo del Código Penal Español que establece una **semiimputabilidad**, en su Artículo 104, que dice: “el Juez o Tribunal podrá imponer, **además** de la **pena** correspondiente, **las medidas** previstas en los artículos 101, 102 y 103 (*medidas de seguridad*), .

Creemos que la forma en la que están redactadas las normas en Ecuador, el juez no tiene otra opción que declarar imputable determinada conducta a pesar que el agente no haya tenido el grado de consciencia requerido para entender lo que hacía o adecuar su conducta de acuerdo a lo que entendía, condenando a personas que clínicamente requieren un tratamiento médico, a sufrir una privación de la libertad, de ésta forma los centros de Rehabilitación Social no pueden cumplir con su objetivo, pues cabe preguntarse ¿De qué rehabilitación social estamos hablando, cuando se condena a enfermos mentales que en muchos casos son incurables, y en otros muchos, requieren un tratamiento médico y ser internados en centros especializados a fin de inocularlos? es por eso que creemos que es impostergable una reforma y actualización del Código Penal ecuatoriano que desde 1938 no ha sufrido mayores modificaciones.

Pero lejos de ser un error en la redacción únicamente ecuatoriana, similares equívocos se ven en la legislación chilena que es generalmente considerada la legislación tipo para América Latina, y en la Venezolana por citar dos ejemplos.

Es así como el legislador Chileno establece en el Artículo 10 del Código Penal *”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**”*

Idéntico error comete el legislador Venezolano en los artículos 62 y 63, pero es rescatable el inciso final que indica: *“... cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, de la cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el **establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.**”* (las negrillas y lo subrayado me pertenecen.) errores que han sido corregidos por parte de los jueces, aplicando la doctrina, sin que esto pueda ser pretexto para aplazar un cambio en la redacción del artículo en el Ecuador.

Para la reforma propuesta, se podría tomar como modelo el Artículo 34 del Código Penal Argentino que recoge la fórmula mixta de la imputabilidad, textualmente dice:

*“No son punibles: 1°. el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable (**parte psicológica**), comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (**parte psiquiatría**). En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenara la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”* (Las negrillas y lo subrayado me corresponden);

Y complementarla con el inciso final del artículo 62 del Código Penal Venezolano:

“... cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, de la cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.”

(Las negrillas y lo subrayado me pertenecen.)

Es decir se excluye del poder punitivo cuando el agente padece: 1) insuficiencia de las facultades; 2) alteración morbosa de las facultades; o 3) estado de inconsciencia; y siempre que por cualquiera de las anteriores razones no haya podido: 1) comprender la criminalidad del acto o 2) dirigir sus acciones, o ambos y, además, se le da a la persona la oportunidad de que su familia lo pueda tratar, en caso de no haber un establecimiento adecuado, pues se ha llegado a conocer que en algunos casos, esta última reflexión ha sido el pretexto para mantener a personas **judicialmente declaradas inimputables**, dentro de los Centros de Rehabilitación Social.

CAPITULO II LOS ENFERMOS MENTALES NEURO PSIQUIÁTRICOS

En el capítulo anterior, analizamos que existe un mínimo de capacidades psicológicas-psiQUIÁTRICAS que el sujeto debe poseer y que determinan si un injusto le puede ser imputado, mismas que en primer lugar deben permitirle entender la antijuridicidad, el por qué es ilícito su acto, así como permitirle adecuar su comportamiento a dicha comprensión. Explicamos también que existen casos en los que el sujeto puede tener algún tipo de alteración en su consciencia como resultado de una insuficiencia en sus facultades la cual no le permite someter sus actos a un juicio crítico; puede también tener una alteración de la consciencia, de la forma como representa el mundo, sin que esto necesariamente le signifique disminución de sus capacidades de juicio crítico, más al partir de una realidad falsa, cae en un error de tipo como consecuencia de esa errónea representación. Finalmente existen los casos en que un sujeto se encuentra totalmente privado de su voluntad y realiza en muchos casos actos reflejos.

El momento en que empezamos a desarrollar esta investigación y enfrentarnos a bibliografía abundante, pudimos concluir que este tema se divide en dos categorías, la primera aquella en la cual los juristas se enfocan concretamente en la parte jurídico filosófica de la imputación y la segunda que a más allá del análisis jurídico filosófico, pretenden realizar un alcance a los temas médicos, que por su contenido complejo y de alta especialización médica, no es profundizado. Por otro lado incursionar en la medicina, a pesar de lo interesante que podría resultar, creemos que es muy complicado para un

abogado, peor tratar analizar y comprender un libro médico donde se explique con lujo de detalles las enfermedades mentales que en el caso concreto nos ocupan⁷⁵.

Es así como en el presente capítulo analizaremos la legislación ecuatoriana pertinente así como literatura médica concerniente al tema de investigación.

2.1. LA SALUD MENTAL

DEFINICION SEGÚN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

La Constitución de la OMS define la salud como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”⁷⁶. (Las negrillas y lo subrayado me corresponden). Como vemos, para considerar sana a una persona no solamente debemos tener en cuenta su aspecto físico, al que tal vez podríamos considerar como “*externo*”, pues generalmente, al sufrir una enfermedad sus efectos se hacen notar fuera del organismo valga decir se exteriorizan a través de los síntomas que produce, sino también el aspecto psicológico que a pesar de lo impreciso del término podemos llamar un aspecto “*interno*”, por ejemplo un atleta completamente saludable, o un hombre bien alimentado robusto y fuerte, quienes pueden estar en condiciones físicas impecables, pero pueden tener algún desorden psicológico, psiquiátrico o sufrir una enfermedad neurológica que no afecte su desempeño físico, pero que si tenga una grave influencia en su comportamiento, en la forma en que su cerebro procesa la información que obtiene, o en como el cerebro interpreta dicha información.

De la misma forma la O.M.S. define la salud mental como:

⁷⁵ Por todo lo anteriormente señalado, en el desarrollo de este tema consultaremos el contenido de un libro recientemente publicado por el Dr. Byron Uzcátegui Andrade, *La Génesis Bio Social de la Violencia en el Ecuador*, Quito, 2007.

⁷⁶ Organización Mundial de la Salud, septiembre de 2009, disponible en: <http://www.who.int>.

“Un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad.”⁷⁷.

Concepto que se encuentra recogido en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud ecuatoriana, que textualmente dice:

“La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.”

Esta última parte de la definición de Salud Mental, es muy importante para nuestro objetivo ya que enmarca la actitud de la persona o individuo en su aporte positivo hacia su comunidad; es claro que el enfermo mental por su patología no está en capacidad de responder con de una manera positiva y constructiva para beneficio social; por lo cual se impone el análisis científico en el caso del delincuente, de su estado mental y de su posible patología orgánica causante de su conducta desadaptada y antisocial.

En nuestro País el derecho a la salud se encuentra garantizado en el Artículo 32 de la Constitución de la República, se establece que para su ejercicio *“se garantizará el acceso permanente oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicio de promoción y atención integral, de salud, salud sexual y salud reproductiva”*. Debemos entender que al referirse al término salud, los asambleístas utilizan la acepción más amplia que como vimos no es solamente el aspecto físico, sin embargo consideran quizá para darle más importancia nombrar explícitamente a la salud sexual y reproductiva, lo antes dicho se corrobora haciendo la concordancia con el Régimen del Buen Vivir (Arts. 340 al 415), que es básicamente un conjunto coordinado de sistemas y las instituciones y organismos que los conforman (según cada área específica, salud, educación, etc.), para garantizar los derechos

⁷⁷ Organización Mundial de la Salud, septiembre de 2009, disponible en: <http://www.who.int>.

consagrados en la Constitución, para la salud dice en su artículo 359 que “el sistema abarcará todas las dimensiones de la salud”, lo cual nos hace preguntarnos ¿por qué no consideraron importante referirse explícitamente también a la salud mental? creemos que es un tema que no se lo puede tomar a la ligera, y a pesar de tener una Constitución de avanzada, como veremos en líneas posteriores prácticamente no se hace referencia a la salud mental en más que un solo artículo, continuando con el razonamiento anterior, creemos que tal vez las enfermedades mentales se las podría encasillar como un tipo de “discapacidad” a fin de que el tratamiento de aquellas no quede en el limbo.

El artículo 47 de nuestra Constitución, al referirse a las personas con **discapacidad**, en su numeral 9 garantiza la “*Atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual*”. El artículo 49 dice “*las personas y familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención*” El artículo 51 al enumerar los derechos de las personas privadas de la libertad reconoce en su numeral 6, “ **recibir un tratamiento preferente y especializado** en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia adolescentes y las personas adultas mayores, enfermas o **con discapacidad** . *(las negrillas y lo subrayado me corresponden)*.

El artículo 203 en su numeral 2 - *único artículo donde expresamente se habla de la salud mental dentro de nuestra Constitución*- establece dentro de las directrices para el sistema de rehabilitación social, que dentro de los Centros de Rehabilitación Social se ejecutarán y promoverán planes de **salud mental** y física, *(las negrillas y lo subrayado me pertenecen)*.

Creemos que lo mejor para que de verdad se garantice el derecho a la salud en su totalidad, se podría hacer una pequeña enmienda en el Artículo 32 de la Constitución a fin de incluir de forma explícita la *Salud Mental*.

Nuestra Ley Orgánica de Salud le da la competencia al Ministerio de Salud Pública como Autoridad Sanitaria Nacional, para que “*crea los mecanismos regulatorios necesarios, para*

que los recursos públicos se orienten a la implementación, seguimiento y evaluación de planes, programas y proyectos de salud”⁷⁸

Le da también en su artículo 6 numeral 11, la facultad para “*Determinar zonas de alerta sanitaria, identificar grupos poblacionales en grave riesgo y solicitar la declaratoria del estado de emergencia sanitaria*”

En el artículo 11 dispone que el Ministerio de Salud conjuntamente con el Ministerio de Educación y cultura, vigilarán que en los centros educativos se garanticen entre otros derechos, el de la salud mental de los estudiantes.

El Art. 14 dispone que “*Quienes forman parte del Sistema Nacional de Salud, implementarán planes y programas de salud mental, con base en la atención integral, privilegiando los grupos vulnerables, con enfoque familiar y comunitario, promoviendo la reinserción social de las personas con enfermedad mental.*” (las negrillas y lo subrayado me corresponden)

Para el cumplimiento de esto se creó un organismo multilateral integrado entre otras por el Ministerio de Salud, IESS, Facultades de Ciencias Médicas y de la salud de las Universidades⁷⁹, por citar las que consideramos más relevantes.

La Ley sobre Discapacidades, cuyo ámbito es “*proteger a las personas con discapacidad; establece un sistema de prevención de discapacidades, atención e integración de personas con discapacidad que garantice su desarrollo y evite que sufran toda clase de discriminación, incluida la de género.*”⁸⁰

Establece en su artículo 17, que se encuentran amparadas por la ley sobre discapacidades

*“Las personas naturales, nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, con discapacidad, causada por una **deficiencia**, pérdida o **anormalidad** de una estructura o **función psicológica o anatómica**, de carácter permanente que tengan restringida total o parcialmente, por su situación de desventaja, la capacidad para realizar una actividad que se considere normal;...”*

⁷⁸ Ley Orgánica de Salud, artículo 5.

⁷⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, artículo 7.

⁸⁰ Ley sobre Discapacidades, artículo. 1.

la discapacidad se califica por parte del Ministerio de Salud y el INNFA, siguiendo los parámetros que dicte el Consejo Nacional de Discapacidades, para posteriormente obtener el carnet de discapacidad otorgado por el CONADIS:

El artículo 3 del reglamento a la ley de Discapacidades, define lo que se entiende por persona con discapacidad:

*“a toda persona que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, **mentales** y/o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente se ve restringida en al menos un treinta por ciento de su capacidad para realizar una actividad dentro del margen que se considera normal, en el desempeño de Sus funciones o actividades habituales.”*

Existe un listado de enfermedades de notificación obligatoria ⁸¹, que por razones del contenido y para no desviarnos de nuestro tema no vamos a listar, pero se encuentran disponibles en la página web del Ministerio de Salud ecuatoriano, pero es importante referirnos a este tema por cuanto, son enfermedades que al presentar síntomas obligan al médico a notificar de manera urgente al Ministerio de Salud, a fin de requerirle la ayuda y en algunos casos la medicación necesaria, proponemos que la esquizofrenia se incluya dentro del numeral 14 que se refiere al comportamiento humano, pues es la que causa mayores casos de inimputabilidad.

Por último existe una institución sin fines de lucro, constituida legalmente desde 1987, mediante Acuerdo Ministerial N° 162⁸², La Federación Ecuatoriana Pro Atención a la Persona con Deficiencia Mental, Parálisis Cerebral, Autismo y Síndrome de Down - FEPAPDEM – la cual integra el CONADIS, y básicamente busca lograr un mejoramiento de la calidad de vida de las personas con discapacidad mental.

A raíz de la “década del cerebro” en los años 1990-2000, decretada a nivel mundial, la comunidad científica internacional se preocupó entre otros objetivos, de la investigación del cerebro de los delincuentes por medio de procedimientos y tecnología de punta como

⁸¹ Ministerio de Salud del Ecuador, septiembre de 2009, disponible en:
http://www.msp.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=66&Itemid=175

⁸² Consejo Nacional de Discapacidades, septiembre de 2009, disponible en:
<http://www.conadis.gov.ec/fepapdem.htm>

Tomografía computarizada, Resonancia Magnética estructural, Tomografía por emisión de positrones , entre las principales; con los cuales se puso en evidencia que al menos patologías tan importantes como el Trastorno antisocial de personalidad (TAP) que afecta al 80-90% de los internos, la Esquizofrenia, las Psicopatías violentas y los desórdenes convulsivos como la Epilepsia, tiene su sustrato orgánico bien definido como causante de una conducta antisocial y violenta.

2.2. CLASIFICACION INTERNACIONAL DE LAS ENFERMEDADES MENTALES

Internacionalmente dentro de la comunidad médica se utilizan la clasificación CIE-10, que se sirve para fines estadísticos, designando cada enfermedad mental con un código propio, por ejemplo las demencias con la clave F00-f09.

Existe una segunda clasificación la DSM (por sus siglas en Inglés), fue propuesta por la comunidad Norte Americana de psiquiatría, con fines académicos es complementaria a la anterior, pues las clasifica en forma similar, pero añade también los síntomas de cada enfermedad, sin que exista mayor variación en las enfermedades que clasifica, y no es reconocida internacionalmente, misma que nos reproduciremos por fines académicos, aclarando que la mundialmente utilizada es la CIE-10.

2.2.1. CLASIFICACIÓN CIE-10.

Es la clasificación internacional de las enfermedades en el ser humano, propuesta por la OMS y se la ha dividido en varios ejes numéricos y alfabéticos para su mejor comprensión y clasificación estadística. Las patologías neurológicas se agrupan bajo el eje G y las psiquiátricas bajo el eje F. Siendo estas últimas las que mayormente cursan con conductas violentas y delincuenciales, están agrupadas desde el Eje F00 en adelante podrían ser causa de inimputabilidad penal o atenuación de la pena, debido a que algunas de ellas cursan con alteración del estado de conciencia y anulan la voluntad.

A continuación la reproducimos⁸³:

- **F00-f09: Las demencias.** (Como la de Alzheimer, la fronto temporal, la vascular o demencia senil, principalmente)
- **F07.2 El síndrome post-conmocional.** (Que son un conjunto de síntomas conductuales que ocurren luego de un traumatismo craneo encefálico de consideración, generalmente con pérdida del conocimiento de días de duración)
- **F10-F19 Los trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotropas.** (incluida la Intoxicación alcohólica patológica.)
- **F20-29 La esquizofrenia.**
- **F30-39 Los trastornos del humor** (incluidas la depresión psicótica, el Trastorno bipolar con síntomas psicóticos.)
- **F51 Los trastornos no orgánicos del sueño.** (Conocidos como Parasomnias, y respecto a ellos es importante añadir que existen reportes de crímenes en estado onírico, en los cuales el paciente no puede distinguir la realidad y puede confundir a sus familiares con animales o con seres que le van a producir daño.)
- **F63 Los trastornos de los hábitos y del control de los impulsos.**
- **F63 La piromanía.**
- **F63.2 La cleptomanía.**
- **F65 Los trastornos de la inclinación sexual.** (Como la pedofilia.)
- **F70-79 El retraso mental.**
- **G09 Las secuelas de Meningo- Encefalitis.**
- **G40. La epilepsia.**
- **C71.Los tumores cerebrales.**

⁸³ <http://www.psicooactiva.com/cie10/cie1.htm>

2.2.2. CLASIFICACION DSM ⁸⁴

Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition (DSM)

Es la clasificación complementaria y que no se encuentra aprobada por la OMS, tan solo fue propuesta por la sociedad Norteamericana de Psiquiatría, con fines académicos. Se la conoce por sus siglas que en español significan Manual de Diagnóstico y Estadísticas de las Enfermedades Mentales.

Los cinco ejes de la clasificación multiaxial del DSM	
Eje I	Trastornos clínicos. Otros problemas que pueden ser objeto de atención clínica
Eje II	Trastornos de la personalidad. Retraso mental
Eje III	Enfermedades médicas
Eje IV	Problemas psicosociales y ambientales
Eje V	Evaluación de la actividad global

Como vemos en lugar de utilizar una clave formada por números y letras a fin de designar cada grupo de enfermedades mentales, simplemente las agrupa en 5 ejes.

FACTORES QUE INFLUYEN EN LA CONDUCTA HUMANA.

La conducta humana está determinada por tres clases de factores que interactúan entre sí: biológicos, ambientales y personales. Es decir, que se influyen y condicionan recíprocamente. Los factores biológicos son la herencia y la maduración. Los factores ambientales son: el medio natural, el medio social y el medio cultural, que ejercen su influencia mediante el aprendizaje; mientras que el factor personal está constituido por el

⁸⁴ <http://www.eutimia.com/dsm4/>

yo, que es producto de los dos anteriores, pero que, con variables grados de desarrollo individual, ejerce innegable influencia sobre la propia conducta.

2.3. LA NEUROPSIQUIATRIA

El desarrollo de la neuropsiquiatría biológica especialmente en España, se inició a principios del siglo XX siguiendo las corrientes somaticistas europeas y bajo la gran influencia de Cajal, en torno a cuya figura se gestó una escuela de discípulos caracterizada por su orientación germánica, su componente mixto neuropsiquiátrico y su afinidad hacia la histopatología. Uno de sus más prestigiosos representantes fue Gonzalo Rodríguez Lafora. Tras formarse en el campo de la neuropatología y de la psiquiatría en Alemania, al lado de Alzheimer, Kraepelin, Rothmann y Minkowski, Lafora se ocupó, en 1910, de la dirección del Laboratorio de Histopatología del Government Hospital for Insane de Washington, donde realizó algunos de los descubrimientos más relevantes de su carrera científica, como la descripción histopatológica de 2 de los primeros 10 casos de enfermedad de Alzheimer en Estados Unidos y de un tipo de epilepsia mioclónica, conocida a partir de entonces como "enfermedad de Lafora". En este campo, Lafora estudió también la histopatología de la placa senil, el paludismo cerebral, la neurosífilis, la parálisis agitante, etcétera, mientras en el ámbito de la neurología estudió las funciones del cuerpo calloso, la corea y atetosis, la fisiopatología del sueño, las encefalitis y meningitis. Finalmente, en el marco estrictamente psiquiátrico, se ocupó del estudio de las psicosis paranoides, las alucinaciones auditivas, las celotipias, los síndromes obsesivos y, sobre todo, las bases morfológicas de la esquizofrenia, y postuló incluso una hipótesis sobre su origen endocrino. La relevancia de los trabajos de Lafora en estos campos trascendió ampliamente las fronteras de España y se puede considerar el gran pionero de la neuropsiquiatría biológica española⁸⁵.

⁸⁵ LÓPEZ MUÑOZ Juan de Dios/MOLINA Martín/DE PABLO Silvia/ALAMO Cecilio, *Psiquiatría biológica*, Publicación oficial de la Sociedad Española de Psiquiatría Biológica. Vol. 14, N.º. 3, 2007, pp. 108-120.

Hay autores como el Dr Germán Berríos de la Universidad de Cambridge, que sostienen que las enfermedades Neurológicas puras, producen solamente síntomas psiquiátricos y no una enfermedad psiquiátrica total, lo cual es cierto en determinadas patologías; sin embargo al tratar de juzgar un acto delictivo que haya producido una consecuencia punible (crimen, violencia, asalto sexual, por citar varios ejemplos), la investigación de la probable patología o enfermedad cerebral cobra importancia ya que en determinados casos, como los que expondremos para ilustrar este análisis, estas lesiones orgánicas neurológicas han alterado tanto el comportamiento del individuo, que podría decirse que en muchos casos son la base de la conducta antisocial o delictiva⁸⁶.

Esta última concepción determina que estas dos especialidades, la Neurología y la Psiquiatría, actualmente tiendan a la integración en una sola como es la Neuropsiquiatría, que en el caso de los peritajes para determinación de imputabilidad, se complementarían ampliamente estudiando tanto el aspecto psíquico del individuo como su componente orgánico.

2.4. ENFERMEDADES NEURO PSIQUIATRICAS MÁS RELEVANTES

Para mejor comprensión de lo que significa la presencia de trastornos antisociales de la conducta como producto de alguna enfermedad mental, es necesario explicar que ciertas patologías como las que mencionaremos a continuación, especialmente la Epilepsia, si bien dentro de la clasificación Internacional de enfermedades, se encuentra catalogada como Neurológica, ciertas variedades de Epilepsia, como la de origen en el Lóbulo Temporal y que se caracteriza por manifestaciones como movimientos anormales, automatismos, sensaciones irreales de vivencias y especialmente conductas automáticas y fugas epilépticas, la persona puede cometer actos de agresión; por estas últimas características, estas enfermedades tienen un componente psiquiátrico, de ahí que es sumamente importante conocer estas variedad de enfermedades para el juzgamiento correcto de una imputabilidad en el sujeto enfermo.

⁸⁶ www.deficitdeatencionperu.org/berrios.htm

2.4.1. LA EPILEPSIA

Para la Psiquiatría Forense interesan ciertas manifestaciones clínicas que decurren con alteración del estado de conciencia y anulación de la voluntad: la Confusión epiléptica o estado confusional, que puede ocurrir durante una crisis o inmediatamente después de la misma⁸⁷.

El automatismo epiléptico, que cursa con conductas estereotipadas y en algunos casos especialmente en las epilepsias del Lóbulo Temporal, puede manifestarse con actos de agresividad no dirigida, pero que pueden causar daño en el entorno del paciente.

El furor epiléptico por su parte, es un estado de extrema violencia, con auto o hétero agresividad, y que se puede presentar en plena crisis, entre las crisis y en el estado confusional post crítico.

La fuga epiléptica, es un estado confusional post crítico que puede durar horas o días en el que el paciente presenta automatismos, deambulación o estado de mal epiléptico, con actuaciones y conducta anormales y que pueden eventualmente impulsarle a cometer actos en contra de la ley.

En cuanto a la criminalidad epiléptica, el concepto viene más de una estigmatización de la enfermedad ya que estudios seriales han demostrado que el porcentaje o prevalencia de actuaciones criminosas secundarias a crisis epilépticas, es más bien pequeño. De hecho Gastaut ha reportado solamente 2 casos de homicidios ligados a epilepsia.

En estudios recientes con meta análisis de 30.000 casos, sólo el 1% correspondieron a crisis con violencia y se confirma la baja incidencia de actos violentos dirigidos, como parte de una crisis convulsiva. Por lo que la inimputabilidad debe ser sustentada con criterios estrictamente médicos científicos⁸⁸.

⁸⁷ MONCHABLÓN ESPINOZA Alberto, *La inimputabilidad en la epilepsia*, 2008.

⁸⁸ COSACOV Rolando, *Violencia y Epilepsia Aspectos médico-legales*, Colombia, 2003.

2.4.2. LA ESQUIZOFRENIA

Es la patología psiquiátrica más considerada a nivel mundial como causal de inimputabilidad penal, debido a que es un trastorno que provoca severa distorsión de la realidad tanto en la percepción cuanto en el contenido del pensamiento; además entre su sintomatología “positiva” está la producción de alucinaciones visuales y auditivas, siendo estas últimas las más peligrosas dentro del estudio de la violencia, ya que pueden generar en la mente del paciente ideas de muerte tanto autolíticas como dirigidas a otras personas a las que el esquizofrénico, en su delirio, las considere peligrosas o que pueden causarle daño o perjuicio.

Antiguamente se la consideraba como una psicosis endógena, generalmente con antecedentes genéticos, sin embargo en la actualidad gracias a los modernos procedimientos de neuroimagen y funcionales, se ha podido comprobar que también existen lesiones estructurales en el cerebro de los Esquizofrénicos, como dilatación de los ventrículos, áreas atróficas y otras con funcionamiento anormalmente bajo.⁸⁹

En nuestro medio, de acuerdo a estadísticas de la Unidad de Salud Mental de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social del año 2008, se encuentran a nivel nacional 10 casos de internos que han sido declarados legalmente inimputables por el Juez y el diagnóstico médico de todos y cada uno de ellos es el de esquizofrenia paranoide, distribuidos en varios Centros de Rehabilitación Social del país⁹⁰.

Como dato interesante, solamente en el Centro de rehabilitación social de Loja existen 5 de los 10 internos esquizofrénicos, que en este caso son atendidos por un médico psiquiatra del Hospital Estatal de Loja., sin embargo debido a la inexistencia de un lugar que sea destinado para tratamiento de los enfermos mentales que han sido declarados jurídicamente inimputables, permanecen al interior del Centro de rehabilitación social.

⁸⁹ PARELLADA E./ BERNARDO M./ LOMEÑA F., *Neuroimagen y Esquizofrenia. Medicina Clínica*. Vol. 101. N° 6. Barcelona, 1996

⁹⁰ Estadísticas de la Unidad de Salud Mental de la DNRS., Situación actual de la Salud Mental en Rehabilitación Social, 2008.

2.4.3. EL RETARDO MENTAL

La Oligofrenia: Enfermedad mental caracterizada por un retraso mental e insuficiencia del normal desarrollo psíquico congénito o producido muy tempranamente y que admite gradaciones de una mayor o menor gravedad denominadas Oligofrenia profunda, media o, debilidad mental.

En la oligofrenia profunda o idiocia, la edad mental del sujeto es inferior a los 4 años, y su coeficiente intelectual es de alrededor de un 25 por 100 de lo normal, siendo estos sujetos totalmente inhábiles para adquirir los conceptos de la vida de relación social y para dirigir su conducta, por lo que deberían ser considerados **totalmente irresponsables**.

La autora Glorial Reales Cañadas manifiesta extensamente en lo relativo a los diferentes grados de retardo mental y su relación con la imputabilidad:

*“ Con edad mental de cuatro a ocho años y coeficiente entre el 26 y 50 por 100, pudiendo las que la padecen, especialmente en sus límites superiores o grados menos profundos, adquirir nociones sobre las normas de comportamiento y poseer cierta capacidad de elección, por lo que se consideran sus actos susceptibles de reproche penal si bien con su **imputabilidad disminuida** y, por consiguiente, también atenuada su responsabilidad en los términos privilegiados de una eximente incompleta.”*

Debilidad o retraso mental: Edad entre los 8 y 11 años y coeficiente entre el 51 y 70 por 100, y por encima de las anteriores, sin llegar a la total normalidad, con su responsabilidad igualmente disminuida, en mayor o menor grado, según la intensidad de su déficit o la complejidad del acto ejecutado. Pudiendo en el caso de débiles mentales en grado menor considerarles solo tributarios de una atenuante simple por analogía, en función de su capacidad de discernimiento sobre la trascendencia del acto ejecutado y de la percepción de la intimidación de la pena a él conminado.

“Las Oligofrenias no suponen en sí mismas, a diferencia de la psicosis, una alteración cualitativa de la vida psíquica, sino una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia. Y, dentro de las oligofrenias, la debilidad mental constituye frente a la imbecilidad y la

idiocia, el límite más próximo a la normalidad, pues supone un retraso intelectual de muy pocos años.”⁹¹

2.4.4. ESTADOS TRANSITORIOS DE IRA

En aquellos casos en los que ha predominado en una reacción humana agresiva un estado de furor o furia o un estado transitorio de ira extrema, el tratamiento debe ajustarse mucho a la realidad objetiva de los hechos analizados; “...además, por la cantidad de elementos que interfieren en este proceso donde las manifestaciones no son del todo iguales en todos los seres humanos por más normales o anormales que se le considere a cada uno, ya que en este punto lo que hay que entrar a analizar es si esa reacción emocional impidió fisiológica o mentalmente que el sujeto actuara conforme con su voluntad o si por el contrario éste, a pesar del influjo de la emoción en su organismo, estuvo en pleno conocimiento de lo que cometió.”⁹²

2.5. ENFERMEDADES NEUROLOGICAS MÁS RELEVANTES

En este caso, nos enfrentamos ante la presencia de patologías que tienen un sustrato de organicidad, es decir existe una alteración morfológica de base en la estructura cerebral la cual produce ciertas alteraciones en el funcionamiento de las neuronas y de las estructuras cerebrales que tiene que ver con la inhibición de los impulsos primitivos de agresividad, y como consecuencia de lo cual, se van a producir en el individuo conductas anormales desinhibidas, antisociales o altamente agresivas y violentas.

⁹¹ *La prueba pericial psiquiátrica y psicológica desde la perspectiva de su trascendental importancia en la apreciación judicial de eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal en los procedimientos penales sobre violencia en el ámbito familiar*, Interpsiquis, 2005.

⁹² ARCINIEGAS ALZATE María, TRUJILLO MAZA Andrés, *Emociones violentas como causales de inimputabilidad*,. Bogotá, 2000.

2.5.1. LOS TUMORES CEREBRALES.

Son crecimientos anormales del tejido cerebral y que pueden ser benignos y malignos y estar ubicados en las diferentes regiones del cerebro. De acuerdo a su localización, crecimiento y malignidad, pueden interferir en la conducta del ser humano y llevarle a actuar, como ya dejamos indicado anteriormente, de manera anormal y en muchos casos agresiva y violenta.

Hay casos reportados de Pedofilia secundarios a tumores cerebrales a nivel del lóbulo frontal, según la revista científica Archivos de Neurología, 2003. Se trata de un pedófilo con tumor en la región órbita frontal derecha, que se curó a raíz de la extirpación de la tumoración.⁹³

Un caso similar se reporta en BBC News de Octubre 21 del 2002.

Otros casos de incontrolable Pedofilia, son presentados en varias revistas científicas internacionales, con curación del problema sexual luego del tratamiento⁹⁴.

Otros estudios más recientes y que investigaron 18 casos de **pedofilia**, demostraron la existencia de lesiones en los lóbulos frontales y en otras áreas cerebrales relacionadas con el comportamiento, con las conductas adictivas y con el control de los impulsos; los estudios utilizaron aparatos de Resonancia Magnética con los que determinaron la existencia de atrofia de la sustancia gris como causa orgánica de su comportamiento sexual anormal⁹⁵.

⁹³ BURNS Jeffrey, *Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign*, Arch Neurol. 2003, pp. 60-437-440.

⁹⁴ CHOW Eva, CHOY Alberto, *Clinical characteristics and treatment response to SSRI in a female pedophile*, Archives of Sexual Behavior, Vol. 31, No. 2, April 2002, pp. 211-215.

⁹⁵ SCHIFFER Boris, PESCHEL Thomas, PAUL Thomas, GIZEWSKI Michael, LEYGRAF Norbert, *Structural brain abnormalities in the frontostriatal system and cerebellum in pedophilia*, Journal of Psychiatric Research, Vol. 41, No. 9, November 2007, pp. 753-762.

2.5.2. TRAUMAS CRANEALES

Hay estudios internacionales que demuestran en criminales violentos, la presencia de lesiones frontales post traumáticas, en tests neuropsicológicos y al menos la presencia de 1 signo neurológico a la exploración clínica en un 65 % de los casos.

En otro estudio con delincuentes juveniles, condenados a pena de muerte por crimen, en Texas en el 2004, se detectó antecedentes de traumatismo craneal temprano en el 100% de todos ellos⁹⁶.

2.5.3. LAS DEMENCIAS ORGANICAS

En este tipo de demencias, podemos citar entre las principales a la demencia Alzheimer y la demencia fronto temporal, como principales causantes del cometimiento de actos violentos, especialmente cuando están comprometidos los lóbulos frontales.

Hay un estudio comparativo entre pacientes que sufrían demencia tipo Alzheimer vs demencia fronto temporal, y se comprobó que aquellos afectos de lesiones frontales, presentaron historial de conductas socialmente atentatorias como asaltos, exhibicionismo, urinación pública, conducta laboral antiética, y atentados sexuales, todo después del inicio de la demencia.

Los afectados de demencia tipo Alzheimer tuvieron mucha menor incidencia de conductas violentas⁹⁷.

96 *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 32, 2004, pp. 408-29.

97 MILLER B. L., A. DARBY, BENSON D. F., CUMMINGS J. L., *Aggressive, socially disruptive and antisocial behaviour associated with fronto-temporal dementia*, *British Journal of Psychiatry*, 1997 p. 170.

2.6. CASOS EMBLEMATICOS DE LESIONES CEREBRALES QUE ALTERARON LA CONDUCTA

CASO PHINEAS GAGE

Es el caso más emblemático en la historia de la medicina, el cual demostró desde esa época (1848) que las lesiones cerebrales traumáticas, especialmente las localizadas en los lóbulos Frontales, inciden en el comportamiento del ser humano.

El 13 de septiembre de 1848 Phineas estaba trabajando a las afueras de Cavendish, Vermont, en la construcción de una línea de ferrocarril. Su puesto era de capataz y en general era descrito como un hombre eficiente y capaz. Una de sus funciones era colocar cargas explosivas en agujeros taladrados en la roca, para ello llenaba el agujero de pólvora, colocaba un detonador, y finalmente lo tapaba con arena y aplastaba la arena con una pesada barra de metal. Ese día Phineas en un descuido olvidó echar la arena antes de presionar con la barra, por lo que al hacerlo hubo una chispa que hizo que explotase la pólvora. Esta explosión a su vez provocó que la barra de metal saliese disparada atravesando el cráneo de Gage y aterrizando a casi 30 metros de distancia.

La barra, que medía un metro de largo y más de 3 cm de diámetro y pesaba 6 kilos entró a su cráneo por la mejilla izquierda y salió por la parte superior tras atravesar el cortex cerebral anterior. Sorprendentemente Gage no sólo no murió al instante, sino que se mantuvo consciente en todo momento. La crónica de la época relata incluso que habló a los pocos minutos.

Después del accidente le llevaron en una carreta varios kilómetros hasta la consulta del doctor Harlow; uno de los médicos del pueblo, que sería quien nos dejaría constancia de su evolución.

Sobrevivir a una explosión, a una herida como esa, y a la rudimentaria medicina de la época y seguir siendo capaz de andar y hablar racionalmente es sorprendente; no menos

sorprendente es que dos meses después el doctor Harlow consideraría que Gage estaba completamente recuperado, dándole el alta.

La realidad: Gage ya no era Gage.

Podemos entresacar lo que ocurrió a partir del relato que el doctor Harlow preparó 20 años después. Como ya hemos dicho la recuperación física de Gage fue completa; sin embargo en palabras del propio Harlow *"El equilibrio o balance entre su facultad intelectual y sus propensiones animales se había destruido"*.: Tras pasar la fase aguda, Gage se volvió irregular, irreverente, blasfemo e impaciente. A veces era obstinado cuando le llevaban la contraria, pero por otro lado pese a que continuamente estaba pensando en planes futuros, *"los abandonaba mucho antes de prepararlos"*; y era muy bueno a la hora de *"encontrar siempre algo que no le convenía"*. Todo esto a pesar de que previamente al accidente era un hombre responsable. *Su matrimonio terminó, ya que su esposa consideraba que él ya no era el mismo de antes y era mucho más agresivo.*

El caso de Gage está considerado como una de las primeras evidencias científicas que sugerían que la lesión de los lóbulos frontales podía alterar aspectos de la personalidad, la emoción y la interacción social. Antes de este caso (y bastante tiempo después) los lóbulos frontales se consideraban estructuras silentes (sin función), y sin relación alguna con el comportamiento humano⁹⁸.

98 Gaceta Médica, v.115 n.1 Caracas ene. 2007. (17ª) REV NEUROL, 2005; Caracas, pp. 40: 122-124.

LOS VETERANOS EX COMBATIENTES DE VIET NAM QUE SUFRIERON LESIONES CEREBRALES Y TUVIERON ALTERACIONES DE LA CONDUCTA.

A consecuencia de lesiones del lóbulo frontal, los pacientes son más propensos a usar la intimidación física o las amenazas verbales en situaciones de enfrentamiento potencial o real. Para probar esta hipótesis, se realizó un estudio comparativo de las lesiones del lóbulo frontal y la presencia de comportamientos agresivos y violentos.

Cincuenta y siete controles normales y 279 veteranos, de la misma edad, educación, y el tiempo en Vietnam, que había sufrido lesiones penetrantes en la cabeza durante su servicio en Vietnam, fueron estudiados. Observaciones de la Familia y auto-informes fueron obtenidos mediante escalas y cuestionarios que evaluaron una serie de actitudes agresivas y violentas y el comportamiento.

Los resultados indicaron que los pacientes con lesiones frontales demostraron consistentemente puntuaciones de Agresión / Violencia de la Escala, significativamente más altos que los controles y los pacientes con lesiones en otras áreas del cerebro.

Altas puntuaciones en la Escala se asocian generalmente con el enfrentamiento verbal, en lugar de agresiones físicas, que eran menos frecuentes. La presencia de comportamientos agresivos y violentos no se asoció con el tamaño total de la lesión ni si el paciente tuvo convulsiones, pero se asoció con una alteración con el comportamiento intrafamiliar.

Estos hallazgos apoyan la hipótesis de que las lesiones del lóbulo frontal aumentan el riesgo de comportamiento agresivo y violento, lo cual jurídicamente apoyaría la tesis de que la investigación o peritaje médico judicial, para declarar inimputabilidad, también debe sostenerse en estudios del funcionamiento cerebral, mediante técnicas actualizadas.⁹⁹

⁹⁹ GRAFMAN J., SCHWAB K., WARDEN D., PRIDGEN A. BROWN R., SALAZAR A. M. , *Frontal lobe injuries, violence, and aggression*, a report of the Vietnam Head Injury Study. NEUROLOGY 1996, pp.46-1231

CASO CHARLES WHITMAN

Este estudiante en la Universidad de Texas en Austin, mató a 14 personas e hirió a otros 32 durante un tiroteo en el campus universitario y en los alrededores de la universidad. Tres personas murieron en el campus y diez muertos más dentro de la torre de la Universidad en el 28 piso del edificio administrativo, el 1 de agosto de 1966; finalmente uno murió una semana más tarde como producto de sus heridas.

Previamente Whitman había asesinado a sangre fría a su madre y a su esposa y estos crímenes los registró y relató en su diario.

Finalmente fue muerto a tiros por la policía de Austin Oficial de Houston McCoy, con la asistencia de la policía de Austin oficial Ramiro Martínez. Se crió y creció en medio de una familia disfuncional, con abuso de las anfetaminas, y con problemas de salud, especialmente dolores de cabeza los cuales los relató en una de sus últimas notas como "tremendos".

Lo importante de este caso es de que el mismo Whitman debido a sus constantes dolores de cabeza y al notar su conducta antisocial y agresiva, había escrito que desearía que le hicieran la autopsia porque pensaba que tenía un tumor cerebral; el caso es que no se equivocó y en la autopsia se encontró un Glioblastoma, que es un tumor cerebral altamente cancerígeno, que los expertos de la "Connally Comisión" consideraron que jugó un papel primordial en el cometimiento de sus acciones criminales.

Posiblemente si en vida, su familia o él mismo se hubieran preocupado de su salud mental y le hubieran realizado los exámenes de especialidad neurológica necesarios, no habría llegado a cometer las acciones criminales que terminaron con la vida de sus seres queridos y con las de otras tantas víctimas inocentes¹⁰⁰.

¹⁰⁰ <http://cmcorpkillers.blogspot.com/2008/03/charles-whitman-el-francotirador-de.html>

CAPITULO III EL SISTEMA PENITENCIARIO
ECUATORIANO, EL MODELO CARCELARIO ACTUAL Y
PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE ENFERMOS
MENTALES NEUROPSIQUIATRICOS

3.1 EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO

La piedra angular que delimita el tratamiento penitenciario, se encuentra definida por el objeto que el Sistema Penitenciario le dé a la pena privativa de la libertad –*finalidades de la Pena-*, pues si aquella pena mantiene su carácter rehabilitador del delincuente o, por el contrario, no vacila en afirmar su concepción represiva y de castigo, dicha finalidad, como lo manifiesta Carlos García “*será la que dé origen a las directrices para su realización en la práctica*”¹⁰¹.

Es así como la Constitución de la República prescribe en su artículo 201:

*“el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la **rehabilitación integral** de las personas sentenciadas penalmente para **reinsertarlas** en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.* (las negrillas y lo subrayado me pertenecen).

Podemos establecer con toda claridad que en el Ecuador el legislador ha optado por la Teoría de la Prevención Especial Positiva, convirtiéndola en una garantía Constitucional.

¹⁰¹ GARCIA VALDÉS Carlos, *Ob. Cit.*, p.83.

Pero como hemos manifestado en líneas anteriores no es posible sostener ninguna de las Teorías de la Pena de manera “pura”, sino al contrario lo correcto es optar por una Teoría Ecléctica o Mixta, concordante con esto tenemos el artículo 1 del Código Penal que textualmente dice: “*Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una sanción.*” (Las negrillas y lo subrayado me pertenecen). La ley que amenaza con un castigo claramente puede empatarse con la Teoría de la Prevención General Negativa, por lo que se podría decir que en Ecuador la pena busca disuadir a la población en general, tanto como rehabilitar al infractor.

Pero a nuestro criterio no podemos olvidar que la Constitución prima por sobre cualquier otra norma de menor jerarquía, y que los derechos y garantías ahí consagrados son de aplicación y cumplimiento inmediatos (Artículos 424 y 426), por lo que consideramos que la Teoría de la Prevención Especial Positiva, es la que mejor define la política del Sistema Penitenciario Ecuatoriano.

Es por esto que al hacer un estudio estadístico de la población carcelaria, es la única forma de saber cual es verdadero estado en el que se encuentran los Centros de Privación de la Libertad, es la única forma de conocer en que se está fallando, qué puede mejorarse y qué se está haciendo de manera correcta, así como de saber si en verdad se están cumpliendo o no los fines a que constitucionalmente se encuentran obligados los órganos del Estado respectivos.

3.1.2. EL MODELO CARCELARIO ECUATORIANO

El estudio del modelo carcelario de cualquier país, el cual es una especie de sociedad en pequeño, conformada por individuos hombres y mujeres que han incurrido en delitos contra la sociedad y en el cual están representados las clases sociales, razas, nivel económico, instrucción, estado civil, religiones, etcétera, en proporciones muy parecidas a las de la sociedad general, es un parámetro de investigación, para determinar las variables que inciden en los comportamientos antisociales y violentos de los individuos que integran una determinada sociedad.

Por otra parte, por estar encerrados el tiempo que dure su condena, la población carcelaria puede constituirse en un grupo relativamente estable para el análisis de ciertas patologías, como es el caso de la violencia, SIDA, tuberculosis, trastornos mentales, etcétera.

Dado el hecho que un gran porcentaje de los delitos cometidos contra la sociedad llevan una fuerte carga de violencia física, el estudio de los comportamientos agresivos y violentos en el ser humano, es uno de los rasgos de conducta que pueden ser mejor abordados y estudiados en la población carcelaria.

El análisis de los factores generadores de violencia al interior de las prisiones, dependientes tanto del ambiente que rodea a los internos como el individual de cada uno de los presos con conductas violentas, puede darnos luces para estructurar programas preventivos tanto al interior de los centros de rehabilitación, así como proyectarlos hacia la sociedad general, con el objetivo de contribuir a la disminución de los índices de violencia, que afectan gravemente la integridad y la vida de quienes convivimos en el seno de la sociedad.

Para el caso Ecuatoriano, la Institución encargada de manejar el Sistema Penitenciario, como sabemos, es la Dirección Nacional de Rehabilitación Social; las estadísticas institucionales indican que la población carcelaria actual es de unos 11.000 reos a nivel nacional, de los cuales el 89.9 % corresponde a varones y el 10.1 % a mujeres. Este número representa el 0.1 % de la población general¹⁰².

Ahora bien una vez delimitado el ámbito del estudio pasemos a analizar los factores externos o extrínsecos –*socio ambientales*- y los factores intrínsecos - *biológicos*-, que pueden estar incidiendo en la génesis de la violencia intracarcelaria, a fin de establecer si el Sistema de Rehabilitación social es eficiente o no.

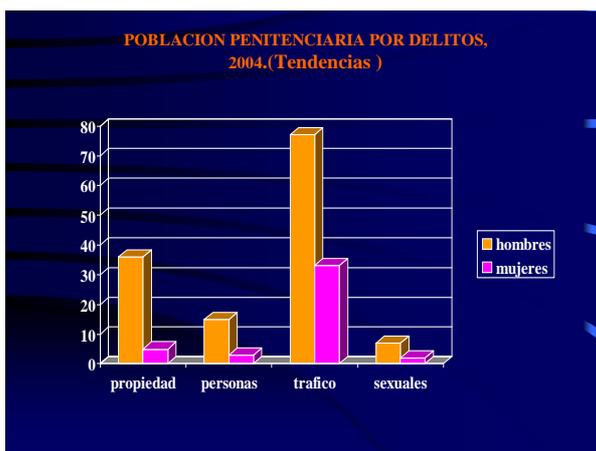
¹⁰² UZCATEGUI Andrade Byron, *Ob. Cit.*,p.39

FACTORES EXTRINSECOS

Se los llama así pues se encuentran constituidos por todas aquellas circunstancias que se encuentran fuera del contexto biológico del interno. Se pueden considerar los siguientes indicadores:

1. Tendencias delictivas.
2. Causas de mortalidad de internos carcelarios.
3. Grado de instrucción.
4. Ocupación actual.
5. Estado civil.
6. Grupos raciales.
7. Sexo.

TENDENCIAS DELICTIVAS¹⁰³



Vemos que los delitos más relevantes son contra la propiedad y el narcotráfico, seguidos por los delitos contra las personas, incluidos los sexuales, lo cual nos indica que las acciones preventivas de la sociedad Ecuatoriana deberían estar dedicadas a enfocar la prevención de estos tres tipos de actuaciones delictivas.

¹⁰³ UZCATEGUI Andrade Byron, *Ob. Cit.*,p.40

MORTALIDAD



Entre las causas de mortalidad al interior de las prisiones, en un análisis comparativo entre los años 2005 y 2008, encontramos que mientras que en el 2005, la violencia intracarcelaria predominaba como causal de mortalidad, seguida de las enfermedades generales y del SIDA, en el año 2008, la tendencia agresiva como causal de mortalidad ha disminuido notablemente, probablemente debido a programas de no violencia y a la disminución de la población penitenciaria; en cambio la mortalidad general se ha incrementado así como también el SIDA¹⁰⁴.

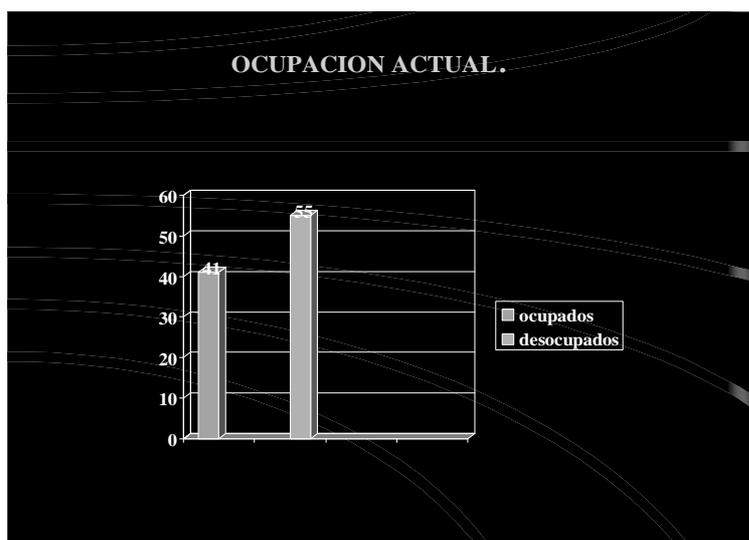
¹⁰⁴ Unidad de Salud Mental de la DNRS, estadísticas 2008.

GRADO DE INSTRUCCIÓN



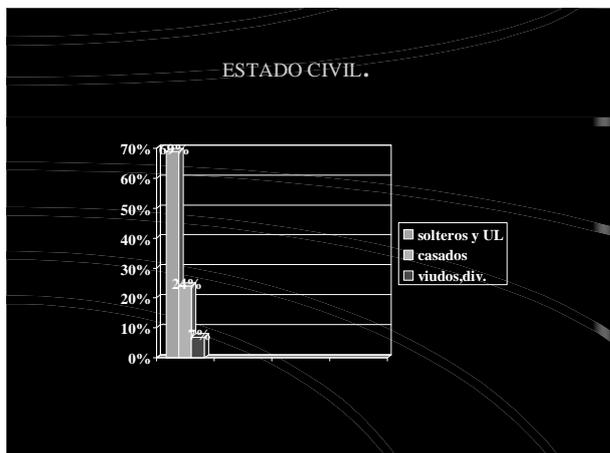
Podemos apreciar que predominan los grados de instrucción primaria y media, con lo que estamos ante un panorama de grupos vulnerables para el cometimiento de actos delincuenciales entre los sujetos de menor grado de instrucción, lo cual a nivel internacional es uno de los factores de la génesis de actuaciones delictivas. Debiendo por lo tanto el Estado enfocar con más ahínco sus actuaciones en la política preventiva educativa.

OCUPACION



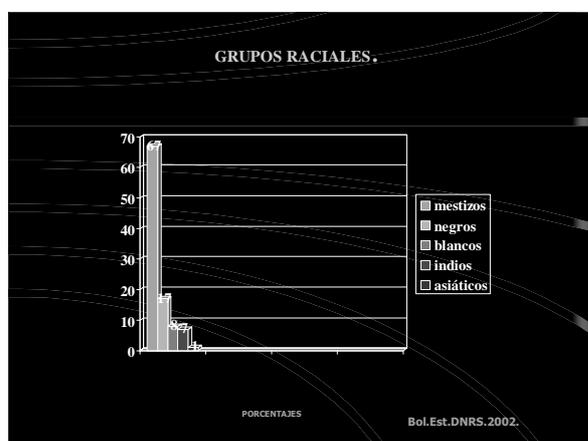
Observamos en el cuadro que la mayor población carcelaria se encuentra desocupada, siendo esto uno de los factores de una deficiente rehabilitación del interno, como también una de las causales de cometimiento de actuaciones delictivas en el seno de la sociedad.

ESTADO CIVIL



El mayor porcentaje de los internos no son casados o se encuentran en situación de unión libre; lo cual creemos constituyen estados de debilidad en el seno de la sociedad, probablemente al no asumir las responsabilidades propias y la fortaleza intrínseca que constituye la familia bien estructurada como célula social.

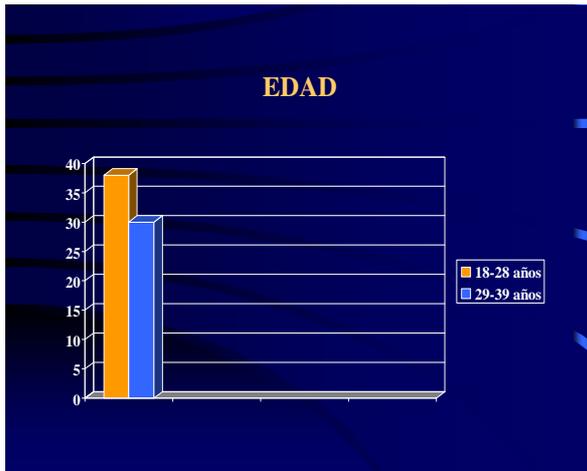
GRUPOS RACIALES



Es interesante destacar que predominan los grupos de gente mestiza seguidos de los Afroecuatorianos, lo cual contradice la creencia racista de que la gente negra tiene mayor tendencia a conductas delictivas.

GRUPOS DE EDAD

Observamos que lamentablemente la mayor proporción de la población penitenciaria es gente joven, entre los 18 y 30 años, seguida del grupo de 29 a 39 años de edad. Por lo que las medidas preventivas deberían ser dirigidas a estos grupos vulnerables de edad dentro de la sociedad general, mediante la educación y el trabajo principalmente.



SEXO

La relación entre hombres y mujeres es aproximadamente de 9 a 1 a favor de los varones en la población carcelaria. Lo cual dentro de la sociedad general, nos indicaría que sexo masculino es por sí mismo un factor de alto riesgo de cometimiento de actos delincuenciales, que se explicaría por la mayor incidencia en consumo de alcohol, drogas, agresividad, machismo, niveles de Testosterona y mayor tendencia a entrar en situaciones de riesgo.



FACTORES INTRINSECOS

Aquí se encuentran todas aquellas circunstancias biológicas y orgánicas de cada interno.

En la investigación citada, se analizó la relación existente entre las lesiones orgánicas cerebrales y la conducta delictiva; es decir que tanto porcentaje de la población carcelaria se encuentra afectada por algún tipo de patología neurológica

ESTUDIO TOMOGRAFICO

En el libro citado, se revisaron 37 estudios de Tomografía Axial Computarizada de cerebro simples y /o contrastadas a pacientes de ambos sexos con diagnósticos previos de cefalea gravativa, epilepsia, trauma craneoencefálico, fármaco dependencia, agresividad, psicosis y otras patologías Neuropsiquiátricas, en internos detenidos por actos delincuenciales ligados en su mayor parte a violencia.

En algunos de los casos se pudo realizar un seguimiento de la patología y tratamiento de la misma; en otros, se dificultó el seguimiento debido al traslado de los internos, libertades, falta de presupuesto para estudios de control, etcétera.

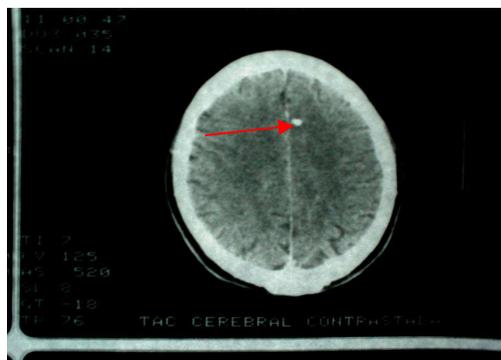
En todo caso, los diagnósticos iniciales por Tomografía cerebral, evidencian la alta incidencia de lesiones orgánicas cerebrales asociadas a conducta antisocial.

De las 37 tomografías cerebrales, se identificaron 21 (56.7 %) con hallazgos Neuroradiológicos de patología y 16 estudios (43.3 %) fueron normales. En los hallazgos finales, la patología más importante encontrada en los estudios por tomografía cerebral en los internos violentos, fueron las Atrofias Cerebrales en un porcentaje DEL 34.7 %.¹⁰⁵

Para ilustración, tomaremos algunos ejemplos de tomografías con lesiones cerebrales como causantes de conducta agresiva y violenta en los pacientes internos estudiados.

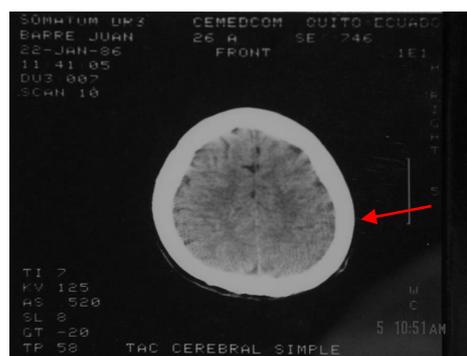
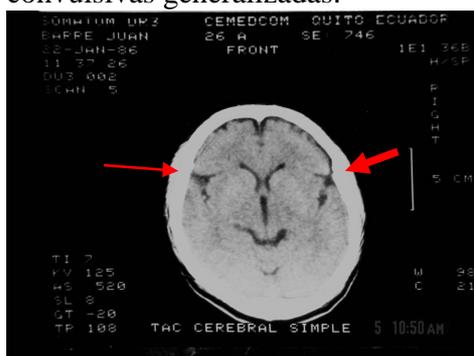
¹⁰⁵ UZCATEGUI Andrade Byron, *Ob. Cit.*, .P.79.

Paciente de 37 años de edad, que presenta cuadro de Intoxicación alcohólica Idiosincrática o patológica, con Agresividad hacia terceros y Amnesia lacunar. (flecha)



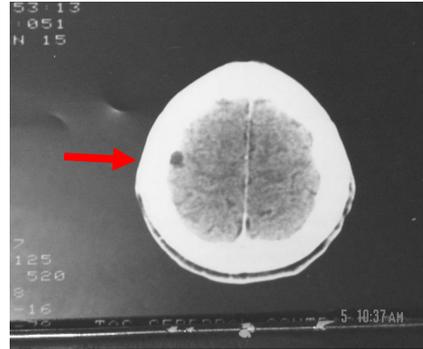
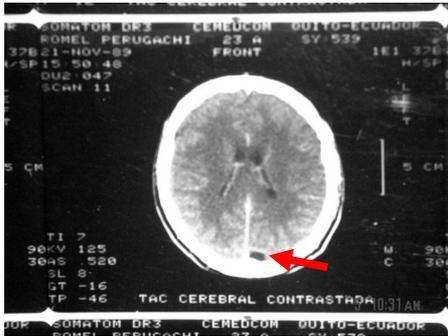
La Tomografía evidencia calcificación posiblemente Cisticercósica en región Frontal del hemisferio Izquierdo.

Paciente de 22 años, con Agresividad Inmotivada. Fallos de memoria de fijación. Crisis convulsivas generalizadas.



La TAC presenta evidencia de atrofia en lóbulos temporales y frontal con asimetría craneal.

Paciente de 27 años. Crisis convulsivas generalizadas(Epilepsia) Presenta AGRESIVIDAD INTERICTAL.(entre las crisis)



La serie tomográfica demuestra quistes de Cisticercos en el cerebro (flechas) que producen Epilepsia y trastornos violentos de su conducta. Fue tratado con Albendazol y terminaron las crisis mejorando su conducta.

3.2. PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE ENFERMOS MENTALES NEURPSIQUIATRICOS

Creemos que nuestra postura ha sido clara en el desarrollo del presente trabajo de investigación y podemos resumirla en dos propuestas generales: la primera se centra en varias reformas legales que van desde la Constitución hasta el Código de Ejecución de Penas y su reglamento; la segunda, se refiere a un cambio en el formato del peritaje que actualmente es utilizado por la Fiscalía General del Estado, a fin de considerar más a fondo los aspectos neurológicos y no sólo en forma referencial.

3.2.1.REFORMAS LEGALES PROPUESTAS:

CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- Políticas más claras por parte del Estado, a fin de dar efectivo cumplimiento al derecho a la salud Constitucionalmente garantizado, quizá una reforma al Artículo 32, a fin de que expresamente se incluya la salud mental.
- Aclarar el numeral 9 del artículo 47 de la Constitución de la República a fin de se establezca que dentro de la discapacidad mental, las enfermedades mentales Neuro psiquiátricas.
- Aclarar el artículo 51 de la Constitución, a fin de que expresamente se incluya a los enfermos mentales, dentro de los grupos que deben tener un tratamiento preferente y especializado, al encontrarse privados de la libertad.

CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILIRACIÓN SOCIAL

- Actualizar el Código de Ejecución de penas y Rehabilitación Social cuyo fin establece que el objeto del Sistema Penitenciario es la rehabilitación social, a fin de

desarrollar las directrices para la Rehabilitación Social establecidas Constitucionalmente en el Artículo 203 numeral 2 (salud mental).

- Desarrollar un Derecho importantísimo, la **individualización** de las penas y su **tratamiento** (Art. 11), con lo cual se garantiza que incluso entre dos internos condenados por un mismo delito en similares circunstancias, cada uno debe tener un registro individualizado en el que se analice las circunstancias particulares y personalísimas de cada uno.
- Una vez cumplida la condena, el interno tiene derecho a obtener por parte del Estado un **certificado de Rehabilitación Social Integral** (Art. 48) algo muy interesante, pero cómo puede rehabilitarse un enfermo mental si se le priva de la atención y el tratamiento que requiere, jamás obtendrá el certificado del que habla este artículo, por lo que se requiere reformar el Código de Ejecución de penas y Rehabilitación Social, A fin de considerar a los internos con enfermedades mentales neuropsiquiátricas tratables, darles el tratamiento y la **individualización** de la que trata el Artículo 11 *ibídem*, y poder emitirles un certificado de rehabilitación social, si han logrado culminar con éxito el tratamiento.
- El Artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, desarrolla la figura del Juez de garantías penitenciarias, Juez Penal Especializado que tiene dentro de su competencia *“brindar el amparo legal a los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios”* , *“supervisar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las **finalidades constitucionales** y legales de la pena y **medidas de seguridad**”* *“Conocer y sustanciar los procesos relativos a rebaja, libertad controlada, conmutación, régimen de cumplimiento de penas y medidas de seguridad...”*. Creemos que el Código de Ejecución de penas y Rehabilitación Social, debe ser reformado a fin de establecer los procedimientos que deben seguirse a fin de acudir a este juez, así como hacer constar que dentro de sus facultades jurisdiccionales (numeral 5), se establezca que pueden exigir a cualquier persona el cumplimiento de una sentencia en la que se ordene el internamiento de un enfermo mental en una casa de salud, bajo prevención de incurrir en desacato,

pues se ha llegado a saber que muchos enfermos mentales que debieran cumplir un internamiento en una casa de salud, permanecen en los centros de Rehabilitación Social, por cuanto en dichas casas se niegan a recibirlos.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

- Reformar los artículos 217 y 219 Código de Procedimiento Penal, a fin de que en caso de tener fundamentos suficientes para deducir una imputación, el Fiscal ordene de oficio un reconocimiento psicológico psiquiátrico y neurológico, previo a la audiencia del caso o una vez iniciada la Instrucción Fiscal sea la primera diligencia que ordene, por cuanto no puede quedar a criterio de él *–que no es médico–*, si el procesado presenta o no síntomas de alguna enfermedad mental. Además no sólo que no se reciba mientras tanto la versión del procesado sino que de ser el caso, el procedimiento se suspenda hasta que se remita el informe pericial.
- Reformar el Código de Procedimiento Penal que en su Art. 250 que manifiesta:

“En la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para según corresponda condenarlo o absolverlo” para incluir la frase que diga: *y en caso de haberse demostrado la inimputabilidad por enfermedad mental decretar el tratamiento médico o la medida de seguridad correspondiente.*

- Reformar también el Art. 304 A (304.1), que dice:

“la sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el

procesado es responsable del mismo... ” Y añadir la frase; “así como para ordenar el tratamiento o medida de seguridad correspondiente en caso de haberse demostrado la inimputabilidad.”

CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

- Reformar el artículo 34 del Código Penal que como vimos utiliza la fórmula psiquiátrica, y textualmente dice: *“No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o querer”*, en dicha fórmula creemos que se excluye aquellas patologías que como hemos indicado no imposibilitan en querer o entender-*los sicópatas-*, *que consideramos acertado*, se excluye aquellas patologías en las que el sujeto es plenamente capaz de comprender y adecuar su comportamiento de acuerdo a eso, pero que parten de una concepción deformada de la realidad –alucinaciones- por ejemplo-, y lo mismo de aquellas patologías en las que el sujeto comprende la antijuridicidad de su accionar, más le es imposible en muchos casos adecuar su comportamiento de acuerdo a dicha comprensión-*cleptomanía por ejemplo-*. Para la reforma propuesta, se podría tomar como modelo el Artículo 34 del Código Penal Argentino que recoge la fórmula mixta de la imputabilidad, textualmente dice:

“No son punibles: 1º. el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable (parte psicológica), comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (parte psiquiatría). En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las

causales del presente inciso, el tribunal ordenara la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso” (Las negrillas y lo subrayado me corresponden);

Y complementarla con el inciso final del artículo 62 del Código Penal Venezolano:

“... cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, de la cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.”

(Las negrillas y lo subrayado me pertenecen.)

Es decir se excluye del poder punitivo cuando el agente padece: 1) insuficiencia de las facultades; 2) alteración morbosa de las facultades; o 3) estado de inconsciencia; y siempre que por cualquiera de las anteriores razones no haya podido: 1) comprender la criminalidad del acto o 2) dirigir sus acciones, o ambos y, además, se le da a la persona la oportunidad de que su familia lo pueda tratar, en caso de no haber un establecimiento adecuado, pues se ha llegado a conocer que en algunos casos, esta última reflexión ha sido el pretexto para mantener a personas **judicialmente declaradas inimputables**, dentro de los Centros de Rehabilitación Social.

- Crear la figura de la semiimputabilidad Penal tomando como modelo el tomar el modelo del Código Penal Español que la establece en su Artículo 104, dice: *“el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103”* (medidas de seguridad), a fin de aplicar una pena y una medida de seguridad conjuntamente, en lugar de declarar la imputabilidad completa pero reducida a criterio del juez Arts. 35 y 50 de nuestro actual Código de Procedimiento Penal.

3.2.2. PROPUESTA DE PERITAJE EN CASO DE ENFERMOS NEUROPSIQUITRICOS

A continuación reproducimos el Protocolo de Peritaje Psiquiátrico Forense que utiliza la Fiscalía ecuatoriana, así como el Departamento de Medicina legal de la Policía Nacional. A fin de subrayar los aspectos que consideramos deben ser mejorados.

	MINISTERIO PÚBLICO SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA PENAL PROTOCOLO DE PERITAJE PSIQUIÁTRICO FORENSE	
I. DECLARACIÓN DE HELSINKI		
Yo, _____ con cédula de identidad N° _____ Declaro conocer el método investigativo, porque ha sido muy bien informada y reconozco que el Dr. _____ me ha explicado muy claramente que el propósito de los chequeos y estudios de laboratorio son únicamente válidos para el proceso judicial. Doy mi consentimiento con esta declaración.		
FIRMA DE LA PERSONA ATENDIDA O PERSONA QUE CONSCIENTE		
II. DATOS JUDICIALES		
Reconocimiento Médico Legal N° _____ -DML-2008		
Fecha del examen: _____	Hora del examen: _____	
Autoridad: _____		
Lugar del Examen: Dpto. Médico Legal <input type="checkbox"/>	Servicio: _____ HC. N.: _____	
Casa de Salud: _____	Domicilio: _____	
Otros: _____		
III. DATOS DE FILIACIÓN		
Nombres y Apellidos: _____		
Lugar de Nacimiento: _____	Fecha de Nacimiento: _____	
Sexo: M <input type="checkbox"/> F <input type="checkbox"/>	Edad: _____ años	Estado Civil: C <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> V <input type="checkbox"/> D <input type="checkbox"/> UL <input type="checkbox"/>
C.I.: _____ Teléfono: _____		
Dirección Domiciliaria: _____		
Instrucción: Ninguna <input type="checkbox"/> Primaria <input type="checkbox"/> Secundaria <input type="checkbox"/> Superior <input type="checkbox"/> Técnica <input type="checkbox"/>		
Profesión u Oficio: _____		
Ocupación: QDD <input type="checkbox"/>	Estudiante <input type="checkbox"/>	Jubilada/o <input type="checkbox"/> Empleado Público/a <input type="checkbox"/> Empleado Privado/a <input type="checkbox"/>
Desempleado/a <input type="checkbox"/> Trabajador/a Independiente <input type="checkbox"/>		
Religión: _____	Raza: _____	

IV. MOTIVO DEL PERITAJE

Exámenes periciales solicitados:

- 1.
- 2.
- 3.



V. ENFERMEDAD ACTUAL E HISTORIA DE LA ENFERMEDAD Y/O DEL HECHO

Forma de comienzo, factores concurrentes, evolución, tratamientos recibidos y sus resultados, remisiones, repercusiones.

VI. REVISIÓN POR SISTEMAS

Aparatos y sistemas	Normal	Anormal	Observaciones
Aparato Respiratorio			
Aparato Circulatorio			
Aparato Digestivo			
Aparato Urogenital			
Sistema Endocrino			
Sistema Nerviosa			
Sistema Locomotor			
Órganos de los sentidos			
Visión			
Audición			
Gusto			
Olfato			

VII. ANTECEDENTES PATOLÓGICOS PERSONALES

Enfermedades infecciosas, tóxicas, traumas craneanos, crisis epilépticas.

- 1.
- 2.
- 3.

VIII. ANTECEDENTES PATOLÓGICOS FAMILIARES

Enfermedades, trastornos psicopatológicos, alcoholismo y otros hábitos tóxicos.

- 1.
- 2.
- 3.



MINISTERIO PÚBLICO
SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
DIRECCION NACIONAL DE POLITICA PENAL



PROTOCOLO DE PERITAJE PSIQUIÁTRICO FORENSE

IX. ANTECEDENTES GENERALES DEL PACIENTE

HISTORIA PERSONAL:	Normal	Anormal	Observaciones
ANTECEDENTES EVOLUTIVOS			
PERSONALES:			
Características del embarazo y del parto:			
Desarrollo psicomotor en etapas tempranas:			
Características de la infancia y la niñez:			
Adolescencia:			
Edad Adulta:			
Climaterio y Senilidad:			
HISTORIA EDUCACIONAL:			
Etapas escolar, adaptación:			
Sociabilidad y rendimiento:			
Problemas de aprendizaje:			
Etapas Colegial, socialización:			
aprendizaje:			
Otros estudios y capacitaciones:			
HISTORIA PSICOSEXUAL			
Crecimiento y maduración:			
Características sexuales:			
Menstruación:			
Pubertad y adolescencia:			
Desviaciones, desarmonías sexuales:			
Relaciones amorosas:			
Matrimonio y otras uniones			
HISTORIA OCUPACIONAL Y ECONÓMICA:			
Reseña de ocupaciones laborales:			
Rendimiento, constancia, aptitudes:			
Abandonos y cambios. Laborales:			

HÁBITOS:

Describe las sustancias que usa, edad de inicio, edad en la que dejó de usar, patrón de consumo, etc.

Especifique:

Alcohol: si no

Tabaco: si no

Drogas ilícitas: si no

Sustancia 1:

Sustancia 2:

Sustancia 3:

Sustancia 4:

Otras:

HISTORIA FAMILIAR:
 Descripción detallada de los miembros de su familia nuclear:

Padre:

Madre:

Hermanos:

Esposa o Conviviente:

Hijos:

CONDICIONES ECONÓMICAS SOCIOCULTURALES:

Tipo de vivienda:
 Casa Mediagua Villa Rancho Departamento Covacha Choza

Forma de Tenencia:
 Propia Arrendada Anticresis Prestada Otra Especifique:

Número de Habitaciones o cuartos Cocina Sala Comedor

Servicios básicos:
 Agua : potable De acequia De pozo Entubada
 Alcantarillado Luz eléctrica Lámparas Otros Especifique:

Trabajo u ocupación:
 Categoría de ocupación: Patrono o socio activo Empleado Cuenta propia
 Ingreso promedio mensual _____ \$

X. ANTECEDENTES PERSONALES PSICOPATOLÓGICOS

1.
 2.
 3.

XI. RASGOS DE PERSONALIDAD

Rasgos de Personalidad		Especifique:
Paranoide	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	}
Esquizoide	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Esquizotípicas	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Compulsiva	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Narcisista	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Histriónica	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Limitrofe	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Antisocial	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Dependiente	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Evasiva	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Pasivo- Agresiva	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Atípica o Mixta	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	
Otros	si <input type="checkbox"/> no <input type="checkbox"/>	



MINISTERIO PÚBLICO
SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
DIRECCION NACIONAL DE POLITICA PENAL



PROTOCOLO DE PERITAJE PSIQUIÁTRICO FORENSE

XII. EXAMEN DEL PACIENTE

EXAMÉN FÍSICO GENERAL:

Signos Vitales: Talla: ____ cm. Peso: ____ Kg. FC: ____ por minuto TA: ____ / ____ mmHg.

Temperatura: ____ oC FR: ____ por minuto

Apariencia General	Normal	Anormal	Observaciones
Biotipo, nutrición			
Facies			
Marcha			
Decúbito			
Piel, tatuajes, cicatrices			
Mucosas			
TCS			
Faneras			
E. FÍSICO REGIONAL			
CABEZA:			
Cráneo			
Cara			
Ojos			
Oídos			
Nariz			
Boca			
CUELLO:			
Movilidad			
Tiroides			
TÓRAX:			
Corazón			
Pulmones			
Murmullo vesicular			
ABDOMEN:			
Inspección			
Palpación			
Percusión			
Auscultación			
REGIÓN LUMBAR:			
R. INGUINO GENITAL:			
R. ANOPERINEAL:			
EXTREMIDADES:			
Simetría			
Movilidad			
E. NEUROLÓGICO E.			
Marcha			
Fuerza y Tono			
Reflejos			
Pares Craneales			
Sensibilidad			



EXAMEN MENTAL (E. PSIQUIÁTRICO)	Normal	Anormal	Observaciones
ACTITUD Comportamiento			
Gestos, vestimenta			
CONCIENCIA:			
Estado de conciencia			
Conciencia del hecho y De la enfermedad .			
ORIENTACIÓN:			
Autopsíquica			
Heteropsíquica			
SENSOPERCEPCIÓN:			
ATENCIÓN:			
MEMORIA:			
Anterógrada			
Retrógrada			
Espacios Lacunares			
PENSAMIENTO:			
Estructura, curso, contenido			
LENGUAJE:			
INTELIGENCIA			
JUICIO Y RACIOCINIO:			
AFECTO: VOLUNTAD:			
CONDUCTA MOTORA:			
FUNCIONES RELACION:			
RIESGO SUICIDA:			

XIII. EXÁMENES COMPLEMENTARIOS

ESPACIO PARA PEJAR

Hoja N. 1

Hoja N. 2

Hoja N. 3

XIV. CONCLUSIÓN (DIAGNÓSTICO, PRONÓSTICO)

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.



MINISTERIO PÚBLICO
SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
DIRECCION NACIONAL DE POLÍTICA PENAL



PROTOCOLO DE PERITAJE PSIQUIÁTRICO FORENSE

XV. CRITERIO TERAPÉUTICO DEL PERITO

[Empty rectangular box for the therapeutic criterion of the expert]

XVI. DISCUSIÓN

[Empty rectangular box for the discussion section]

EL PERITO MEDICO LEGISTA

Dr/a

Código Profesional N°

Por lo antes analizado consideramos que al actual Protocolo Psiquiátrico, se le deben agregar los siguientes ítems:

- Incluir entre los exámenes complementarios, una Tomografía cerebral Simple y de acuerdo a su resultado, solicitar exámenes más complejos como una Resonancia Magnética, especialmente cuando existe evidencia de agresividad y violencia en el sujeto.
- En el estudio de personalidad debería introducirse el test PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) del Dr Roberth Hare, único instrumento actual para el correcto diagnóstico de Psicopatía ¹⁰⁶, que es una escala de 20 puntos y cada ítem de valida de 0 a 2 con un máximo de 40 puntos; si el sujeto pasa de 30 el diagnóstico de psicopatía es seguro. Se la aplica en otros países, ya que con el CIE-10 y el DSM-IV, el diagnóstico no es tan certero.

Items del Listado de Psicopatía (*Psychopathy Checklist*)

1. Locuacidad / Encanto superficial.
2. Egocentrismo / Sensación grandiosa de la autovalía.
3. Necesidad de estimulación / Tendencia al aburrimiento.
4. Mentira patológica.
5. Dirección / Manipulación.
6. Falta de remordimiento y culpabilidad.
7. Escasa profundidad de los afectos.
8. Insensibilidad / Falta de empatía.
9. Estilo de vida parásito.

¹⁰⁶ <http://www.hare.org/scales/pclr.html>

10. Falta de control conductual.
11. Conducta sexual promiscua.
12. Problemas de conducta precoces.
13. Falta de metas realistas a largo plazo.
14. Impulsividad.
15. Irresponsabilidad.
16. Incapacidad para aceptar la responsabilidad de las propias acciones.
17. Varias relaciones maritales breves.
18. Delincuencia juvenil.
19. Revocación de la libertad condicional.
20. Versatilidad criminal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del primer capítulo podemos concluir lo siguiente:

- El poder punitivo es plurifuncional, pues cumple varias funciones según las circunstancias, lo que la convierte en un fenómeno muy complejo y complica cualquier intento de delimitar definitivamente sus fines.
- Se han sostenido y sostienen teorías absolutas y relativas.
- De todas destaca la Teoría de la Prevención especial positiva, se enfoca en la resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación, etcétera, sosteniéndose que el poder punitivo ejerce un mejoramiento sobre el infractor.
- el momento que el Estado, a través de la autoridad competente, impone una pena privativa de la libertad, empieza una nueva etapa, ya no procesal ni judicial, sino de responsabilidad social, puesto que como vimos en primer lugar, es obligación del Estado la prevención y control social, garantizando la plena vigencia de los derechos de cada individuo, pero si en algún momento un miembro de la sociedad se ve privado de la libertad, es también deber del Estado asegurarse que dicha persona cuente con la garantía y respeto de sus derechos. Y que se cumplan todas las garantías para que pueda rehabilitarse, a fin de que cuando se reintegre a la sociedad, pueda redimirse aportando positivamente a la misma.

La imputabilidad y la imputación, han sido términos que para definirlos han significado un análisis, que va desde lo lingüístico hasta lo filosófico, puesto que a lo largo del tiempo se

han usado sin el menor reparo por los estudiosos y legisladores, enredándose, confundiéndose y perdiéndose el sentido genuino de cada uno de los términos, lo que ha causado que tengan de por sí una connotación negativa, una especie de juicio de valor en virtud del cual se los asocia casi inmediatamente con la criminalidad.

- La imputabilidad es una calidad del acto, que se desprende de un presupuesto establecido, en el cual se determina la posibilidad de que la persona que cumple con dicho presupuesto, puede ser declarado autor del mismo, mediante resolución de la autoridad competente.
- Mientras que la imputación es el acto mediante el cual la autoridad competente, verifica la existencia real del hecho, que la autoría del mismo corresponde a la persona que se la acusa, y que lo realizó con voluntad y no fue resultado de un caso fortuito o fuerza mayor, y que el mismo se encuentra determinado en la ley, y solo cumpliendo con estos requisitos mediante resolución motivada lo declara responsable, transformando lo que antes era solo una condición futura o una expectativa, en un hecho verificado, por el cual debe responder ante la sociedad.
- El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona, pues impone límites al Derecho Penal, límites a ese *Ius Puniendi*, a fin de evitar el totalitarismo y una criminalización desmesurada de las conductas. Puede subdividirse en dos principios: a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste; *-imputación subjetiva-* y b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho *-causas de justificación-*.
- Si consideramos al delito como una institución jurídica, definido como aquel acto típico antijurídico culpable y punible, la culpabilidad es el tercer elemento que consiste en el “*puente*” que permite vincular en forma personalizada el acto injusto a su autor, actuando como filtro para condicionar el paso y la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre el infractor, para posteriormente poder reprocharle su accionar e imponerle una pena, de acuerdo al grado del reproche.

- La importancia de la Teoría de la Imputación Subjetiva radica en que es inadmisibles sostener que somos simples causadores del delito y que por lo tanto no le corresponde al Derecho Penal analizar el aspecto subjetivo, rechazamos de plano la responsabilidad sin culpabilidad- *imputación objetiva*- así como la teoría de la normatividad, pues de esta forma se crea un precedente que permite juzgar al mas cruel asesino, de la misma forma que, a un hombre delirante que no distingue a un ser humano de alguna creación de sus fantasías y al sentirse amenazado le dispara y lo mata.
- Existen tres fórmulas distintas para la inimputabilidad psiquiátrica, psicológica y mixta, nuestro país el artículo 34 del Código Penal utiliza la fórmula psiquiátrica.

Del segundo capítulo podemos concluir lo siguiente:

- la salud mental se define como:

“Un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad.”

- En nuestro País el derecho a la salud se encuentra garantizado en el Artículo 32 de la Constitución de la República, se establece que para su ejercicio *“se garantizará el acceso permanente oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicio de promoción y atención integral, de salud, salud sexual y salud reproductiva”*
- A pesar de que la salud en términos generales se encuentra garantizada, no hay una alusión expresa a la salud mental, mientras que si la hay respecto de la sexual y reproductiva.

- La solución para corregir esta omisión consistiría en considerar a las enfermedades mentales como algún tipo de discapacidad, de esta forma se rigen también por la Ley sobre discapacidades y su reglamento.
- Existe una clasificación internacional de las enfermedades mentales, la mas utilizada es la CIE 10.
- Dentro de los factores que influyen en la conducta humana, destacan tres; biológicos, ambientales y personales que se influyen y condicionan recíprocamente.
- El desarrollo de la neuropsiquiatría biológica especialmente en España, se inició a principios del siglo XX siguiendo las corrientes somaticistas europeas y bajo la gran influencia de Cajal.
- Hay autores como el Dr Germán Berríos de la Universidad de Cambridge, que sostienen que las enfermedades Neurológicas puras, producen solamente síntomas psiquiátricos y no una enfermedad psiquiátrica total, lo cual es cierto en determinadas patologías; sin embargo al tratar de juzgar un acto delictivo que haya producido una consecuencia punible (crimen, violencia, asalto sexual, por citar varios ejemplos), la investigación de la probable patología o enfermedad cerebral cobra importancia ya que en determinados casos, como los que expondremos para ilustrar este análisis, estas lesiones orgánicas neurológicas han alterado tanto el comportamiento del individuo, que podría decirse que en muchos casos son la base de la conducta antisocial o delictiva.
- Esta última concepción determina que estas dos especialidades, la Neurología y la Psiquiatría, actualmente tiendan a la integración en una sola como es la Neuropsiquiatría, que en el caso de los peritajes para determinación de imputabilidad, se complementarían ampliamente estudiando tanto el aspecto psíquico del individuo como su componente orgánico.
- Dentro de las enfermedades Neuropsiquiátricas destacan; la epilepsia, la esquizofrenia, el retardo mental, los estados transitorios de ira.

- Dentro de las enfermedades Neurológicas destacan; los traumas craneales, las demencias orgánicas.

Del capítulo tercero se puede concluir para nuestro propósito que es indispensable la realización de reformas legales profundas y una ampliación del Protocolo Médicos Psiquiátricos con estudios Neurológicos y exámenes de especialidad como Tomografías o Resonancia Magnética con el objetivo de evidenciar, si es el caso, la existencia o no de lesiones orgánicas cerebrales como causantes de alteraciones de la conducta y que eventualmente sean estos casos susceptibles de Inimputabilidad parcial o total.

REFORMAS LEGALES PROPUESTAS:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- Políticas más claras por parte del Estado, a fin de dar efectivo cumplimiento al derecho a la salud Constitucionalmente garantizado, quizá una reforma al Artículo 32, a fin de que expresamente se incluya la salud mental.
- Aclarar el numeral 9 del artículo 47 de la Constitución de la República a fin de se establezca que dentro de la discapacidad mental, las enfermedades mentales Neuro psiquiátricas.
- Aclarar el artículo 51 de la Constitución, a fin de que expresamente se incluya a los enfermos mentales, dentro de los grupos que deben tener un tratamiento preferente y especializado, al encontrarse privados de la libertad.

CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL

- Actualizar el Código de Ejecución de penas y Rehabilitación Social cuyo fin establece que el objeto del Sistema Penitenciario es la rehabilitación social, a fin de desarrollar las directrices para la Rehabilitación Social establecidas Constitucionalmente en el Artículo 203 numeral 2 (salud mental).
- Desarrollar un Derecho importantísimo, la **individualización** de las penas y su **tratamiento** (Art. 11), con lo cual se garantiza que incluso entre dos internos condenados por un mismo delito en similares circunstancias, cada uno debe tener un registro individualizado en el que se analice las circunstancias particulares y personalísimas de cada uno.
- Una vez cumplida la condena, el interno tiene derecho a obtener por parte del Estado un **certificado de Rehabilitación Social Integral** (Art. 48) ¿algo muy interesante, pero cómo puede rehabilitarse un enfermo mental si se le priva de la atención y el tratamiento que requiere?, jamás obtendrá el certificado del que habla este artículo, por lo que se requiere reformar el CEpen. A fin de considerar a los internos con enfermedades mentales neuropsiquiátricas tratables, darles el tratamiento y la **individualización** de la que trata el Artículo 11 ibídem, y poder emitirles un certificado de rehabilitación social, si han logrado culminar con éxito el tratamiento.
- El Artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, desarrolla la figura del Juez de garantías penitenciarias, Juez Penal Especializado que tiene dentro de su competencia “*brindar el amparo legal a los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios*” , “*supervisar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las **finalidades constitucionales** y legales de la pena y **medidas de seguridad**” “*Conocer y sustanciar los procesos relativos a rebaja, libertad controlada, conmutación, régimen de cumplimiento de penas y medidas de seguridad...*”. Creemos que el CePen. Debe ser reformado a fin de establecer los procedimientos que deben seguirse a fin de acudir a este juez, así como hacer*

constar que dentro de sus facultades jurisdiccionales(numeral 5), se establezca que pueden exigir a cualquier persona el cumplimiento de una sentencia en la que se ordene el internamiento de un enfermo mental en una casa de salud, bajo prevención de incurrir en desacato, pues se ha llegado a saber que muchos enfermos mentales que debieran cumplir un internamiento en una casa de salud, permanecen en los centros de Rehabilitación Social, por cuanto en dichas casas se niegan a recibirlos.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

- Reformar los artículos 217 y 219 Código de Procedimiento penal, a fin de que en caso de tener fundamentos suficientes para deducir una imputación, el Fiscal Ordene de oficio un reconocimiento psicológico psiquiátrico y neurológico, previo a la audiencia del caso o una vez iniciada la Instrucción Fiscal sea la primera diligencia que ordene, por cuanto no puede quedar a criterio de él *–que no es médico–*, si el procesado presenta o no síntomas de alguna enfermedad mental. Además no solo que no se reciba mientras tanto la versión del procesado sino que de ser el caso el procedimiento se suspenda hasta que se remita el informe pericial.

- Reformar el Código de Procedimiento Penal que en su Art. 250 que manifiesta:

“En la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para según corresponda condenarlo o absolverlo” para incluir la frase que diga: *y en caso de haberse demostrado la inimputabilidad por enfermedad mental decretar el tratamiento médico o la medida de seguridad correspondiente.*

- Reformar también el Art. 304 A (304.1), que dice:

“la sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo...” y añadir la frase así como para ordenar el tratamiento o medida de seguridad correspondiente en caso de haberse demostrado la inimputabilidad.

CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

- Reformar el artículo 34 del Código Penal que como vimos utiliza la fórmula psiquiátrica, y textualmente dice *“No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o querer”* en dicha fórmula creemos que se excluye aquellas patologías que como hemos indicado no imposibilitan en querer o entender-los sicópatas-, que consideramos acertado, se excluye aquellas patologías en las que el sujeto es plenamente capaz de comprender y adecuar su comportamiento de acuerdo a eso, pero que parten de una concepción deformada de la realidad –alucinaciones- por ejemplo-, y lo mismo de aquellas patologías en las que el sujeto comprende la antijuridicidad de su accionar, más le es imposible en muchos casos adecuar su comportamiento de acuerdo a dicha comprensión-*cleptomanía por ejemplo-*, para la reforma propuesta, se podría tomar como modelo el Artículo 34 del Código Penal Argentino que recoge la fórmula mixta de la imputabilidad, textualmente dice:

“No son punibles: 1º. el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado

de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable (parte psicológica), comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (parte psiquiatría). En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenara la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso” (Las negrillas y lo subrayado me corresponden);

Y complementarla con el inciso final del artículo 62 del Código Penal Venezolano:

“... cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, de la cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.”
(Las negrillas y lo subrayado me pertenecen.)

Es decir se excluye del poder punitivo cuando el agente padece: 1) insuficiencia de las facultades; 2) alteración morbosa de las facultades; o 3) estado de inconsciencia; y siempre que por cualquiera de las anteriores razones no haya podido: 1) comprender la criminalidad del acto o 2) dirigir sus acciones, o ambos y, además, se le da a la persona la oportunidad de que su familia lo pueda tratar, en caso de no haber un establecimiento adecuado, pues se ha llegado a conocer que en algunos casos, esta última reflexión ha sido el pretexto para mantener a personas **judicialmente declaradas inimputables**, dentro de los Centros de Rehabilitación Social.

- Crear la figura de la semiimputabilidad Penal tomando como modelo el tomar el modelo del Código Penal Español que la establece en su Artículo 104, que dice: *“el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103”* (medidas de seguridad), a fin de aplicar una pena y una medida de seguridad conjuntamente, en lugar de declarar la

imputabilidad completa pero reducida a criterio del juez Arts. 35 y 50 de nuestro actual CPP.

HOSPITAL PSIQUIATRICO PENITENCIARIO

Para finalizar consideramos importante señalar que actualmente existe la Clínica de Conducta en el Ex Penal García Moreno que alberga a unos 35 internos la mayoría de ellos con trastornos de farmacodependencia y unos pocos con patología psiquiátrica, realidad que hace necesaria la creación y adecuación de un Hospital Psiquiátrico Penitenciario a nivel nacional en el que puedan ser tratados los internos con trastornos psiquiátricos y además aquellos pacientes declarados inimputables, estos últimos que en la actualidad constituyen alrededor del 0.1 % de la población penitenciaria, ya que actualmente los Hospitales psiquiátricos del Estado se niegan sistemáticamente a admitir internos con alteraciones psiquiátricas aduciendo falta de espacio o la presencia del personal de seguridad y vigilancia.

BIBLIOGRAFÍA

A. MANUALES Y TEXTOS LEGALES

- BECCARIA CESARE, *De los delitos y las penas*, editorial Temis, Bogotá 2003.
- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, editorial Heliasta, Buenos Aires 2003.
- CARRARA Francesco, *Programa de Derecho Criminal, volumen 1*, editorial Temis, Bogotá 1988.
- FOUCAULT Michel, *Vigilar y Castigar*, editorial siglo veintiuno, México 1994.
- FRIAS CABALLERO Jorge, *Imputabilidad Penal*, editorial Ediar, Buenos Aires Argentina 1981.
- JIMENEZ ASÚA Luís, *Tratado de Derecho Penal tomos I, II*, Buenos Aires 1950.
- VALDÉS GARCÍA Carlos, *Estudios de Derecho Penitenciario*, editorial Tecnos, 1982.
- ZAFFARONI Eugenio, *Manual de Derecho Penal parte General*, editorial Ediar, Buenos Aires 2006

B. MANUALES Y TEXTOS MÉDICOS

- LOPEZ MUÑOZ Francisco, Molina Juan de Dios Martín, de Pablo Silvia, ALAMAO Cecilio, *Psiquiatría biológica: Publicación oficial de la Sociedad Española de Psiquiatría Biológica*, Vol. 14, Nº. 3, 2007.
- UZCATEGUI Andrade Byron, *Génesis Biosocial de la violencia en el Ecuador, Quito, 2007.*

C. REVISTAS, ARTÍCULOS

- DONOSO CASTELLÓN Arturo, *Revista de la Universidad Católica, año XII, No. 40*, noviembre de 1984, Quito

D. LEGISLACION ECUATORIANA Y COMPARADA

- Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (Ecuador), publicado en el R.O. 399:17 de Noviembre de 2006
- Código de Procedimiento Penal (Ecuador), publicado en el R.O. 555:24 de Marzo de 2009
- Código Penal Argentino
- Código Penal Brasileño.
- Código Penal Boliviano.
- Código Penal (Ecuador) publicado en el R.O. 147:22 de Enero de 1971
- Código Penal Español.
- Código Penal Chileno.
- Código Penal Venezolano.
- Constitución de la República del Ecuador, publicado en el R.O. 449: 20 de Octubre de 2008
- Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuatoriano), publicado en el R.O. 544: 9 de Marzo de 2009
- Ley Orgánica de Salud (Ecuador)
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud (Ecuador).

- Ley sobre Discapacidades (Ecuador)
- Reglamento a la ley de Discapacidades (Ecuador)

E. DOCUMENTOS DE TRABAJO E INFORMES

- CARO JHON José Antonio, *La imputación subjetiva* , publicado en la Universidad de Bonn.
- DONOSO CASTELLON Arturo, su curso de Introducción al Derecho Penal, Universidad Internacional SEK, con sede en la ciudad de Quito.

F. MATERIAL INFORMÁTICO

<http://www.answers.com/topic/criminal-law>

<http://www.answers.com/topic/mcnaghten-rules>

<http://www.conadis.gov.ec/fepapdem.htm>

<http://www.deficitdeatencionperu.org/berrios.htm>

<http://www.dnrs.gov.ec>

<http://www.eutimia.com/dsm4/>

<http://www.fiscalia.gov.ec>

<http://www.who.int>, World Health Organization.

http://www.msp.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=66&Itemid=175

http://www.robertexto.com/archivo12/hist_der_penal.htm.

<http://www.psicoactiva.com/cie10/cie1.htm>

<http://www.wikipedia.org>.

