

Consideraciones sobre los conceptos de Peligrosidad y de Riesgo cierto e inminente. Implicaciones para las medidas de seguridad

Silvio Oscar Angelini y Anahí Larrieu

soangelini@gmail.com

Facultad de Psicología | UNLP

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo discutir las diferencias entre los conceptos de peligrosidad y el de riesgo cierto e inminente, en el campo de la salud mental. Este último concepto es introducido en la legislación nacional mediante la Ley 26657, para luego pasar a discutir la presencia de estos conceptos en el campo penal, en particular para la aplicación de medidas de seguridad en el marco del artículo 34 del Código Penal de la Nación, a partir del fallo Antuña de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

No discutiremos aquí en extenso el origen del concepto de peligrosidad y el de riesgo cierto e inminente sino que nos atendremos a su fundamentos epistemológicos y su aplicación en el campo de la salud mental.

La estrategia metodológica utilizada en la realización del presente trabajo fue un estudio exploratorio y descriptivo de corte cualitativo de material bibliográfico y documental. Para ello, hemos consultado referentes en diversos soportes que discuten la temática de la peligrosidad y el riesgo cierto e inminente en salud mental, fallos e informes judiciales sobre medidas de seguridad y sus implicancias respecto de las personas declaradas inimputables.

Palabras claves: peligrosidad; riesgo cierto e inminente; salud mental; medidas de seguridad

¡Es un peligro!

Las personas con padecimiento/discapacidad psicosocial han sufrido y sufren un estigma que asocia ese padecer con una amenaza a la salud mental o física de la persona misma o de otras, alterando el orden cotidiano. Así se fue determinando el concepto de que la persona afectada era un peligro para sí o terceros, fórmula que articula derecho y medicina. Y se sigue utilizando aún en el campo penal cuando se entrecruza con el de la salud mental, preguntándose en escritos judiciales si el sujeto reviste *peligrosidad para sí o terceros*.

La idea de la peligrosidad de los estados mentales surge con la psiquiatría del siglo XIX y es acentuada por la escuela criminológica italiana (Césare Lombroso y Enrico Ferri). Este concepto se asienta primeramente sobre el concepto de temibilidad, de Raffaele Garofalo. El sujeto temible es aquel que manifiesta una perversidad constante y activa. Claramente, la idea de la temibilidad y del sujeto temible está enfocado, no desde la persona, sino desde la sociedad a la que esas conductas le generan temor o miedo.

Lombroso y Ferri desarrollaron la concepción moderna de la peligrosidad. En sus enfoques, los criminales son personas que han sufrido un retraso o detenimiento en su desarrollo evolutivo psicológico, sea ello como consecuencia de aspectos innatos o adquiridos, pero siempre de origen biológico

El enfoque de la peligrosidad sostiene un sujeto determinado por aspectos biológicos, donde lo psicológico y lo social son un efecto o fenómeno de lo biológico (Domínguez Lostaló, 1995). Se establece una relación de causalidad entre los fenómenos, siendo todo reductible y explicable por factores de orden biológico.

Este tipo de sujeto es un enfermo que debe ser tratado para neutralizar el peligro que representa, es portador de una noxa que puede afectar negativamente al cuerpo social.

En el caso de las personas con padecimiento/discapacidad psicosocial, Leonardo Ghioldi y Esteban Toro Martínez (2011) sostienen la existencia de dos tipos de peligrosidad: la inminente y la potencial. La primera estaría ligada a crisis de origen psíquico próxima a producirse y se inscribe dentro del campo de la clínica. La potencial, por el contrario, es un juicio de valor sobre hechos futuros que pueden suceder o no, inscribiéndose dentro del campo judicial. Aquí vemos que la peligrosidad como potencialidad es un requerimiento del sistema judicial-penal a la psiquiatría para que fundamente *científicamente* la privación de la libertad de una persona con fines terapéuticos-penales (Ghioldi & Toro Martínez, 2011: 31).

La peligrosidad de una persona basada en la supuesta potencialidad, es una cualidad del sujeto que está a la espera de desplegarse. Así, la persona tiene una carga de origen biológico que lo determina, lo sujeta a ese destino. Este enfoque sustenta una concepción de un sujeto biológico, que deja por fuera otras múltiples del ser humano.

La apelación a la peligrosidad de la persona ha sido la excusa penal y terapéutica para segregar, para aislar, para excluir a aquellas que se han vuelto indeseables socialmente en las denominadas instituciones totales.

Hasta el momento, ningún estudio científico ha podido determinar fehacientemente las hipótesis biologicistas que sustentan la peligrosidad de las conductas delictivas o de los padeceres/discapacidades psicosociales. Por otra parte, el enfoque biologicista toma como población aquella que entró en contacto con las instituciones sanitarias o penales (la cárcel y el manicomio), sin tener en cuenta los procesos de selectividad y estigmatización sociopenal y sociosanitarias.

En ese sentido, el concepto de peligrosidad ha sido cuestionado en nuestro país por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN):

(...) 23) Que la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera... Nunca podría saberse por anticipado si con la reclusión habrá de evitarse o no un futuro delito, que a ese momento no sólo todavía no se habría ni siquiera tentado, sino que, tal vez nunca se llegaría a cometer.

24) (...) En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal (Gramajo Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa, septiembre de 2006).

Otro aspecto a considerar sobre la peligrosidad está determinado por la relación entre diagnóstico y peligrosidad:

Ciertos diagnósticos son de por sí sinónimo de peligro. Así ciertas conductas o padeceres son vistos como... [peligrosos] y, por lo tanto, debe realizarse una intervención con el fin del cese de esa conducta o padecer, intervención que siempre termina en la internación (Angelini y otros, 2011: 6).

Marcelo Viñar expresa que el diagnóstico:

[tiene el] poder eficaz de sanción y de consecuencias en cuanto a establecer el destino de aquellos a quienes se les aplica, que tiene un valor de anticipación, un valor predictivo...El diagnóstico no sólo es portador de una fotografía del presente sino de una presunción anticipada sobre el futuro, sobre las consecuencias (en Angelini y otros, 2011: 7).

Durante muchos años la peligrosidad para sí o terceros ha sido el fundamento, tanto del encierro penal como del encierro sanitario.

Tomando riesgos

La Ley 26657 de Protección de la Salud Mental (en adelante LNSM Boletín Oficial [B.O.], 2/12/2010, Argentina), introduce la noción de situación de riesgo cierto e inminente como condición para la determinación de internación involuntaria, es decir, coactiva o forzada (artículo 20). Dicha situación, debe ser determinada por el equipo interdisciplinario de salud mental sobre un diagnóstico, también interdisciplinario. Por su parte, el Decr. 603/2013 que reglamenta la ley dice:

ARTÍCULO 20.- Entiéndese por riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros (B.O., 28/05/2013, Argentina).

Toro Martínez (2011) expresa que la LNSM entiende al riesgo de daño como un atributo de estado, esto es, una situación en la que alguien se encuentra y luego puede salir. Vemos que el riesgo de daño es un estado de la persona aquí y ahora. Más adelante se pregunta:

¿Qué es lo que se evalúa? El riesgo, el atributo de estado, la contingencia del menoscabo, en un momento y en una situación dada [a partir de] 4 puntos cardinales: I) riesgo de daño, II) deducido a partir de una evaluación interdisciplinaria, III) de cada situación particular y IV) en un momento determinado (Toro Martínez, 2011: s/p).

Ello permite apartar la idea del sujeto peligroso y del diagnóstico psicopatológico como determinante de dicha peligrosidad.

La determinación de la situación de riesgo debe hacerse interdisciplinariamente, entendiendo lo interdisciplinario como más que la sumatoria de saberes profesionales, como diálogo entre saberes disciplinarios, profesiones y saberes de las personas usuarias, sus vínculos y la comunidad. El diagnóstico interdisciplinario implica la necesidad de pensar en múltiples dimensiones la situación de la persona, ya no solo en términos psicopatológicos. El riesgo no es solo mental, psíquico.

Ello determinará que la privación de la libertad que significa la internación involuntaria, sea un último recurso cuando otros abordajes no lesivos del derecho a la libertad y a vivir en comunidad no hayan dado los resultados esperados (arts. 9 y 14, LNSM, 2010).

También debemos tener en cuenta que la percepción y evaluación del riesgo es una construcción que realizan los diversos grupos sociales sobre acontecimientos futuros y que será diferente según cada uno de ellos (Angelini y otros, 2011). Por ello, es la importancia de la construcción interdisciplinaria del diagnóstico sobre la situación de riesgo cierto e inminente. La idea de situación en la consideración del riesgo cierto e inminente nos permite trabajar sobre variables más amplias y objetivas que las basadas en la peligrosidad.

Tomando medidas

La medida de seguridad penal, es el equivalente a la internación involuntaria en salud mental para las personas con padecimiento/discapacidad psicosocial que han sido autoras de actos contrarios a las leyes pero no recibieron el reproche jurídico en base a la no comprensión de sus actos (inimputables), tomando como base el artículo 34 del Código Penal (CP). Ambas, son formas de privación de la libertad al en los ámbitos sanitario y penal.

La medida de seguridad se distingue, por un lado, de la pena, ya que la persona no es declarada culpable y, por lo tanto, no le corresponde una sanción. Sin embargo, es

encerrada por tiempo indeterminado, en el sentido que solo se la liberará si las condiciones de peligrosidad que motivaron la aplicación de la medida de seguridad desaparecieron. Por otro, se diferencia de la internación involuntaria que prevé la LNSM, en el sentido de que los lugares de internación no son hospitales sino cárceles o partes de ellas (destinadas a estas personas).

La Ley de Protección de la Salud Mental introdujo un plus de derechos para las personas con padecimiento/discapacidad psicosocial, a la vez que nuevos procedimientos. Ese plus y esos nuevos procederes han generado resistencias en el ámbito sanitario, de la justicia civil y también en el de la justicia penal. Respecto de esta última, la resistencia es mayor.

La CSJN en el fallo Antuña (Antuña, Guillermo Javier s/ causa 12434, CSJN, 13 de noviembre de 2012) tomando lo que expresa la procuración sostiene que:

La medida de internación coactiva es equivalente en los regímenes civil y penal. Las condiciones sustantivas que la justifican son las mismas: la internación ha de ser en ambos casos estrictamente necesaria tanto desde el punto de vista curativo, como recurso terapéutico, como desde el punto de vista preventivo, como mecanismo para contrarrestar el riesgo de que la enfermedad que la persona padece la lleve a dañarse a sí misma o a otros. Las características fundamentales del tratamiento al que el paciente tiene derecho son también las mismas en ambos casos. Lo que distingue a una internación coactiva dispuesta en aplicación del párr. 2, inc. 1, art 34, Código Penal, de la medida equivalente del régimen general del derecho civil reside en que las condiciones de la internación pueden ser más rígidas, en virtud del carácter penitenciario de la institución psiquiátrica en la que el juez penal puede ordenar que la medida sea ejecutada, y en que la liberación o “externación” es más dificultosa en el caso de las medidas penales.

De esta manera, la CSJN plantea la existencia de dos regímenes de internación compulsiva, el sanitario y el penal, donde en este último se acotan derechos de las personas reconocidos tanto por el derecho interno como por el internacional. En ese sentido, el juez del Tribunal Oral Correccional N° 1, Dr. Vásquez Acuña (Relatoría: Salud mental en contextos de encierro, s/f) expresa:

Por un lado el régimen de salud mental, está destinado a la protección de la salud mental de las personas. Su recuperación su derecho a la salud. Mientras que el art.

34 tiene como finalidad evitar que esta persona que cometió un hecho ilícito no sea peligroso para sí y para terceros.

Es preocupante que la Corte acepte, a través del art. 34- un sistema paralelo al régimen aplicable conforme la ley de salud mental un sistema caracterizado por la aplicación de un régimen de seguridad. No se puede hablar de un sistema curativo preventivo. Estos sistemas no tienen las mismas razones, el de seguridad (art. 34 del C.P.) evita que la persona cometa otro delito, y mira y considera a la persona desde la categoría y visión “peligrosista”.

En concordancia, Vásquez Acuña sostiene que la medida de seguridad es, por lo tanto, más gravosa para la persona, teniendo en cuenta que la evaluación debe ser dictaminada por médicos forenses cuando la LNSM expresa que toda evaluación debe ser interdisciplinaria. Por ello, consideramos que las medidas de seguridad se enfocan sobre el sujeto, sobre su peligrosidad como productor de ella. Se lo declara inimputable para recibir una pena, pero recibe una imputación mental que habilita la medida de seguridad. El diagnóstico psicopatológico determina esta situación.

Este fallo va en sentido opuesto de otros que ha emitido la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo “R, M.J. s/insania, humana” (Fallo R, M.J. s/insania, CSJN, 1 de septiembre de 2009.).

Si bien el fallo Antuña sostiene este doble estándar de derechos, introduce la novedad de acotar las medidas de seguridad al máximo de la pena prevista para el ilícito cometido. Ello intenta poner un límite temporal a la infinita cantidad y posibilidad de medidas de seguridad a adoptar.

Final con riesgos

La idea de peligrosidad plantea la idea de una forma de ser del sujeto, asentado en imprecisos fundamentos de corte biologicista, sobre una supuesta potencialidad de causar algún daño a lo socialmente pautado. Este enfoque desresponsabiliza y responsabiliza a la vez al sujeto: está determinado por su biología, pero debe hacerse responsable de esa carga biológica.

La concepción de riesgo cierto e inminente, por el contrario, se asienta en un *estar* del sujeto aquí y ahora, no es una condición del mismo, por ello se habla de *situación de riesgo cierto e inminente*. La persona se encuentra en una situación que lo expone a un

riesgo de sufrir un daño a la salud o la vida de sí mismo u otras personas en su entorno inmediato. Pero mientras la peligrosidad se enfoca solo en el sujeto, el concepto de riesgo lo hace sobre el sujeto y su situación vincular y social.

La discusión nos lleva a plantear que la aplicación de las medidas de seguridad para personas con padecimiento/discapacidad psicosocial pivotea entre un derecho penal de acto y otro de autor, entre lo penal y lo sanitario.

Siguiendo a Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, existiría un *derecho penal del ciudadano* y un *derecho penal del enemigo*, como “dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas, en *un solo* contexto jurídico-penal” (2003: 22). La irrupción de un nuevo paradigma de pensamiento genera modificaciones en los sistemas legales y en las prácticas que de ellas se derivan. Sin embargo, en ambos casos, conviven en sus enunciados y conforman un cuerpo heterogéneo de discursos y prácticas en las que se resuelven las tensiones.

Por todo ello, consideramos que las personas con padecimiento/discapacidad psicosocial que han realizado una acción, típica y antijurídica, no deben ser sometidas a situaciones de encierro penal, aunque sea en unidades penales especializadas, sino que deben ser abordados por el sistema sanitario con los recaudos sociales, tratamientos y jurídicos necesarios para cada caso.

Referencias bibliográficas

- Angelini, S. ; Carrillo. Ma. F; Irie, A y Penna, A. (2011). *La ley 26657 y la evaluación de la situación de riesgo cierto e inminente en las internaciones involuntarias* [en línea] Recuperado de <<https://goo.gl/3Kx8n6>>
- Domínguez Lostaló, J. C. (1995). *Vulnerabilidad*. La Plata: Mimeo.
- Ghioldi, L. y Toro Martínez, E. (2011). “Riesgo grave, cierto e inminente de daño: único fundamento de la indicación interdisciplinaria basada en la peligrosidad para sí o terceros”. En *Cuadernos de Medicina Forense Argentina*, 2 (1), pp.25-35.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Salud Mental en Contextos de Encierro. Relatoría. (S/f) [en línea] Recuperado de <www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Taller%20Salud%20Mental.pdf>
- Toro Martínez, E. (2011). “La noción de ‘situación de riesgo cierto e inminente’ en la Ley 26657/10: acerca de la diferencia entre ‘estar’ y ‘ser’ y sus consecuencias médico legales”. En *Revista Psiquiatría*, 16, pp. 19-26.

Leyes, decretos y fallos

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo “Antuña, Guillermo Javier s/ causa 12434”, 13 de noviembre de 2012. Argentina.
- _____ Fallo “Gramajo Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”, septiembre de 2006.
- _____ Fallo “R, M.J. s/insania”, 1 de septiembre de 2009.
- Código Penal Argentino
- Ley 26657 (de Protección de la Salud Mental) y Decr. Regl. 603/2013.