

**Documento de trabajo N°2**  
**“LA PELIGROSIDAD DEL ENAJENADO MENTAL EN LA JURISPRUDENCIA PENAL”**  
**Conceptos y criterios de determinación.**

**Unidad de Defensa Penal Especializada.**

**Departamento de Estudios y Proyectos.**

**Defensoría Nacional.**

**Defensoría Penal Pública.**

**2017.**

[udpe@dpp.cl](mailto:udpe@dpp.cl)

## Contenido

<b>I. Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>II. Antecedentes recopilados. ....</b>	<b>8</b>
<b>a. Sexo e identidad de género.....</b>	<b>9</b>
<b>b. Edad.....</b>	<b>12</b>
<b>c. Nacionalidad.....</b>	<b>17</b>
<b>i. Imputado extranjero. ....</b>	<b>17</b>
<b>ii. Imputado indígena.....</b>	<b>21</b>
<b>d. Tipos penales imputados. ....</b>	<b>27</b>
<b>i. Gravedad y pluralidad de delitos.....</b>	<b>29</b>
<b>ii. Delitos VIF, parricidio, femicidio y desacato. ....</b>	<b>31</b>
<b>iii. Delitos sexuales.....</b>	<b>34</b>
<b>iv. Delitos contra la propiedad.....</b>	<b>35</b>
<b>e. Informes periciales.....</b>	<b>37</b>
<b>i. Institución que realizó el informe. ....</b>	<b>37</b>
<b>ii. Diagnóstico .....</b>	<b>42</b>
<b>f. Consumo de drogas, alcohol y estupefacientes.....</b>	<b>45</b>
<b>g. Tiempo.....</b>	<b>48</b>
<b>i. Privación de libertad durante el procedimiento (detención, prisión preventiva, internación provisoria e internación provisional).....</b>	<b>48</b>
<b>ii. Medidas de seguridad. ....</b>	<b>52</b>
<b>III. Definición y concepto de peligrosidad.....</b>	<b>57</b>
<b>a. Antecedentes.....</b>	<b>58</b>
<b>b. Definiciones y comentarios.....</b>	<b>60</b>
<b>i. TJOP de La Serena, RIT N° 116-2017, Considerando 20°.....</b>	<b>60</b>
<b>ii. TJOP de Viña del Mar, RIT ° 244-2013, Considerando 17° . ....</b>	<b>64</b>
<b>iii. TJOP de Cauquenes, RIT N° 10-2007, considerando 20° . ....</b>	<b>65</b>
<b>c. Conclusiones.....</b>	<b>66</b>
<b>IV. Criterios de determinación de peligrosidad.....</b>	<b>80</b>
<b>a. Introducción. ....</b>	<b>81</b>
<b>b. Criterios médicos.....</b>	<b>82</b>
<b>i. Tipo de enfermedad.....</b>	<b>82</b>
<b>ii. Carácter crónico de la enfermedad y enfermedad únicamente tratable mediante internación.....</b>	<b>85</b>
<b>iii. “Tratamiento”.....</b>	<b>86</b>

iv.	“Internación involuntaria previa (administrativa o judicial)”	91
v.	“Recomendación médica expresa”	91
vi.	“Conductas sexuales desviadas o impulsos sexualizados”	93
vii.	“Falta de conciencia respecto de la enfermedad”	94
c.	Criterios jurídicos	95
i.	“Cantidad de delitos imputados” y “gravedad de ellos”	95
ii.	“Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes en el caso concreto”	97
iii.	“Existencia de anotaciones pretéritas en el extracto de filiación y antecedentes”	98
d.	Criterios personales del individuo	101
i.	“Existencia de episodios violentos pretéritos” e “intentos, señales y/o advertencias de suicidio y/o autolesión”	101
ii.	“Consumo de drogas y/o alcohol”	103
iii.	“Situación de calle, mendicidad y/o indigencia”, “características marginales y/o antisociales” e “higiene personal”	105
iv.	“Capacidad para comunicarse”, “diferencia idiomática” y “capacidad para establecer relaciones personales”	108
v.	“Coeficiente intelectual”	109
vi.	“Capacidad para valerse por sí mismo”	110
vii.	“Actitud durante la celebración del juicio”	110
e.	Criterios socio económicos	113
i.	“Trabajo actual o posibilidad de inserción laboral y carencia de medios económicos”	113
ii.	“Relación con la víctima”	116
f.	Criterios familiares	118
i.	“Contexto familiar” y “existencia de enfermedades mentales dentro de la familia”	118
ii.	“Red de apoyo social”	121
iii.	“Respeto a la autoridad y a los miembros del grupo familiar”	123
g.	Criterios relativos a la Macro Red de Psiquiatría Forense	125
i.	“Falencias de la red de psiquiatría forense”	125
h.	Criterios sin determinar	126
i.	“Sin determinar”	126
V.	Conclusiones	127
VI.	ANEXOS	131
	Anexo 1	131

<b>Anexo 2.</b> .....	132
<b>VII. Lista de sentencias analizadas.</b> .....	133
<b>VIII. Bibliografía.</b> .....	137

## I. Introducción.

“El concepto de peligrosidad es un concepto peligroso”, señalaba ya en 1914 Franz Exner al concebir la cantidad innumerable de abusos e injusticias que se han realizado y se podrían realizar con ocasión de un concepto que, al momento de ser definido y dotado de contenido, muta antojadizamente, impartándose con sorprendente desigualdad según épocas, lugares, contextos, personas, condiciones socioeconómicas y, por sobre todo, prejuicios.

En parte, ese ha sido el gran motivo de desconfianza y animadversión que ha llevado a que la peligrosidad sea concebida como un concepto indeseado, cuestionado y, muchas veces, rechazado<sup>1</sup>. Indeseado, por ser asociado al Derecho Penal de autor, dando cabida a todo tipo de arbitrariedades y estigmatizaciones ajenas a la evolución de las ciencias del Derecho; cuestionado, ya que es oscuro, ambiguo y confuso definir qué es la peligrosidad, cuáles son sus alcances, qué es “*ser peligroso*” y qué hace que un sujeto sea considerado como tal; y rechazado, dado que – salvo contadas excepciones<sup>2</sup> – aun gozando de una definición de aquello que podría ser entendido por “*peligrosidad*”, no es conocido con precisión qué criterios, elementos o cánones deben ser tenidos a la vista para dar sustento material y práctico y decir con certeza medianamente razonable que una persona es peligrosa. No obstante, y a pesar de lo anteriormente dicho, el uso de las ideas de “*peligroso*” y “*peligrosidad*” han permeado todas las esferas del Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario. Por ejemplo, en Derecho Penal se asocia la peligrosidad a cierta clasificación de delitos, es considerado requisito para determinar la aplicación de penas sustitutivas o accesorias, se manifiesta como teoría para la sancionar estados de desarrollo imperfectos de la conducta y como requisito de imposición de medidas de seguridad para inimputables por enajenación mental; en Derecho Procesal Penal, la peligrosidad ha sido implementada como fundamento y requisito para la imposición de medidas cautelares, y, por su parte, el Derecho Penitenciario la ha previsto como circunstancia para la segregación carcelaria y la otorgación de beneficios intra penitenciarios, entre otros.

---

<sup>1</sup> ZIFFER, Patricia. “*Medidas de Seguridad*”. Ed. Hammurabi. p. 135 - 137. (2008).

<sup>2</sup> Una excepción sería el art. 140 CPP, por cuanto se dan criterios concretos para definir qué circunstancias han de concurrir para considerar al sujeto peligroso para los fines del procedimiento.

De este modo, la peligrosidad ha pasado a ser una categoría “*bastarda*” del Derecho Penal, pero lamentablemente necesaria para el ejercicio actual del *ius puniendi* del Estado, según lo manifiesta la legislación vigente y las necesidades de un derecho penal de corte expansionista.<sup>3</sup>

En el escenario de dudas e incertidumbres que surge con ocasión de la peligrosidad, el trabajo jurisprudencial de jueces y tribunales es esencial. Es la judicatura la llamada a interpretar y aplicar la ley en casos en los que se conoce la condición y el estado real y concreta en casos y personas determinadas, de manera tal que son ellos quienes, en definitiva, determinan qué es la peligrosidad y qué es lo requerido para afirmar que un sujeto es peligroso, por lo que resulta de interés y utilidad el estudio de las ocasiones en los que la jurisprudencia ha conocido, estudiado y resuelto litigios en los que se afirma que cierto individuo puede ser peligroso y, por tanto, el Derecho impone la obligación de reaccionar de determinada forma ante él.

En lo que a inimputables por enajenación mental respecta, la peligrosidad es requisito y fundamento de la imposición de medidas de seguridad. Sin embargo, en la práctica, en la teoría y en la Ley, el escenario es igualmente ambiguo y poco certero que en los casos anteriormente descritos, causando incluso mayor preocupación, atendida la especial situación de vulneración en la que viven las personas con discapacidades mentales. En efecto, el art. 455 de Código Procesal Penal apenas hace referencia a la existencia de “*antecedentes calificados que hagan presumir que (el enajenado mental) atentará contra sí o contra terceras personas*”, descripción que abre la puerta a más preguntas que certezas, por cuanto no precisa la pertinencia de los antecedentes calificados, si los atentados que se presume se realizarán han de ser o no constitutivos de delitos, si, en caso de referirse a conductas ilícitas, éstas puedan ser constitutivas de cualquier figura típica o de unas determinadas, entre otros.

Por lo anteriormente dicho, el presente trabajo de investigación propone el análisis descriptivo de un total de 96 sentencias definitivas emanadas de Tribunales de Juicio Oral

---

<sup>3</sup> Al respecto, afirma ZIFFER que “*si se rechaza a ultranza toda injerencia estatal apoyada en la posibilidad de que la conducta del sujeto signifique un riesgo para sí o para terceros, se adopta una posición teórica consecuente, pero difícil de sostener tanto de lege lata como lege ferenda. La construcción de un sistema jurídico en el que el Estado carezca de toda posibilidad de intervención preventiva, por ejemplo, en el caso de enfermos mentales o de menores, no parece realizable, ni tampoco sería razonable. (...) Todo instrumento legal orientado a la prevención especial, sea en la forma de pena, sea como prevención especial pura – bajo la forma de “medidas curativas o de seguridad”- funciona, implícita o explícitamente, con apoyo en pronósticos de peligrosidad*”.

en lo Penal<sup>4</sup> obtenidas de manera aleatoria, a objeto de recoger antecedentes respecto de quienes han sido sujetos a juicios por requerimiento de medidas de seguridad, detectar qué concepto y definición de “*peligrosidad*” ha sido usada por los tribunales de justicia en el conocimiento de conductas ilícitas desplegadas por sujetos inimputables por enajenación mental y de qué criterios se han hecho para poder determinar que, en el caso concreto, un individuo inimputable puede, presuntamente, atentar contra sí mismo o contra terceras personas.

La primera parte del presente informe se titula “*Antecedentes recopilados*”, instancia en la que se describen los datos cuantitativos y cualitativos recogidos a partir de la jurisprudencia estudiada, sumado a breves comentarios de la situación referida desde la perspectiva de la práctica, la legislación nacional e internacional, dividiendo el análisis desde la perspectiva del sexo y la identidad de género, edad, nacionalidad, los tipos penales imputados, los informes periciales realizados, el consumo de drogas, alcohol y estupefacientes y, finalmente, el tiempo de privación de libertad durante el procedimiento y en la aplicación de medidas de seguridad. En segundo lugar, se ofrece un análisis de la definición y el concepto de peligrosidad esbozados por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal que dictaron las sentencias estudiadas, a fin de concluir qué elementos debe tener una definición de peligrosidad en materia de aplicación de medidas de seguridad. Finalmente, se definen, agrupan, describen y examinan los criterios usados por los jueces penales para la determinación de peligrosidad, a objeto de constatar qué elementos tienen a la vista los sentenciadores para determinar que un individuo es o no peligroso y, en el caso de serlo, qué tan peligroso es.

Si bien el presente estudio dista mucho de ser una solución definitiva para el sinnúmero de problemas, desventajas, vulneraciones y perjuicios que sufren quienes padecen enfermedades mentales que se ven sometidos a procesos penales en su contra, creemos que es un pequeño aporte para evidenciar dichas injusticias y, además, ofrecer una lectura del fenómeno que, consideramos, pueda ajustarse más y mejor a derecho.

#### **Unidad de Defensa Penal Especializada.**

---

<sup>4</sup> La muestra objeto de estudio se conformó a partir de 8 sentencias por cada año de funcionamiento de la Reforma Procesal Penal en todo Chile, es decir, 8 sentencias por cada año entre 2005 y 2017, lo que equivale a un total de 96 sentencias.

## **II. Antecedentes recopilados.**



### a. Sexo e identidad de género.

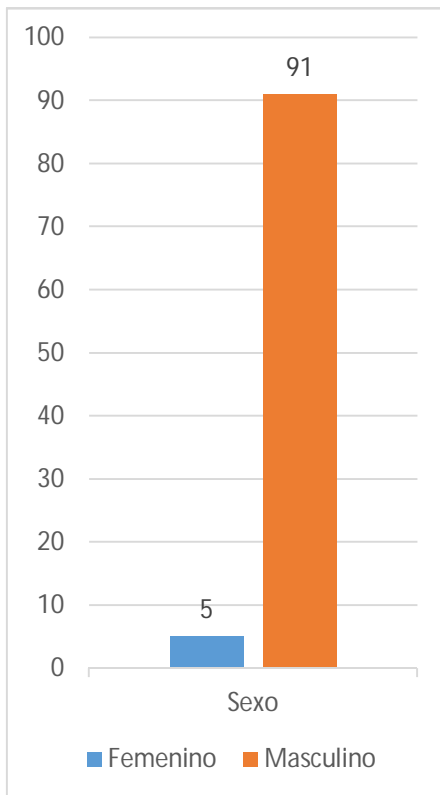


Gráfico 1.

Tal como es señalado en el *Gráfico 1*, de las 96 sentencias analizadas, 91 casos correspondían a sujetos de sexo masculino, lo que representa el 94.6% del total de los casos. Por su parte, solo el 5,4% de los casos correspondieron a personas de sexo femenino, lo que equivale a 5 de las 96 sentencias analizadas. Dichos datos estadísticos no son concordantes con las estadísticas de la Defensoría Penal Pública del año 2016<sup>5</sup>, padrón que dio cuenta de un total de 325.825 causa-imputados ingresadas, dentro del cual, el 81,5% correspondió a personas de sexo masculino, mientras que solo el 18,5% lo fue respecto de personas de sexo femenino, existiendo al menos 13 puntos porcentuales de diferencia entre una y otra medición.

En los cinco procesos asociados a personas de sexo femenino, el total de los delitos imputados correspondieron a lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, homicidio, parricidio, amenazas simples, incendio y lanzamiento de piedras y objetos contundentes a vehículos motorizados. A su vez, es importante señalar que en la totalidad de estos casos se impusieron medidas de seguridad como resultado del proceso. Por su parte, en cuatro de los cinco casos se imputó más de un delito, pero solo en tres se impuso una medida de seguridad fundada en la convergencia de más de una figura delictual.

En la jurisprudencia analizada no se detectó la invocación o la aplicación de normativa internacional relacionada con materias de género o derechos de mujeres, a pesar de la actual vigencia de tratados internacionales que disponen normas sobre la materia, tales como la “*Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*” (CDPD), la “*Convención Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer*” (CEDAW, por sus siglas en inglés), la “*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*” – *Convención Belem do Pará* –

<sup>5</sup> DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, “Estadísticas 2016”, <http://www.dpp.cl/repositorio/170/466>.

(CBDP), las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas con Vulnerabilidad” (RBAJPV), entre otros instrumentos, dentro de los que destacan disposiciones como las del art. 6° nro. 1 de la CDPD, arts. 2° letra d) y 5° letra a) de la CEDAW y arts. 6° letra a) y b), 7° letras b) y f) y 9° de la CBDP, por cuanto dan cuenta del reconocimiento de circunstancias históricas de violencia y discriminación en contra de las mujeres, sumado a los compromisos adoptados por los Estados parte para prevenirla, así como también el art. 9° de la CBDP<sup>6</sup>, que impone a los Estados partes la obligación de considerar en sus quehaceres la especial situación de vulnerabilidad que sufre la mujer discapacitada y/o privada de libertad.

Contrario a la normativa anteriormente citada, se detectaron criterios de determinación de peligrosidad que, en atención a la situación de vulnerabilidad, desigualdad, discriminación y problemático acceso a la justicia que han afectado a las mujeres, no pueden sino ser consideradas como una extensión de la estigmatización asociada a su sexo. Por ejemplo, circunstancias como la “*carencia de medios económicos*” y la “*existencia de trabajo actual o posibilidad de inserción laboral*” (ver ambos en *infra IV.e.i.*) pueden ser entendidas como manifestaciones de las múltiples formas de violencia y discriminación que contra las mujeres se ha ejercido a lo largo de la historia, por cuanto las mujeres han sido víctimas de obstáculos arbitrarios para poder insertarse en el mundo laboral y, una vez habiéndolo hecho, gozar de las mismas condiciones y derechos que los hombres. En ese sentido, considerar dichas circunstancias como criterios para entender que el sujeto de sexo femenino es peligroso en el caso concreto es, lisa y llanamente, usar las falencias de una sociedad democrática y el incumplimiento de determinados deberes del Estado como elementos que las perjudican en un proceso penal y que, por lo demás, fundan su restricción o privación de libertad, fenómeno discriminatorio que se ve acentuado si consideramos que además son personas con discapacidades intelectuales y cognitivas. De este modo, y a propósito de ejemplos como los dados, es posible afirmar que no se otorgó un trato más benévolo o considerativo a las mujeres enajenadas mentales que se vieron enfrentadas a un requerimiento de medidas de seguridad, sino que, por el

---

<sup>6</sup> “CBDP, Artículo 9: Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es **discapacitada**, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o **de privación de su libertad**”.

contrario, los efectos de las estigmatizaciones y discriminaciones que han sufrido fueron consideradas como elementos distintivos para acreditar que se estaba frente a una personalidad peligrosa y potencialmente reiterativa en la comisión de conductas delictivas, razón por las que se les impuso una medida de seguridad. De este modo, situaciones de vulnerabilidad social fueron entendidos en contra y no a favor de quienes las padecían, operando a la inversa de las normas y de los fines de los tratados internacionales referidos, dando sustento argumentativo para la deducción de recursos de nulidad, según lo dispuesto en el art. 373 letra a) del Código Procesal Penal.

Por otro lado, y en lo que dice relación con temáticas vinculadas a identidad de género, no fueron detectadas causas en las que dicho elemento o circunstancia haya estado presente o haya sido relevante para la resolución del caso o la confección de informes periciales, esto a pesar de las disposiciones del “*Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales V*” – DSM V – respecto de la “*disforia de género*”<sup>7</sup>. La práctica aquí descrita es valorada positivamente dada la falta de conocimientos de los operadores del sistema en materia de criterios clínicos y los límites de éstos en de confección de informes periciales, así como también la amplitud del concepto del concepto de “*peligrosidad*” y los abusos o arbitrariedades a los que se puede arribar en su determinación, sobre todo por la permanencia de tipos penales resabios del Derecho Penal de autor y de la protección de bienes morales y no jurídicos, tales como el art. 365 del Código Penal relativo a las mal llamadas relaciones sexuales “*sodomíticas*”.

---

<sup>7</sup> Sociedad Chilena de Neurología, Psiquiatría y Neurocirugía, “REVISTA CHILENA DE NEURO-PSIQUIATRÍA”, Vol. 2, suplemento N°1, ISSN 0717-9227, (2014).  
[http://www.sonepsyn.cl/revneuro/enero\\_marzo\\_2014/Suplemento\\_2014\\_1\\_Neuro\\_Psiq.pdf](http://www.sonepsyn.cl/revneuro/enero_marzo_2014/Suplemento_2014_1_Neuro_Psiq.pdf)

## b. Edad.

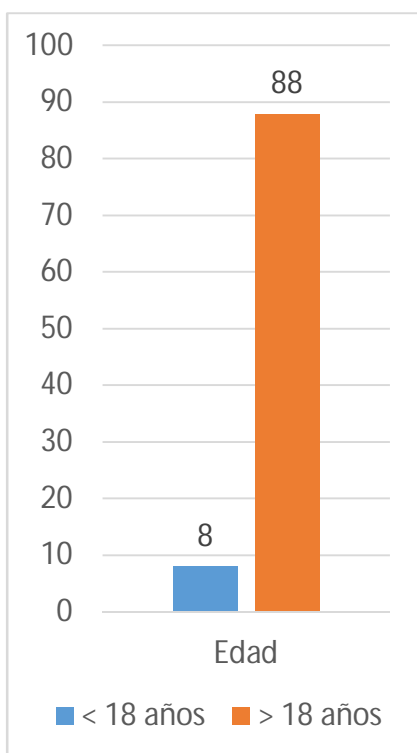


Gráfico 2.

Respecto de rangos etarios, 8 de las 96 sentencias analizadas correspondieron a requerimientos por medidas de seguridad en que los imputados eran adolescentes de entre 14 y 18 años, lo que equivale a un 8,3% del total, en comparación con un 91,7% de casos en que los requeridos eran adultos, es decir, 88 de las 96 sentencias revisadas.

En comparación con estadísticas de la Defensoría Penal Pública del Informe Estadístico Anual 2016<sup>8</sup>, el 8,1% del total nacional de causas-imputado ingresadas durante el periodo correspondió a causas en las que el sujeto imputado era adolescente, lo que equivale a un total de 26.247 casos<sup>9</sup>. Ahora bien, y sin perjuicio de que la muestra tomada para la realización del presente informe corresponde a sentencias de entre los años 2005 y 2017, existe coincidencia en las cifras porcentuales del año 2016 y de los años anteriores,

constando una diferencia de un máximo de 2,3 puntos porcentuales correspondiente al año 2006, en el que existió un ingreso de 10,6% de adolescentes imputados<sup>10</sup>. Por su parte, entre los años 2016 y 2015 las causas ingresadas con adolescentes imputados correspondieron cifras inferiores al 9%<sup>11</sup>.

La similitud de las cifras anteriormente señalada causa preocupación si se considera la cuestionada aplicación de las medidas de seguridad en adolescentes enajenados mentales que infringen normas penales. En efecto, si bien existen autores que reconocen la viabilidad de dicha reacción penal ante el adolescente enajenado mental<sup>12</sup> amparándose de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley N° 20.084, es imperativo precisar que

<sup>8</sup> Ob. Ibid, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA.

<sup>9</sup> Ibid ídem.

<sup>10</sup> Ibid ídem.

<sup>11</sup> 2015: 8,8%, 2016: 8,1%; entre 2010 y 2014 las cifras variaron entre el 9% y el 10% y entre 2006 y 2009 superaron el 10%.

<sup>12</sup> VERA Vega, Jaime, "Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente (un análisis de sus disposiciones desde la perspectiva de la peligrosidad criminal)", Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 12. (2013). p. 57 y ss.

el tenor literal de dicha disposición dice relación con la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal respecto de “*la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes*”, excluyendo de este modo a quienes carecen de dicha responsabilidad, tal como ocurre en casos de enajenados mentales<sup>13</sup>, donde dicha responsabilidad se encuentra excluida ya no respecto de lo dispuesto en el art. 10 nro. 2 del Código Penal, sino que en virtud de lo dispuesto en el nro. 1 del mismo articulado. En ese orden de ideas, cabe agregar que no existen normas expresas relativas a la imposición de medidas de seguridad en menores de edad en el Código Penal, en el Código Procesal Penal o en la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, de manera que cualquier esfuerzo por interpretar su aplicación debe ser especialmente estricto, ya sea por (i) ser el Derecho Penal una reacción de *ultima ratio* ante la comisión de determinadas conductas, (ii) por tratarse de sujetos adolescentes, (iii) además por tratarse de sujetos expresamente exentos de responsabilidad penal en virtud de su condición mental y (iv) por apego a la prohibición de analogía *in malam partem* del inciso segundo del art. 5° del CPP.

A su vez, la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad (vgr. Internación) presenta un importante obstáculo práctico, y es que no existen en nuestro país establecimientos de salud especializados en psiquiatría infanto-juvenil en los que se cumplan los fines preventivo-especiales de las medidas de seguridad, en que exista un enfoque basado en los principios de la ley 20.084 y donde, además, los adolescentes infractores puedan ser evaluados por profesionales especializados a objeto de ser posteriormente tratados clínicamente acorde a su edad y condición procesal. Si bien es cierto que la norma del art. 457 CPP inciso segundo prevé la posibilidad de que la internación se ejecute habilitando “*un recinto especial en el hospital público más cercano*”, abriendo la posibilidad de que pudiesen cumplir dicha medida eventualmente en un hospital público y no en un establecimiento destinado para quienes cumplen medidas de seguridad con ocasión de haber estado involucrado en la comisión de un ilícito, lo cierto es que, primero, no todos los hospitales públicos del país cuentan con instalaciones suficientes como para albergar sujetos que cumplen medidas de seguridad - ya sean adultos o adolescentes - en compañía de sujetos internados voluntariamente o por otras

---

<sup>13</sup> En este sentido: GÓMEZ Raby, Alejandro. “*Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la Ley N° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación y otras cuestiones no resueltas*”, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Santiago, UNICEF, pp. 197-217. [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Justicia%20y%20Derechos%208.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia%20y%20Derechos%208.pdf)

causales; segundo, a pesar de la existencia de hospitales psiquiátricos que cuentan con instalaciones capaces de internar a sujetos que incurrieron en ilícitos, dichos establecimientos de salud no cuentan con personal especializado en materia de psiquiatría infanto-juvenil, por lo que carecen de recursos humanos que garanticen un tratamiento adecuado. Finalmente, existe importante oposición para recibir a personas – adultas y adolescentes – que han sido sujetas a internación por parte de hospitales no destinados al cumplimiento de dicha medida de seguridad, producto del temor que para los funcionarios y pacientes significa compartir instalaciones con un sujeto declarado como “*peligroso*” que incurrió en hechos muchas veces violentos, sumado a la inquietud que produce tener que contar con la presencia constante de GENCHI en salas en las que hay pacientes que no están familiarizados con la institución y lo que representan. Si bien todo lo anteriormente descrito pareciera un mero conjunto de circunstancias prácticas de fácil superación, lo cierto es que tiene una evidente relevancia jurídica si es que tomamos en consideración normativa contenida en tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile, en especial la “*Convención de Derechos del Niño*” (CDN), la “*Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*” y la “*Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*”.

Para estos efectos, la CDN dispone en sus artículos 24, 27, 37 y 40 normas relativas a la especialidades y particularidades que deben adoptarse respecto de la aplicación de tratamientos a niños, niñas y adolescentes, a propósito del reconocimiento y el respeto del interés superior del niño en materias vinculadas a la salud, la rehabilitación y la privación de libertad con ocasión a la comisión de ilícitos. A saber, el art. 24 nro. 1 de la CDN dispone que “[*]os Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*”, continúa el nro. 2 letra b) del mismo articulado refiriendo que “[*]os Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean **necesarias** a todos los niños, [...]*”. Agrega el nro. 1 del art. 27 de la Convención que “[*]os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño **a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social***”. A su vez, y con mayor énfasis, el art. 37 letra c) dispone que “[*]os Estados Partes velarán por que: c) Todo niño privado de libertad sea*

*tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad [...]". Finalmente, dispone el art. 40 nro. 1 del mismo cuerpo normativo que "[l]os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad". Con mayor claridad al respecto, el art. 7° nro. 3 de la CDPD dispone que "Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a [...] recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad". En este orden de ideas, y colocándonos en el caso hipotético de que las medidas de seguridad del Código Procesal Penal si son aplicables a adolescentes infractores de ley, las dificultades técnicas y prácticas existentes a nivel nacional se contraponen a diversas normas de tratados internacionales, significando la imposición de tratamientos inadecuados en condiciones inadecuadas que, paradójicamente, se imponen en virtud de mejorar la condición de salud del adolescente, pero que pueden traducirse en vulneraciones al Derecho a la Salud del mismo, así como también de otros derechos y garantías, haciendo jurídicamente inviable su aplicación.<sup>14</sup>*

Si el Estado no ha adoptado las medidas, destinado los recursos ni promovido las modificaciones legislativas para la imposición de medidas de seguridad destinadas a sujetos que no son adultos, malamente se le pueden imputar dichas omisiones al ciudadano, menos en su calidad de triple vulnerabilidad, a saber, persona privada de

---

<sup>14</sup> Destacable es la STJOP del 5° TOP de Santiago RIT 18-2010, por cuanto considera tratados internacionales en su razonamiento, afirmando en su considerando DUODÉCIMO que: "*Con respecto a las modalidades de medidas de seguridad, el cuerpo normativo en comento señala que sólo procederá la internación psiquiátrica cuando el estado o condición psíquica o conductual de la persona represente un riesgo de daño físico, psíquico o psicosocial inminente para sí misma o para terceros (artículo 9°). A su vez, asegura al enfermo mental, en el evento que sea internado, el medio menos restrictivo de sus derechos y libertades personales (artículo 8°) agregando que tiene derecho a recibir un tratamiento especializado, conocido por el médico a cargo y efectuado por el equipo tratante, de manera que cumpla con los estándares de calidad en aplicación a la fecha y salvaguarde el respeto de los derechos personales del paciente (artículo 17). Asimismo, consagra la obligación del médico tratante de informar al paciente y a sus familiares cuando proceda acerca de su diagnóstico, del plan de tratamiento propuesto y del resultado de las evaluaciones que se le vayan practicando estableciendo, incluso, recursos administrativos ante la disconformidad del tratamiento utilizado".*

libertad, persona adolescente y persona con discapacidad mental de intensidad suficiente como para declararla inimputable. De este modo, y ante la evidente incapacidad actual de contar con recintos capacitados y adecuados para internar a adolescentes, no se debería aplicar la medida de seguridad de internación respecto de personas menores de 18 años<sup>15</sup>.

Lamentablemente, y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la práctica judicial se ha inclinado por la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad, traduciéndose en que sujetos adolescentes cumplan la medida de internación en centros médicos cuya prestación está dirigida y enfocada en adultos con enfermedades mentales<sup>16</sup>, provocando en el sujeto efectos no deseados y que, eventualmente, puedan traducirse en el empeoramiento de su condición médica y social.

---

<sup>15</sup> Caso paradigmático y discutible es aquel en el que el sujeto es adolescente al momento de realizar los hechos, pero tiene más de 18 años al momento de dictar la sentencia.

<sup>16</sup> Dentro de los casos analizados destacan algunas sentencias en las que los hechos imputados acaecieron mientras el individuo era adolescente, pero la sentencia fue pronunciada mientras éste era adulto. Sin perjuicio de lo anterior, de los casos analizados, los hechos fueron desplegados mientras el individuo era adolescente en las siguientes causas: STJOP Antofagasta RIT 324-2015 y RIT 160-2016; STJOP 3° de Santiago RIT 140-2010; STJOP 5° de Santiago RIT 111-2010; STJOP 6° de Santiago RIT 562-2010; STJOP 7° de Santiago RIT 72-2012; STJOP de Puente Alto RIT 87-2009 y STJOP de Osorno 78-2016.



### c. Nacionalidad.

#### i. Imputado extranjero.

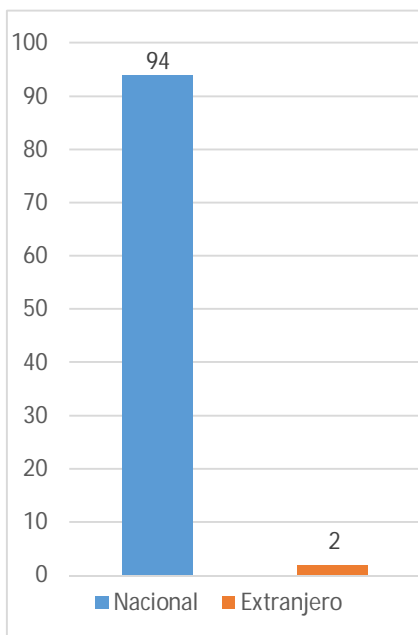


Gráfico 3.

La incidencia de extranjeros en el sistema penal, y en particular en los índices de criminalidad, son ínfimos, tal como lo demuestra el *Gráfico 3*. Esta cifra coincide con la proporción de extranjeros entre el total de imputados que han sido defendidos por la Defensoría Penal Pública durante el año 2016<sup>17</sup>.

La baja incidencia de los extranjeros, no sólo demuestra que no es influyente su participación en la actividad criminal en el país, sino que aún en este margen muy menor, también son afectados por el sistema penal.

La condición de extranjero o migrante en las personas que son objeto de medidas de seguridad, o cuya imputabilidad sea discutida en juicio, será relevante para la defensa, al menos en dos sentidos. Por una parte,

que el contexto sociocultural del imputado extranjero sea considerado al momento de evaluar su situación de salud, y en segundo lugar, porque debe garantizarse el acceso a todas las condiciones que aseguren su acceso a la justicia sin discriminación.

En efecto, sobre este punto y como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”*. Profundiza al Corte sobre la materia al referir que *“[s]i bien la Corte ya se ha referido a la situación de particular vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes [...], en este caso es importante resaltar cómo dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los*

---

<sup>17</sup> Ver gráfico 4.

que son recluidas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, como ocurrió en el presente caso. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual de facto de desprotección respecto del resto de los detenidos. Así, en el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación.” (Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010).

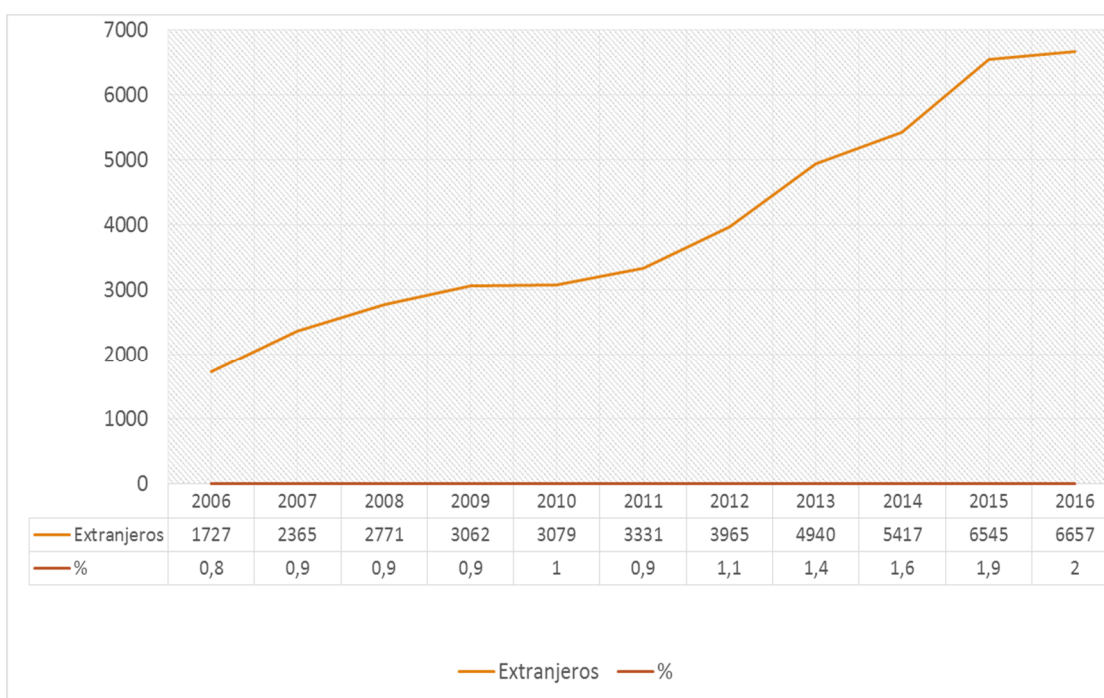


Gráfico 4.

La preocupación por la aplicación de medidas de seguridad, en el contexto de un proceso penal por tanto, tiene que ver, no con la incidencia que tiene el número de extranjeros en el proceso penal, sino porque la defensa de extranjeros debe hacerse dentro de los estándares de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención y, en general, en la normativa vigente.

Bajo esta perspectiva, lo que corresponde analizar es la consideración que el sistema de justicia tiene de la situación que caracteriza a un extranjero a la hora de determinar la imputabilidad de una persona y adoptar alguna medida de seguridad.

Asimismo, por otra parte, es necesario considerar que pesa sobre el Estado, en este caso los operadores de justicia -en la medida que corresponda a su rol- la tarea de abstenerse de actuaciones que profundicen la vulneración, y en cambio, remover los obstáculos para prevenir y proteger sus derechos.

Se ha analizado la sentencia de fecha 21 de abril de 2010, causa RIT 18-2010 del 5° TOP de Santiago, por la que se impone la medida de seguridad de internación permanente por 541 días de don H.L.. Este caso refleja la influencia que pueden tener las condiciones en que se desenvuelve un migrante, ya sea en su vida en sociedad o dentro de un proceso penal. Si bien se trata de un caso extremo, precisamente a quien se atribuye el delito es un migrante chino sometido a extremas condiciones de aislamiento por explotación laboral, falta de conocimiento del idioma y de redes sociales. El peritaje sostuvo que *“los trastornos delirantes son comunes en personas desarraigadas socialmente”*.

En este mismo caso, el perito indicó la relevancia de las redes sociales y arraigo para su tratamiento terapéutico: *“Estima que el periciado es peligroso para sí o para terceros, por lo que se recomienda que pueda estar en las mejores condiciones para su tratamiento. Este tratamiento producto de su desarraigo cultural no es posible realizarlo en este país, si permanece en el hospital se va a ver dañado, no cumpliéndose los fines del tratamiento, el medicamento probablemente puede cumplir con ciertos objetivos, si continúa solamente con éste no puede decirse que mejore en cuanto a no ser peligroso para sí y para terceros, ya que sólo se estaría apostando...Con una terapia integral, fármacos y psicoterapia, es necesaria su intervención, pero le falta la parte social, mientras esté en este país el no estará suficientemente bien, además está estigmatizado porque cometió un delito grave que incluso salió en los medios. Lo ideal es que se fuera a su país para hacerse el tratamiento”*. (Considerando décimo).

Por una parte, el perito calificó al imputado como peligroso para sí y para terceros, no obstante estableció que un tratamiento adecuado, no era sujeto a una condición de internación, sino que debía favorecerse el afianzamiento de sus vínculos familiares y sociales, por lo que sugería un tratamiento en su natal China. Ante esta situación médica, el tribunal, imposibilitado de disponer su expulsión, decretó una medida de seguridad de internación en un centro psiquiátrico por un período de 541 días y conminó al curador ad litem (asumida por la Defensoría Penal Pública) a realizar las acciones pertinentes para el retorno de su país.

En definitiva, la variable de ser extranjero impone entonces, más allá de aspectos jurídico legales, la necesidad de procurar remover los obstáculos que le impiden ejercer sus derechos. Dificultades generadas a propósito del desconocimiento del idioma, las costumbres, la falta de redes sociales, que producen desarraigo y vulnerabilidad. Al constituir una obligación del Estado, remover estas dificultades, también son asuntos que deben ser parte de la preocupación de la defensa.

Otro tema de interés que emana de la sentencia ya referida dice relación con la imposibilidad de expulsión judicial que tienen los tribunales penales, en virtud de que dicha institución estaría prevista como *pena sustitutiva* en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, se hace necesario replantear la problemática que versa sobre las escasas formas y especies de medidas de seguridad que prevé nuestro sistema y la necesidad de formular nuevas maneras de resolver conflictos penales protagonizados por inimputables, en circunstancias en las que, como se refirió, la imposición de una internación o de una custodia y tratamiento era expresamente rechazada por los peritos médicos en atención al escaso efecto que tendría un tratamiento obre un encartado respecto del que no se puede establecer comunicación.

## ii. Imputado indígena.

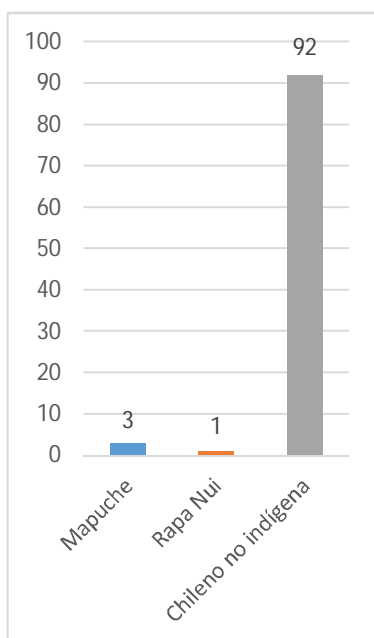


Gráfico 5.

Las cifras de medidas de seguridad en relación con los indígenas, constituye un 3,2% del total de casos analizados<sup>18</sup>, representado 4 de las 96 sentencias que constituyeron la muestra estudiada. Proporción mayor a la de los imputados indígenas a nivel nacional, pues del total de causa/imputado que la Defensoría ha asumido entre el 2006 y el 2016, el 1,6% correspondían a imputados indígenas. No obstante, es difícil establecer una comparación entre ambas cifras; no sólo por los períodos de que trata una y otra medición, sino por la complejidad que implica dicha clasificación. Por una parte, y de acuerdo a la legislación vigente<sup>19</sup>, los criterios para determinar son diversos y en la práctica depende del agente que realice la calificación (médico, abogado, asistente administrativo, etc.).

En relación con la aplicación de medidas de seguridad a personas indígenas en un proceso penal, es necesario poner atención -al menos- a tres situaciones particulares, vinculadas a los Derechos de los Pueblos Indígenas. La primera dice relación con la consideración de las prácticas culturales y usos propios de las comunidades indígenas en la determinación diagnóstica, la segunda tiene relación con las formas de tratamiento aplicables, y finalmente, la consideración del territorio al momento de determinar la internación de una persona indígena.

### **1. Consideraciones culturales a la hora de determinar un diagnóstico y de la imposición de una medida de seguridad.**

Conforme al artículo 25.2 del Convenio 169 de la OIT, los servicios de salud deben considerar las condiciones sociales y culturales, así como sus métodos de prevención. Del mismo modo, la regla XIII.3 de la “*Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas*” indica que “*Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y*

<sup>18</sup> Ver Gráfico 5.

<sup>19</sup> Conforme lo señala la Ley N° 19.253 son 3 los criterios que permiten determinar la calidad de indígena: i) tener uno o dos apellidos considerados indígenas, ii) rasgos culturales, y iii) auto identificación. Por su parte el Convenio 169, sólo considera la auto identificación.

*respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación”,* de este modo, al momento de la evaluación pericial psiquiátrico-forense, al momento de la determinación de un tratamiento determinado y al momento de la imposición de una medida de seguridad, deben ser reconocida y respetada la condición indígena del sujeto, así como también todos los aspectos asociados a dicha condición, sobre todo aquellos que dicen relación con valoraciones, tratamientos, imposición de medidas de seguridad y las prácticas curativas y medicamentos tradicionales de los Pueblos Indígenas.

Si bien en mapuzüngun el término “*kütran*” se traduce como enfermedad, éste tiene un sentido diferente al usado en el español, en virtud de que cada Pueblo desarrolla su concepción de salud, lo que implica también el sentido de enfermedad o ausencia de salud. En muchos pueblos indígenas, la enfermedad no se determina sólo en relación con el propio cuerpo, sino también con otros elementos del universo como, por ejemplo, las fuerzas de la naturaleza, la conducta de algún miembro de la familia, entre otros. Un desequilibrio entre éstos puede ser considerado como una enfermedad. Así entonces, es posible que ciertos síntomas, que entre la medicina occidental implican la manifestación de una enfermedad, no lo sean para los pueblos indígenas y que, incluso, estas manifestaciones o episodios sean fomentados o valorados positivamente por determinadas comunidades. Viceversa, ciertas patologías del mundo indígena no lo son para la medicina occidental. Entre los primeros casos, podemos señalar la presencia de sueños, alucinaciones, episodios de epifanía o trance, que pueden ser comunes para agentes espirituales indígenas, pero que podrían ser considerados por un psiquiatra como síntoma de esquizofrenia u otra patología. A la inversa, y a modo de ejemplo, en el mundo mapuche ciertos episodios de opacidad y pérdida de la voluntad de las personas podrían encontrar explicación en enfermedades que afectan la voluntad de las personas hasta el punto de poner en duda su imputabilidad<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> El texto “*Racismo y justicia chilena*” de la Comunidad de historia mapuche, suscrito el 17 de agosto de 2013, sin publicar, describe el caso de un hombre mapuche, condenado por femicidio, al que se le atribuye el padecimiento de una *mapu kuxan*, (enfermedad provocada por las fuerzas espirituales que habitan en el territorio). En dicho texto se describen los síntomas de una *mapu kuxan*: “Los desequilibrios que acarrea el *mapu kuxan* son diversos y pueden somatizarse a través del decaimiento, somnolencia, ansiedad, la pérdida de la visión, fuertes dolores abdominales, fiebres o trastornos del sueño. Síntomas que se exacerbaban con el consumo de alcohol u otras drogas, pudiendo generar severos cuadros de depresión, sicosis, paranoia y

En relación con las medidas de seguridad, a la hora de determinar su aplicación para una persona indígena, resultará pertinente contar con la asesoría de un especialista en materia indígena, que pudiera apoyar o contrastar la opinión médica. En este sentido, el art. 10° del Convenio 169 de la OIT dispone expresamente la consideración de las características económicas, sociales y culturales del sujeto al que se le impone una sanción penal. Si bien, dicha norma está dispuesta respecto de la imposición de sanciones penales, consideramos que ha de abarcar igualmente a las medidas de seguridad, ya sea como una forma de interpretar por analogía *in boenam partem* la ley y de considerar que si bien existe una naturaleza y un fundamento diverso entre las medidas de seguridad y las penas, lo cierto es que ambas son aplicadas dentro de la esfera de prerrogativas del derecho penal, en circunstancias en las que sus garantías, límites y principios básicos han de ser reproducidos igualmente en la aplicación de medidas de seguridad<sup>21</sup>.

## **2. Salud y tratamiento**

Tal como ya fue referido, artículo 25.2 del Convenio de la OIT, establece que los servicios de salud deben tener en cuenta los métodos de prevención, las prácticas curativas y medicamentos tradicionales de los Pueblos Indígenas.

La Declaración de Naciones Unidas, es aún más explícita al destacar en el artículo 24.1 que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud...”. En este sentido, el mismo cuerpo normativo habla incluso del “sistema de salud”<sup>22</sup> de Pueblos indígenas en el que sus integrantes tienen la posibilidad de ser tratados producto de sus enfermedades. Relacionado con el punto anterior, los Pueblos Indígenas poseen sus propias concepciones de salud, las que tienen derecho a preservar y el Estado el deber de promover. Por este motivo, una persona indígena o su representante legítimamente tienen derecho a exigir que tratamiento médico impuesto a título de medida de seguridad sea conforme a las prácticas tradicionales – o sistema de salud- de su pueblo de pertenencia.

---

violencia. Las personas que poseen un *mapu kuxan* habitualmente escuchan voces, tienen visiones, pierden la memoria, presentan convulsiones y taquicardia. Estos síntomas pueden ser permanentes, pero también manifestarse durante lapsus de tiempo interrumpidos. Las consecuencias son múltiples, pues traen consigo el deterioro de las relaciones sociales, la pérdida de la capacidad de sociabilidad y en los casos más extremos el suicidio o el homicidio”.

<sup>21</sup> En este sentido, SCS de 18 de abril de 2013, ROL 1079-2013.

<sup>22</sup> Regla XVIII.2.

Las normas internacionales recién señaladas tienen su correlato doméstico en la Ley 20.584 relativa a los “*Derechos y Deberes de los Pacientes*”, que prevé en el artículo 7° la obligación de los prestadores institucionales públicos en los territorios de alta concentración de población indígena a **“asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura”**.

Mientras que, a través de la Norma General Administrativa N° 16 Sobre Interculturalidad en los Servicios de Salud, Resolución Exenta N° 261 de 28 de abril de 2006, el Ministerio de Salud establece que los servicios de salud y demás organismos del sector salud **“velarán porque sus actuaciones aseguren el respeto, reconocimiento y protección de los sistemas de salud de las agrupaciones indígenas y sus agentes tradicionales reconocidos comunitariamente”**.

En la hipótesis de determinación o modificación de una medida de seguridad, conforme a los artículos 457 o 481 CPP, respecto de una persona indígena el juez deberá tener en consideración la posibilidad de realización de un tratamiento conforme a los métodos tradicionales, lo que seguramente implicará medidas terapéuticas distintas a la internación, sobre todo al momento de que en la sentencia se dé cumplimiento al deber del mandato del inciso final del art. 457 CPP, esto es, fijar en la sentencia las condiciones en las que se han de cumplir las medidas de seguridad, sean éstas la internación o la custodia y tratamiento.

Es útil tener en cuenta en este caso, el artículo 10 del Convenio OIT 169. Si bien el n° 2 de esta norma establece la subsidiariedad de las penas privativas de libertad, bajo la misma premisa de la afectación sobre la vida de una persona indígena, podríamos predicarla de otras medidas privativas de libertad pronunciadas dentro de un proceso judicial. En efecto, así como la medida de encierro en una cárcel puede traer consecuencias nefastas para la vida de una persona indígena<sup>23</sup>, independiente que el

---

<sup>23</sup> “La duración prolongada de la prisión preventiva **puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales**, que, en el caso de dirigentes



motivo del encierro por medida de seguridad sea distinto en cuanto a su naturaleza y fundamento (reproche - peligrosidad), en ambos casos la comisión de un acto típico es lo que lo ha gatillado. Podría considerarse, desde esta perspectiva, la internación para un indígena inimputable, como una *extrema ratio*.

### **3. Territorio.**

En relación con el territorio, la importancia de este en la concepción de la vida de los indígenas, se encuentra bastante desarrollado en la jurisprudencia internacional. En este sentido, la CIDH ha afirmado que *“la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”*<sup>24</sup>. A su vez, esto ha sido transferido a la determinación de la privación de libertad en el sistema penal, entendiendo que *“los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades”*<sup>25</sup>.

Este criterio es aplicable al caso de las medidas de seguridad, hipótesis bajo la que la persona indígena se encuentra también privada de libertad, y por lo mismo, impedido de desarrollar su vínculos específicos con sus familiares y con los distintos elementos del espacio donde habita. Lo anterior, sabemos es relevante para fortalecer su integridad y cultivar su forma de vida, lo que podría equivaler a la reinserción social en cuanto a la pena penal; y, *mutatis mutandis*, a la recuperación de la salud o control de la peligrosidad, en caso de una medida de seguridad.

Se sigue de la interpretación de esas normas, que el juez debiera propender a disponer que la medida de seguridad se ejecute en el lugar más cercano al territorio de su

---

*de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo”*. (Corte IDH, caso Norín Catriman y otros vs Chile, 29 de mayo de 2014, párr. 357) (el subrayado no es original).

<sup>24</sup> “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, párr.135)”

<sup>25</sup> Corte IDH, caso Norín Catriman y otros vs Chile, 29 de mayo de 2014, párr. 408.

comunidad o Pueblo, de manera que sea posible las visitas y el contacto con sus familiares. Evidentemente, esto resulta muy complejo en la realidad nacional, atendido la escases de centros de salud mental, a la carencia de oferta de recintos de cumplimiento de medidas de seguridad por parte del Estado y a la distancia entre uno y otro.

En relación con las 4 sentencias analizadas en las que se discute la aplicación de una medida de seguridad para personas indígenas, en ninguna de ellas se discutieron aspectos vinculados a su calidad de indígenas. En ellas, sólo se discutió acerca de la efectividad de los hechos y la participación del afectado; salvo en la causa RIT 43-2009, en la que sólo se debatió acerca de la extensión de la medida de seguridad.

Por su parte, sólo en la causa RIT 121 – 2017, seguido en contra de RHRA, este último atribuyó sus conductas y algunos de los síntomas a un conflicto cultural, negando padecer una enfermedad. No obstante, los demás antecedentes médicos conocidos en la audiencia, fueron suficientes para desacreditar esta versión, no fue objeto de discusión en la audiencia, ni los psiquiatras que declararon, se refirieron a esta situación.

Otro aspecto que pudo haber influido en alguno de estos casos, fue la discusión en torno a la naturaleza y extensión de la medida de seguridad, en relación con su condición de indígena. Lo anterior, puede ser resultado de la ausencia de un tratamiento basado en la salud tradicional, y a la gravedad de las conductas que dieron origen al proceso, en alguno de los casos. Lo anterior resulta complejo, especialmente, cuando los familiares, que son quienes se encuentran en la posibilidad de buscar un tratamiento de salud a los agentes tradicionales, son también víctimas de los hechos.

#### d. Tipos penales imputados.

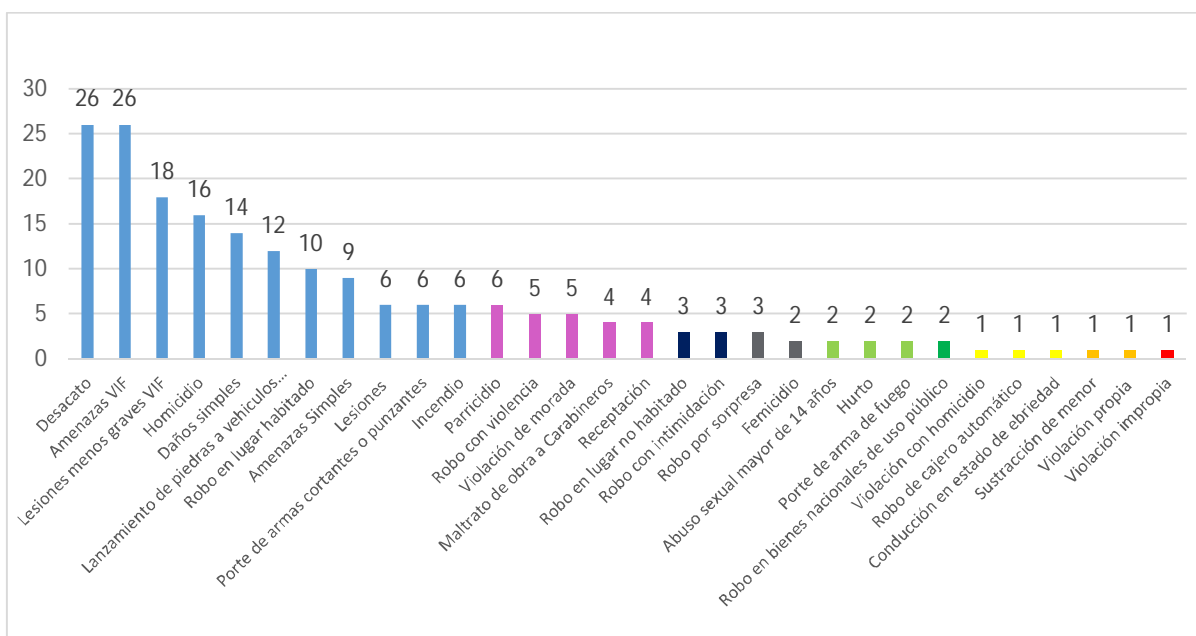


Gráfico 6.

En lo que dice relación con los tipos penales imputados, es necesario señalar que en la cuantificación de dicha circunstancia se tuvo en consideración los delitos imputados por el Ministerio Público en los requerimientos de medidas de seguridad que dicha institución presentó y que fundan el procedimiento especial, no así la resolución del tribunal respecto de dicho requerimiento, de manera que la medida de seguridad impuesta en cada caso pudo imponerse por un delito diverso – recalificación –, o bien, por menos delitos de los referidos en el cuadro, producto de no haberse acreditado en juicio su existencia, la intervención del inimputable o por haber sido el delito subsumido por otro de mayor entidad o idoneidad.

Respecto de la calificación jurídica de las conductas desplegadas por sujetos inimputables por enajenación mental, la muestra abordada por el presente informe presenta varios puntos de interés (ver Gráfico 6). En primer término, predomina la imputación de más de un figura penal en cada uno de los casos analizados, versus la imputación de una única figura<sup>26</sup>, circunstancia que ha sido elevada y entendida como criterio para determinar la

<sup>26</sup> Se detectaron 45 casos en los que se imputaba más de una figura típica, lo que de un total de 96 sentencias estudiadas equivale a un 46,9% del total. Sin perjuicio de eso, existe un número importante de causas en las que la resolución del tribunal no reconoció la cantidad total de delitos imputados en el requerimiento del Ministerio Público, rebajando significativamente el número de delitos judicialmente acreditados, aumentando con ello el número de resoluciones declarativas respecto de un único tipo penal.

peligrosidad del sujeto por ciertos tribunales (*infra IV.c.i*), en efecto, se considera que quien tiene mayor número de delitos imputados es quien tiene mayor probabilidades de reiterar conductas violentas en el futuro, así como también, la gravedad de el o los hechos atribuidos al actuar del imputado. En segundo lugar, llama la atención la prevalencia de conductas constitutivas de delito desplegadas en contexto de violencia intrafamiliar (VIF), predominando en número las lesiones y las amenazas consumadas bajo dichas circunstancias, sumado a figuras típicas relacionadas con la existencia de vínculos familiares, tales como por ejemplo el parricidio y el femicidio<sup>27</sup>. En este contexto, se identificaron casos en los que el Ministerio Público requirió únicamente medidas de seguridad y no la aplicación de una pena, sin perjuicio de que, en sus solicitudes, requiera la aplicación de medidas accesorias del art. 9° de la Ley 20.066 en relación con el art. 16 del mismo cuerpo normativo. En tercer lugar, y contradiciendo ciertos prejuicios presentes en sujetos que padecen enfermedades mentales, los delitos sexuales presentan un número bastante menor en comparación con otras figuras, sumando un total de 4 de los 198 imputaciones realizadas, lo que representa un total de 2% del total de las muestras<sup>28</sup>, siendo este el menor número de tipos penales atribuidos en la clasificación hecha según bien jurídico afectado que la muestra recogió<sup>29</sup>. En cuarto lugar, predomina la presencia de delitos contra la propiedad, estando presente en el 27% de los casos que constituyen la muestra analizada<sup>30</sup>. Finalmente, se determinó la presencia de delitos atribuidos al

---

<sup>27</sup> Respecto de requerimientos por delitos desplegados en contexto VIF propiamente tales, se detectaron 26 de 198 requerimientos en los que se imputaba una o más veces el delito de amenazas simples VIF, lo que equivale a un 13,1%. Del mismo modo, en un 9,1% de los requerimientos deducidos por el Ministerio Público se imputó el delito de lesiones VIF. Ambos representan un 22,2% del total de 198 delitos imputados. A la cifra anteriormente referida deben agregarse aquellos delitos que tienen algún tipo de vínculo familiar dentro de su estructura típica, tales como el parricidio y el femicidio, con 6 y 2 menciones respectivamente, lo que representa el 3% y 1% en cada caso. Además, deben tenerse en consideración aquellos casos que pueden explicarse a partir de las dinámicas familiares (por ej. Daños) o de la existencia de causas vinculadas por delitos VIF ya existentes (v.gr. desacato), que si bien son delitos cuya cuantificación no se hizo teniendo expresa consideración de su vínculo con casos que contemplan relaciones intrafamiliares, es posible afirmar que el nexo familiar estuvo presente en la mayoría de ellos, dando un aproximado total de 40 casos, es decir, 20,%. De este modo, podemos concluir que en 92 de las 198 imputaciones efectuadas en los requerimientos de imposición de medidas de seguridad del Ministerio Público existió algún tipo de relación familiar entre el imputado y la víctima, lo que equivale al 46,5% de los casos analizados.

<sup>28</sup> En este caso, no fue considerado el caso de "*violación con homicidio*" representado en el Gráfico 5, esto por dos razones: en primer lugar, al tratarse de un delito pluriofensivo se le tributó mayor relevancia al bien jurídico "*vida*", por lo que fue clasificado dentro del número de delitos contra la vida. En segundo lugar, y si bien es cierto que el Ministerio Público calificó en su acusación la conducta bajo el título de violación con homicidio, lo cierto es que al resolver el tribunal considero como probados hechos constitutivos del delito de homicidio simple. STJOP La Serena RIT 18-2006.

<sup>29</sup> Ver Gráfico 6.

<sup>30</sup> Ibid ídem.

sujeto inimputable a propósito de la omisiones negligentes o de la imposibilidad física y/o mental por parte de quienes detentaban el cuidado y la custodia del sujeto, así como también la presencia de casos en que quienes eran titulares de la cuidado y la custodia del enfermo manifestaban expresamente su deseo de no hacerse cargo del individuo, circunstancia que posteriormente era valorada por el tribunal como elemento constitutivo de peligrosidad (*ver infra IV.f.i y IV.f.ii*).

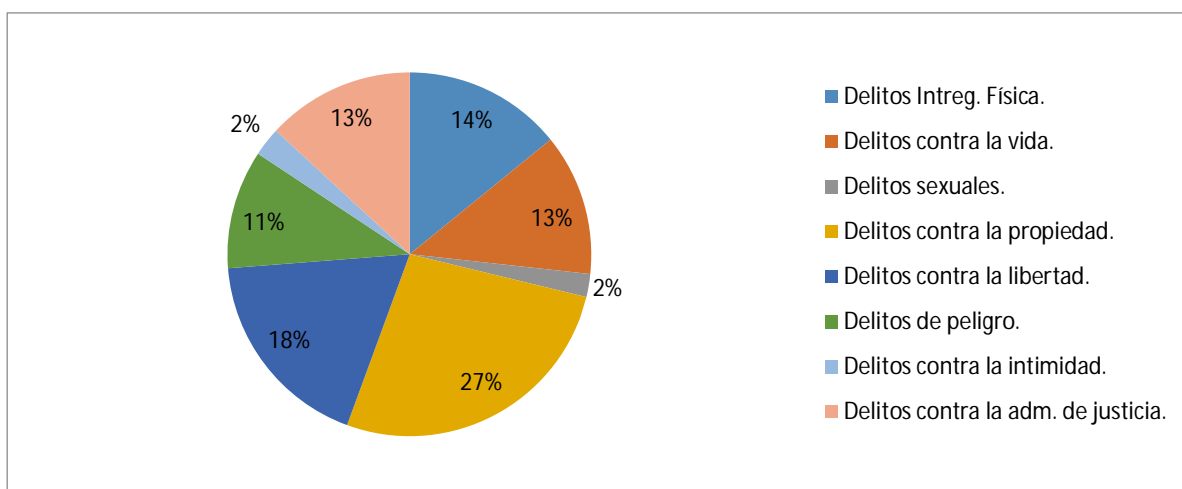


Grafico 7.

Si bien las circunstancias constitutivas de “*criterios de determinación de peligrosidad*” serán analizadas en el capítulo destinado a referirse a dichos elementos (*infra IV.*), consideramos plausible referirnos desde ya referirnos a ellos, aunque sea de manera sucinta, y relegando su análisis pormenorizado a la instancia ya referida.

#### **i. Gravedad y pluralidad de delitos.**

La gravedad del delito, así también el número de ellos, pueden ser considerados en diferentes instancias dentro del análisis de la conducta antijurídica perpetrada por un enajenado mental, así como también dentro de los criterios de determinación la reacción del ordenamiento jurídico ante dichas conductas. En primer lugar, la comisión de un presunto ilícito es la justificación y el fundamento de la intervención del Derecho Penal en materia de aplicación de medidas de seguridad<sup>31</sup>, a objeto de determinar la existencia de hechos ilícitos, la intervención del sujeto enajenado mental en ellos y la necesidad de una reacción por parte del sistema, todo a la luz de lo contemplado en las disposiciones de los

<sup>31</sup> FALCONE Salas, Diego. “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX. P. 241. Valparaíso, Chile. 2007.

arts. 463 letra c) en relación al art. 455, ambos del CPP. En segundo lugar, parte de la jurisprudencia analizada sostiene que puede entenderse que la comisión de un hecho delictivo y la intervención del inimputable en él puede, además, servir para (i) determinar la peligrosidad del sujeto y, con ello, la necesidad de aplicación de una medida de seguridad, (ii) definir, en específico, qué medida de seguridad aplicar, entendiendo que la frase “*gravedad del caso*” del art. 457 CPP se interpreta como “*gravedad de los hechos y sus circunstancias*”; (iii) determinar la extensión de la medida, a propósito de las disposiciones del art. 481 CPP – “*pena mínima probable*”- y (iv) qué medida a adoptar en el caso del condenado que cae en enajenación mental, según lo dispuesto en el art. 482 CPP<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de la ubicación o función que pueda entregarse a la comisión del ilícito dentro de las categorías de la imposición de medidas de seguridad, el hecho de ser considerada como fundamento de la intervención del Estado, de la imposición de una de la imposición de una reacción penal y, además, de su extensión temporal, puede traducirse en una vulneración al principio de *non bis in ídem*, en cuanto la misma circunstancia – comisión de un ilícito – es aplicada para fundar la imposición de una medida de seguridad para determinar, en concreto, el tipo de medida y su extensión. Si se permite la analogía, sería el equivalente a imponer una pena y agravar su extensión en virtud de lo dispuesto en el art. 69 CP, entendiendo por “*extensión del mal causado*” la “*gravedad del delito*”, en circunstancias en las que dicha gravedad ya está contemplada dentro del marco abstracto de la pena previsto en la ley, o bien, por ejemplo, hacerse de lo dispuesto por mencionado artículo para aumentar la pena en concreto por el hecho de que tenga pena de crimen.

No obstante lo anterior, y en el caso hipotético en el que se afirme que no existe un problema de doble lectura de un único hecho, consideramos que el efecto procesal de la comisión de un ilícito determinado sería, entre otros, que la figura típica imputada fija la idoneidad material de los antecedentes presentados para generar presunciones de peligrosidad, es decir, determina respecto de qué tipos de delitos se debe tener pronóstico de reiteración delictual futura<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Si bien, en sentido estricto, no se estudió ni incorporó jurisprudencia relativa a la imposición de medidas de seguridad para el condenado que cae en enajenación mental, se incluyó la hipótesis por razones pedagógicas e informativas.

<sup>33</sup> Lo aquí expuesto se desarrolla de mejor manera más adelante, específicamente en *infra II.d.iv y III.c*.

## ii. Delitos VIF, parricidio, femicidio y desacato.

Un elemento importante para entender parte de los delitos VIF que cometen sujetos enajenados mentales radica en los deberes de protección, custodia y de resguardo por parte de familiares para con el sujeto. En efecto, ser titular de dichos deberes puede decantar en episodios de roce y desgaste de los vínculos familiares, sobre todo por el especial compromiso que significa estar al tanto de un familiar con discapacidad<sup>34</sup>. Sin embargo, la protección, custodia y resguardo por parte de los familiares al inimputable son una obligación legalmente impuesta a éstos para con él<sup>35</sup>, de manera que deben ser analizados y dispuestos en la discusión jurídica en caso de que el sujeto inimputable se vea inmiscuido en asuntos de naturaleza penal, principalmente debido a que el incumplimiento de alguno de estos deberes de custodia, protección y cuidado puede eventualmente traducirse en una descompensación por parte del sujeto enajenado mental, colocándolo en condiciones que pueden resultar efectivamente peligrosas para quienes se encuentren en sus proximidades e, incluso, traducirse en delitos contra ellos.

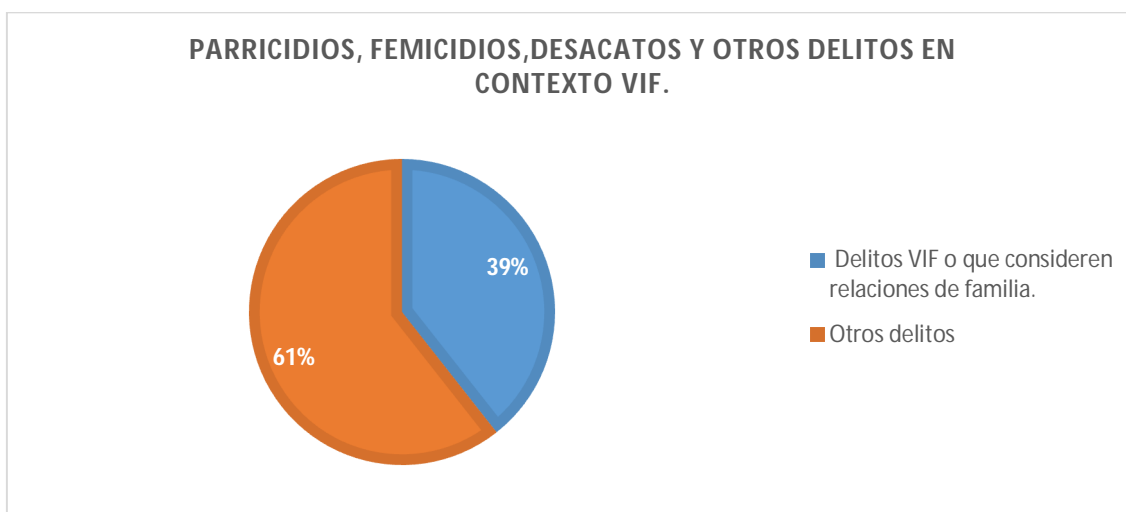
Negligencia o imposibilidades en el suministro de medicamentos, incumplimiento o dificultades para el transporte a tratamiento, inobservancia o inconvenientes en el cumplimiento de recomendaciones médicas, entre otras, son situaciones que pueden colocar al sujeto enajenado mental en algún episodio de descontrol de su enfermedad, tornándolo violento y peligroso para sí, para su familia y para terceros ajenos a ella. En ese orden de ideas, las omisiones o excesos realizados por parte de familiares en el cumplimiento de sus deberes invitan a considerar si la creación del riesgo contrario a derecho que, eventualmente, pudo materializarse en la lesión o puesta en peligro de un

---

<sup>34</sup> En este sentido, el enfoque médico y asistencial no solo está dirigido a aquellas personas que tienen alguna discapacidad, sino que también para quienes las cuidan y custodian. En efecto, se han desarrollado diversos manuales de guías y manuales de cuidado y autocuidado para quienes cuidan a personas con discapacidades físicas y mentales, debido a que se entiende y se consideran las cargas, responsabilidades y episodios de estrés o frustración que pueden devenir del cuidado constante de una persona con discapacidad y/o dependencia. En el medio nacional y a título de ejemplo: [http://cetram.org/wp/wp-content/uploads/2013/11/manual\\_cuidadores\\_web.pdf](http://cetram.org/wp/wp-content/uploads/2013/11/manual_cuidadores_web.pdf)

<sup>35</sup> El Código Civil prevé un importante y útil número de normas respecto del cuidado de la familia al sujeto demente, definiendo quienes son sus curadores (arts. 367 y 462 CC, sumado al art. 244 CC en caso de que aun exista vínculo de patria potestad), desde y hasta cuándo se extiende el cuidado **de su persona** y sus bienes (arts. 336 y 457 CC), sus obligaciones no patrimoniales (art. 338 CC y, en caso de que aun exista una relación de patria potestad, el 243 CC), obligaciones y deberes de alimentos (art. 321 CC y ss., con especial mención al art. 332 CC, que prevé la situación de *discapacidad mental*) y, en el caso de niños, niñas o adolescentes, art. 435 CC y ss, a lo que se suma el deber impuesto por el art. 266 CC, relativo a prestar *medios de defensa en causa criminal*. A todo lo anterior se suma lo señalado en *infra. IV.f.i*, respecto de las normas de los arts. 1° y 9° de la Ley 18600 y del art. 9° de la Ley 20422.

bien jurídico protegido, es atribuible a quien detentaba los deberes de cuidado y custodia o si, por lo contrario, sigue siéndole atribuible al sujeto enajenado mental. En nuestro caso, consideramos que es siempre menester determinar ese tipo de circunstancias y el cumplimiento de dichas obligaciones antes de proceder penalmente en contra del encartado inimputable, dado que es posible que se le haya colocado en una posición que no era su deber evitar o resguardar y que, por tanto, los hechos merezcan una interpretación penal diversa, cuyos efectos estén dirigidos en contra de personas distintas al inimputable.



*Gráfico 8.*

Por otro lado, y si bien la presente investigación versa sobre el concepto de peligrosidad del individuo enajenado mental que ha esbozado la jurisprudencia y los criterios que se han trazado para determinarla, es imperativo referirnos a la imputación de tipos penales que en cuya redacción se incluyen elementos *subjetivos* y/o *normativos* o que suponen el conocimiento de ciertos conceptos jurídicos, tales como, por ejemplo, los delitos de parricidio, femicidio y desacato. Si bien excede los fines de la presente investigación determinar si los tipos penales en cuestión pueden ser aplicados a sujetos inimputables por enajenación mental, al menos llama la atención y genera suspicacia el hecho de que quien se presume jurídicamente es incapaz de poder conocer o, al menos, ser motivado por la ley pueda, al mismo tiempo, concebir los pormenores y los detalles normativos de determinados tipos penales o, incluso, el sentido y alcance de una resolución judicial<sup>36</sup>. En

<sup>36</sup> En este sentido, destacamos lo considerado y resuelto por la ICA de Valparaíso en ROL 2223-2016, que anula la sentencia del TJOP de San Antonio RIT 203-2016, dictando sentencia de reemplazo en la que se absuelve al imputado enajenado mental al que se le requerían medidas de seguridad a propósito de su



ese contexto, entendiendo que el Derecho presume que un sujeto inimputable no está en condiciones de poder estar al tanto de los elementos integrativos de un tipo penal, máxime si se trata de elementos cuya abstracción requiere conocimientos más elaborados y complejos, parece ser necesario que en dichos casos se tenga una consideración distinta y especial en atención a la condición mental del sujeto y de la presunción que de ella deviene. En estos términos, y si la inimputabilidad ha de tener algún efecto respecto de la configuración de ciertos tipos penales, no solo debería demostrarse la concurrencia de los elementos del tipo – cuales quiera que éstos sean – sino que además y con anterioridad, ha de demostrarse que el sujeto estaba en condiciones de poder conocer dichos elementos al momento concreto y preciso de la comisión del ilícito, pues el Derecho presume que no está en condiciones de hacerlo. Explicado con un ejemplo: si un sujeto inimputable por enajenación mental mata a su madre o a su conviviente, no solo es necesario para poder atribuirle el tipo penal de parricidio o femicidio del art. 390 CP probar que dicha conducta se desplegó “*conociendo las relaciones que los ligan*”, sino que además es menester que se pruebe que el sujeto podía conocer dichas relaciones en el momento en el que actuó en contra de su madre o

---

autoría en un ilícito de desacato, por cuanto considera la ICA de Valparaíso que el sujeto inimputable no puede tener dolo respecto del tipo penal que se le imputaba. En el mismo sentido, la STJOP de Temuco RIT 248-2014, considerando DUODÉCIMO “*Ausencia de tipicidad subjetiva. Que, no obstante lo anterior y, si bien es cierto, el hechor desarrolló las conductas antes descritas, que en principio satisfacen el tipo objetivo del delito de marras, se debe tener presente al respecto que la doctrina ha superado la visiones proveniente del positivismo naturalista en torno a la acción, reputándose esta-ahora- como como acción final, coherente con ello es que, naturalmente, el dolo, en el contexto de la teoría del delito, debe encontrarse necesariamente en el tipo subjetivo. Como es consabido, aquel, puede definirse como el conocimiento y el querer la acción u omisión delictiva, de tal suerte se encuentra integrado por un elemento cognoscitivo y otro volitivo. Para el primero es necesario en consecuencia que, el agente conozca los elementos objetivos del tipo y para lo segundo que, quiera llevar adelante su accionar conforme dicho conocimiento. (...) Como es evidente, una persona que tiene interferida sus capacidades intelectuales, en especial que, probadamente ha desarrollado por años ideas delirantes y alteraciones conductuales, que no le es factible distinguir lo que es lícito de lo ilícito, claramente carece de dicha capacidad de conocimiento, por lo que no se puede pregonar que el mismo haya tenido la capacidad mental para conocer los elementos objetivos del tipo y querer, conscientemente, la comisión del ilícito, es decir, tener la voluntad encaminada a quebrantar una orden judicial. Ello cobra aún mayor peso, si se considera, la reseñado por el médico siquiatra señor Durán en orden a que, el acusado, tenía su memoria de corto plazo interferida a tal punto de que no recordaba lo que le había mencionado al inicio de la entrevista que mantuvo con aquel, de ello es factible desprender que menos, el mismo pudo retener la información judicial que se le brindara oportunamente, de manera de actuar con pleno conocimiento de que su proceder era constitutivo de un ilícito de desobediencia. (...) Conforme a lo que se ha expresado, en ausencia del convencimiento, por parte de estos jueces respecto que, la voluntad del hechor estaba encaminada a realizar todos los requisitos exigidos por el tipo, es que se concluye que no es posible estimar dolosa la acción del encausado, siendo de esta manera y ausente la tipicidad subjetiva, menos podemos considerar la acción como típica, ya que para ello se deben reunir los requisitos tanto objetivos como subjetivos del tipo, lo que en el caso no acontece”.*

conviviente, entendiendo que el derecho presume a propósito de su condición mental que el individuo no puede acceder a ese conocimiento en circunstancias en las que, incluso, existen enfermedades que pueden llevar a que el sujeto enajenado mental crea que dicha persona no es su madre o su conviviente, sino que, por ejemplo, un extraterrestre, un demonio u otra entidad diversa a la persona de su pariente, cónyuge o conviviente. De este modo, la presunción de voluntariedad del inciso segundo del art. 1° del Código Penal no debería aplicarse como se hace con sujetos imputables, y se invierte la carga de la prueba en contra de quien detenta la pretensión de imposición de medidas de seguridad. Mismo ejercicio puede efectuarse para el delito de lesiones desplegado bajo contexto de violencia intrafamiliar: si las normas de la Ley 20.066 en relación con el art. 400 CP requieren que deba existir conocimiento de las relaciones familiares que vinculan al imputado con la víctima, sería coherente realizar una exigencia similar a la esbozada anteriormente para efectos de aplicar la circunstancia calificante del art. 400 CP.

### iii. Delitos sexuales.

En contra de los estereotipos o prejuicios que existen en materias sexuales respecto de las personas que padecen enfermedades mentales que, incluso, son detallados y desacreditados en una de las sentencias analizadas<sup>37</sup>, el número de delitos de esta naturaleza que fueron identificados en las sentencias analizadas fue considerablemente bajo. Sin perjuicio de ello, la situación más compleja y que reviste mayor interés es aquella que dice relación con el sujeto enajenado mental que se ve involucrado en un ilícito que no afecta ni vulnera la esfera de sexualidad de alguna persona y, sin embargo, existen antecedentes que dan cuenta de impulsos sexuales de difícil control o conductas sexuales desviadas, como, por ejemplo, se daría en el caso en que al sujeto se le imputa el delito de robo en lugar no habitado y, al mismo tiempo, existen antecedentes que den cuenta de conductas sexuales que pueden ser entendidas como peligrosas. Al respecto, y según se detallará más adelante (*infra. II.d.iv y IV.b.vi*), es dable afirmar que no procede la aplicación de una medida de seguridad si es que el o los antecedentes versan únicamente sobre potenciales conductas sexuales, dado que los antecedentes que hacen presumir

---

<sup>37</sup> En este sentido, STJOP de Cauquenes, 10-2007 “*En lo sexual, hay mitos respecto de los epilépticos que favorecen estigmatización, aclaró la perito que no son hipersexualizados, además tienen disminución de la libido por los medicamentos anticonvulsivantes. Un epiléptico mal tratado, que reacciona a un estímulo sexual, el riesgo es de tener crisis convulsiva, por lo menos con el Gran Mal, pero no es más sexualizado que otra persona que no sea epiléptico.*”

que el inimputable es peligroso están condicionados en pertinencia al ilícito con el que el enajenado mental objetivó su peligrosidad, siendo, por tanto, impertinentes.

#### iv. Delitos contra la propiedad.

De los casos analizados, en el 27% existió al menos una imputación por delitos que afectaren la propiedad como bien jurídico principal. Si bien existen innumerables causas que expliquen la comisión de estas conductas, cabe hacer especial mención a la presencia de consumo de drogas en un importante número de casos estudiados, ya sea simplemente identificando su presencia (*infra. II.f.*) o considerándolo como factor constituyente de peligrosidad (*infra. IV.d.ii.*). En este orden de ideas, se tuvo en cuenta el consumo problemático o abusivo de drogas en delitos contra la propiedad con ocasión de conseguir recursos para solventar el consumo o a propósito de cuadros de abstinencia que descompensaban e impulsaban al individuo a conseguir droga o recursos para ella.

Tal como se detallará más adelante (*infra III.iv, IV.c.i y IV.b.vi*), consideramos que las medidas de seguridad no son aplicables respecto de delitos que afecten únicamente al bien jurídico propiedad. En efecto, el art. 455 CPP relativo a la procedencia de la imposición de medidas de seguridad exige que para la hacer efectiva la aplicación de una medida de seguridad es necesario que existan antecedentes que *hagan presumir que el individuo puede atentar contra sí mismo o contra terceras personas*, disponiendo, por tanto, que es impertinente cualquier antecedente que verse sobre eventuales atentados que no sean contra las personas. Paralelamente, consideramos que la comisión de un ilícito es la *objetivación*<sup>38</sup> de peligrosidad del sujeto. Dicha *objetivación* no solo debe ser entendida como una indicación o señal de la peligrosidad manifiesta y material del sujeto

---

<sup>38</sup> JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y teorías de investigación)" trad. J.Cuello C. y J. L. Serrano G., Madrid, Marcial Pons, 1995. P. 38 – 41. En efecto, el autor refiere al respecto que *"la pena es una reacción frente al menoscabo de la autoridad de la norma, la medida de seguridad es una reacción a un peligro de repetición, objetivado en el hecho"*. Citando al autor alemán, agregan ORTÍZ y ARÉVALO (Ob. Ídem. P. 460) que *"la infracción debe ser sintomática del peligro de infracciones posteriores (...). No se trata de acometer una revisión general de la persona del autor con motivo del hecho, sino de que el efecto indiciario del hecho impide subsanar la situación exclusivamente con la pena. (...) Su finalidad (de las medidas de seguridad) no es reafirmar la vigencia de la norma, sino sólo la eliminación del peligro configurado por el sujeto y objetivado en su comportamiento (JAKOBS, p. 41; ORTÍZ y ARÉVALO, p.462)"*. En el mismo sentido STJOP de Puerto Montt, RIT 58-2016, que, citado a HORVITZ y LÓPEZ, sostiene en su considerando DÉCIMOSEXTO que *"lo que se viene relacionando, permite derivar que las medidas de seguridad post-delictuales, son aquellas reacciones que se imponen para prevenir un peligro de repetición, objetivado en un hecho, de modo que procederán cuando el sujeto haya cometido un hecho antijurídico que constituya indicio de un estado peligroso, el que debe ser complementado con un pronóstico de probabilidad concreta de peligrosidad futura como consecuencia de su patología"*

enajenado mental que amerite la intervención del Estado, sino que además debe interpretarse como el preámbulo respecto de aquello que deben versar el juicio en su totalidad, incluyendo, además, los antecedentes de peligrosidad; entendiendo que si el sujeto enajenado mental se vio involucrado en un delito que protege un bien jurídico determinado es porque dio señales concretas de ser peligroso para esa faceta o elemento de la vida en sociedad, luego, la competencia y la preocupación del juzgador debe dirigirse a determinar si el sujeto puede reiterar conductas atentatorias respecto de aquello a lo que ya dio signos de ser peligroso, de lo contrario, se estaría extendiendo el análisis del juzgador a una valoración de *estados peligrosos*<sup>39</sup> y no de peligrosidad criminal en sí misma. Por tanto, primero, si el delito por medio respecto de que el imputado objetiva su eventual peligrosidad define aquello sobre lo que debe versar el juicio en todos sus aspectos y, segundo, si el legislador determinó que los antecedentes pertinentes son aquellos que versan sobre atentados contra el individuo inimputable o contra las personas, luego, en caso de delitos que afecten exclusivamente la propiedad no podrían acompañarse antecedentes que versen sobre ella, ya que serían manifiestamente impertinentes, por lo que se debería sobreseer inmediatamente al imputado, dado que no existirían antecedentes para fundar su peligrosidad. Por ejemplo: “A” es un sujeto inimputable por enajenación mental a quien se le atribuye autoría en hechos tipificados como hurto simple del art. 446 n° 3 CP en calidad de consumados, luego, por la comisión de dicho ilícito “A” habría dado indicios de ser peligroso delictualmente, específicamente, respecto del bien jurídico propiedad, dado que la perpetración del hecho que se le imputa es un indicio respecto de que es peligroso y sobre aquello respecto de lo que es peligroso. En juicio se logra demostrar que “A” intervino en calidad de autor en dicho delito, y se acompañan dos tipos de antecedentes para demostrar que puede atacar contra sí o contra terceras personas: unos que señalan que “A” puede seguir atentando contra la propiedad, otros que refieren que “A” podría lesionar personas. El primer grupo de antecedentes no debería considerarse, toda vez que el legislador exige que los antecedentes revelen una personalidad peligrosa para terceras “*personas*” y no respecto de su propiedad. El segundo grupo de antecedentes tampoco podrían ser considerados ya que, si bien versan sobre posibles atentados contra las personas, las señales concretas de peligrosidad que ha manifestado “A” y respecto de lo que versa el juicio es a propósito de la propiedad, por tanto, no existen antecedentes

---

<sup>39</sup> FALCONE Salas, Diego. “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX. P. 241. Valparaíso, Chile. 2007.

pertinentes para probar la peligrosidad de “A”. Lo anteriormente dicho no es baladí, toda vez que a propósito de la comisión de delitos de baja entidad y de escasa relevancia social podrían aplicarse medidas de seguridad por meras “*desconfianzas*”, “*suspicias*” o “*temores*” en contra de un individuo que aún no da señales concretas respecto de aquello que se desconfía o se teme. La peligrosidad “*post delictual*” como requisito de la imposición de medidas de seguridad contra inimputables se transformaría en un mero discurso formal, donde lo que en realidad subyacería sería la expectación paciente y tramposa de que el enajenado mental cometa el más mínimo error o delito, a fin de poder privarlo de su libertad y excluirlo del medio libre.

#### **e. Informes periciales.**

##### **i. Institución que realizó el informe.**

Sin perjuicio de que la ley no señala qué institución es la que debe confeccionar los informes periciales<sup>40</sup>, en la amplia mayoría de los casos analizados el Servicio Médico Legal (SML) fue la institución encargada de la confección del informe pericial psiquiátrico forense en el que se determinaría la inimputabilidad de los sujetos sometidos a evaluación y su peligrosidad<sup>41</sup>. Por otro lado, en ciertas regiones del país fue posible constatar una evidente preferencia por las instituciones psiquiátrico-forenses locales o cercanas al asiento del tribunal<sup>42</sup>, lo que se explica a partir de la alta demanda que el SML en materia de solicitud de informes periciales y/o por la carencia de profesionales de dicha institución en la región de asiento del tribunal, entre otras causales. La carencia de peritos psiquiatras del SML en algunas regiones o la sobre demanda de pericias realizadas por dicha institución se traduce siempre en una importante demora en la confección de los informes periciales, dilatando el proceso y, en algunos casos, haciendo que la privación de libertad con ocasión de la imposición de prisión preventiva, internación provisoria o internación provisional se extienda más allá de lo estrictamente necesario, situación que faculta a sostener que la preferencia por las pericias del SML no siempre se condice con un proceso respetuoso de las garantías y derechos del imputado (ver *infra II.g.i*).

Además de lo anterior, se da con frecuencia que los informes realizados por el SML son efectuados en fechas muy anteriores a la celebración del Juicio Oral, de modo que existe

---

<sup>40</sup> En efecto, el art. 458 CPP no señala qué institución debe realizar el “*informe correspondiente*”, de modo que no se prevé obstáculo para que el informe sea realizado por una institución psiquiátrico forense diversa al Servicio Médico Legal.

<sup>41</sup> Ver el Tabla 1 y/o el Gráfico 9.

<sup>42</sup> Por ejemplo, en la XV región de Arica y Parinacota o en la V región de Valparaíso.

la posibilidad que las circunstancias en las que el sujeto imputado fue evaluado por el profesional no sean las mismas que aquellas existentes al momento de la declaración del perito en juicio, lo que lleva aparejado que la resolución del tribunal no siempre se funde en consideraciones actualizadas. Frente a dicha situación, cobra especial relevancia la diferencia entre médicos psiquiatras forenses y médicos del equipo médico-clínico. Brevemente, los primeros son aquellos que efectúan una pericia psiquiátrica forense al imputado a fin de determinar si éste es o no imputable y si es clínicamente peligroso. En la práctica y en la mayoría de los casos, este tipo de profesionales visitan una o dos veces al imputado y realizan informes médicos después de realizar entrevistas que generalmente fluctúan entre 45 minutos y una hora y media, para luego redactar el informe pericial pertinente. Por su parte, los segundos corresponden a aquellos médicos que no efectúan informes periciales propiamente tal, pero sí evacúan informes que dicen relación con el estado y el avance del paciente mientras se encuentra en un determinado tratamiento (en libertad o bajo internación), así como también los pormenores del tratamiento que se le está aplicando. Como puede advertirse, la declaración de los profesionales del equipo médico dedicado a tratar al sujeto inimputable, antes o durante del procedimiento, ya sea como testigos expertos o como peritos. En efecto, son diversas las ventajas que pueden dilucidarse en la inclusión de los profesionales en comento dentro de los medios de prueba o de los antecedentes que tiene a la vista el tribunal: en primer lugar, están en condiciones de aportar información actualizada, contemporánea y coetánea a la situación actual del imputado. En segundo lugar, se pueden entregar insumos al tribunal que digan relación con la evolución del sujeto desde la comisión de los hechos, desde el inicio de su tratamiento o desde el momento de su internación, hasta el momento del juicio, lo que brinda al tribunal una perspectiva general y amplia de la evolución del procesado y, por tanto, de su eventual peligrosidad. En tercer lugar, el equipo médico puede dar cuenta respecto de la existencia, las características y los detalles de tratamientos adoptados por el imputado, de su adhesión a éste y de los pormenores del tratamiento en cuestión. Finalmente, otorga detalles respecto de redes de apoyo social, de familiares y de terceros que hayan participado del tratamiento, lo que entrega importantes garantías de que el imputado permanezca en él, entendiendo que el equipo médico no solo está integrado por profesionales ligados a dicha área del conocimiento, sino que también a otras, como el trabajo social y la psicología.

Es difícil imaginar cómo el tribunal podría disponer y considerar toda la información anteriormente ejemplificada a partir de un único perito que, como se dijo, muchas veces

realizó una única evaluación pericial con una diferencia importante de tiempo en contraste con la celebración del juicio. No está demás señalar que, eventualmente, todas las ventajas aquí referidas puedan traducirse en una mejor valoración de la peligrosidad del individuo y, por tanto, en resoluciones más adecuadas y ajustadas a la realidad del imputado.

Institución	CANT.	%
Servicio Médico Legal.	53	55,2
Instituto Psiquiátrico Dr. Horwitz Barak.	17	17,34
Hospital Psiquiátrico Philippe Pinel.	14	14,29
UPFT Arica.	3	3,06
Hospital Salvador.	4	4,08
Hospital de Talca.	2	2,04
Hospital Naval.	1	1,02
Hospital Félix Bulnes.	1	1,02
No determinado.	1	1,02
<b>TOTAL</b>	<b>96</b>	<b>100</b>

Tabla 1

A su vez, y a objeto de acelerar la confección de los informes correspondientes, es aconsejable que al momento de solicitar la suspensión del procedimiento según lo dispuesto en el art. 458 CPP se solicite, además, que el informe referido en la norma sea efectuado por la institución más cercana al asiento del tribunal y, preferentemente, dentro de su radio urbano, a objeto de evitar dilaciones que puedan traducirse en vulneraciones de derechos del imputado. El sustento normativo de lo referido radica en una interpretación *in boenam partem* de lo dispuesto en el art. 457 CPP, por cuanto, dispone la norma que en caso de que no fuese posible la internación en una institución psiquiátrica, “se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano”. En ese orden de ideas, el sujeto inimputable peligroso al que se le impone la internación como medida de seguridad podría, en el peor escenario, *cumplir una medida de seguridad en un hospital próximo a su domicilio*. Luego, si esas son las condiciones más perjudiciales

que enfrentaría dicho sujeto en caso de condena, una medida cautelar jamás podría ser impuesta en condiciones más desventajosas que el resultado final del procedimiento, ya que, al igual que como ocurre con la relación entre medidas cautelares y penas, cada institución versa sobre fines diferentes y, además, en el primer caso se presume que el sujeto es inocente de los hechos que se le atribuyen. De este modo, el imputado no debería ser sometido a una internación (provisional) más desventajosa que la internación (medida de seguridad).

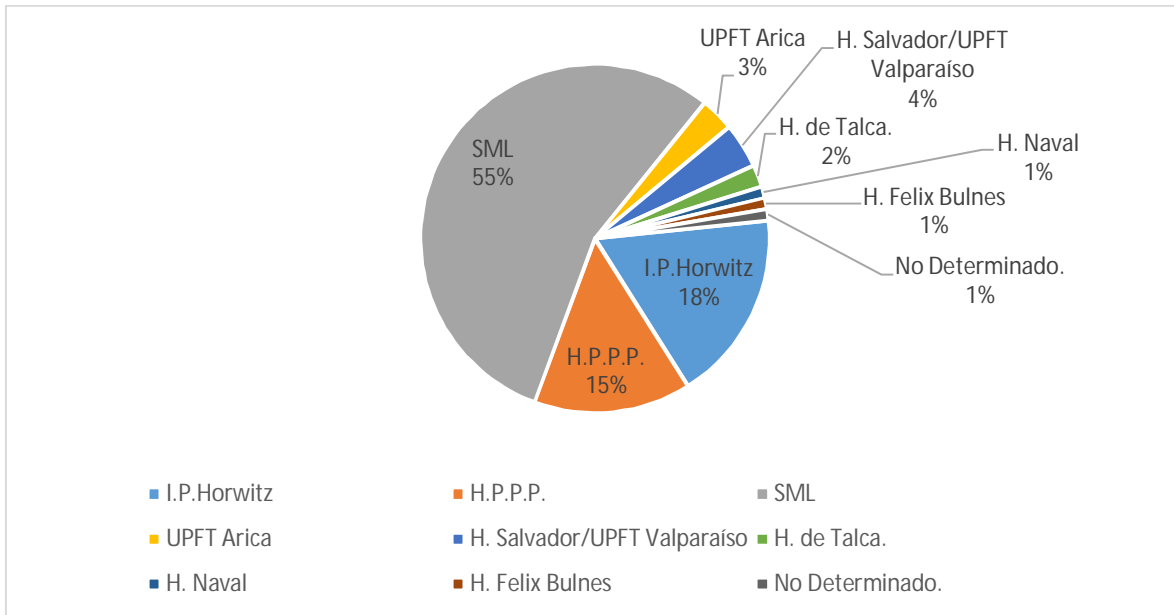


Gráfico 9.

Del mismo modo, resulta aconsejable realizar solicitudes en el sentido de que el tribunal se sirva oficiar a la autoridad de salud correspondiente (Ministerio de Salud, SEREMI Salud, institución médica donde el sujeto inimputable se haya tratado, etc.) a objeto de que se remita la ficha médica del imputado al servicio de salud al que se le encomendó la redacción del informe pericial del art. 458 CPP, actuando el tribunal como ministro de fe en la constatación de que el imputado, su curador *ad litem* y su defensor autorizan dicha diligencia, a fin de ahorrar tiempo en la diligencia y así evitar dilaciones innecesarias e infructuosas.

Por otro lado, y en lo que a información estadística respecta, dentro de las tres instituciones que más informes periciales realizaron, el SML destaca con sobre el 50% de los casos estudiados, seguido por el Instituto Psiquiátrico José Horwits Barak, de Santiago, y por el Hospital Psiquiátrico Phillipe Pinel, de Putaendo.



Finalmente, cabe señalar que se determinó que en 36 de los 96 casos analizados, es decir, el 37,5%, se hizo más de un informe pericial psiquiátrico – presentado como prueba pericial o documental -, ya sea por el SML y/o por la institución donde el imputado, por ejemplo, cumplió la medida de internación provisional o se realizó controles ambulatorios durante el procedimiento. Dentro de dichos casos, se detectó una situación en las que las conclusiones del informe de una institución no coincidían respecto de diagnóstico médico, determinación de inimputabilidad y peligrosidad<sup>43</sup>. En dicho caso, el tribunal optó por imponer la medida de seguridad de custodia y tratamiento y, además, la internación.

---

<sup>43</sup> STJOP de Iquique, RIT 55-2017.

## ii. Diagnóstico<sup>44</sup>.

Dentro de los diagnósticos médicos respecto de la enfermedad causante de la enajenación mental, la condición que tuvo mayor reiteración fue la esquizofrenia, con un total de 47 casos, equivalentes al 48,95% del total de sentencias analizadas. De la cantidad de esquizofrenias diagnosticadas por los médicos e interpretadas por los tribunales como suficientes para considerar al sujeto exento de responsabilidad penal, 21 casos correspondieron a esquizofrenia tipo “*paranoide*” lo que equivale al 44,6% de la cantidad total de diagnósticos de esquizofrenias<sup>45</sup> y al 21,87% del total de enfermedades detectadas. Llama la atención que la cantidad de esquizofrenias tipo paranoides es en número y en porcentaje importantemente mayor al resto de las enfermedades diagnosticadas por los médicos y consideradas por el tribunal para determinar la inimputabilidad.

Por otro lado, llama la atención la heterogeneidad de causales (enfermedades) en las que se basó la determinación de inimputabilidad. Si bien, siempre es necesario conocer al detalle las características o pormenores de los hechos y de las circunstancias que motivan el procedimiento, así como también la entidad y el desarrollo de la enfermedad, no existe en nuestro medio un catálogo que sirva para determinar de manera abstracta y previa qué enfermedades son concluyentes para definir a un sujeto completamente inimputable o con imputabilidad disminuida, y, por tanto, existe plena libertad por parte del tribunal para determinar la causal de inimputabilidad, siempre que sea con apego a lo dispuesto en el nro. 1 del art 10° CP y al art. 297 CPP, sobre todo en lo que dice relación a los “*conocimientos científicamente afianzados*”. En efecto, enfermedades como, por

---

<sup>44</sup> Es necesario advertir que en el presente estudio no se consultó la opinión ni se solicitó la asesoría de médicos psiquiatras, sino que se tuvo un apego estricto a lo señalado en las sentencias y, más aun, a las consideraciones del tribunal que las emitió. Los cuadros, gráficos y afirmaciones que esta sección se entregan obedecen a dos criterios de inclusión: (1) enfermedades que los tribunales consideraron como diagnosticadas, es decir, que con independencia a si el diagnóstico efectivo es el que el médico perito señaló en su declaración durante Juicio Oral, para efectos del presente trabajo se tuvo como objeto de conteo y muestra **la consideración del tribunal** y aquello que se incorporó en la reproducción de su razonamiento, de este modo, si existiesen términos incorrectos o carentes de precisión, es por haber sido fiel al análisis de los considerandos de los tribunales, y (2) se detectaron variados casos en los que una enfermedad iba aparejada de diversas otras anomalías, enfermedades, cuadros, trastornos, daños, alteraciones o síntomas, y, por tanto, el diagnóstico era más complejo que lo que en el presente trabajo se ha representado. Por lo anterior, se mantuvo el eje investigativo de contabilizar aquellas enfermedades que eran consideradas por el tribunal en la reproducción de su razonamiento y, en él, distinguir qué enfermedad era recogida por el tribunal como enfermedad principal. En este sentido, hemos de reconocer que profundizar en esta materia habría excedido los fines del trabajo y, a su vez, los conocimientos y la experticia de quienes participaron en su redacción.

<sup>45</sup> Ver Tabla 3.

ejemplo, el alcoholismo, la depresión y el consumo problemático de drogas no han tenido acogida en la mayoría de la jurisprudencia<sup>46</sup> como causales de inimputabilidad y exención de responsabilidad penal según lo previsto en el art 10 nro. 1 CP, sino que, simplemente y bajo circunstancias muy calificadas, han recibido reconocimiento a título de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal<sup>47</sup>, razón por la que llama la atención que se hayan detectado casos en los que se haya decretado la inimputabilidad en base a enfermedades que, como se dijo, muchas veces no pasan de ser consideradas como meras circunstancias atenuantes.

Enfermedad.	Cant.	%	Enfermedad.	Cant.	%
Esquizofrenia	47	48,95	Consumo problemático drogas	2	2,08
Discapacidad Intelectual	10	10,42	Trastorno bipolar	2	2,08
Psicosis	9	9,38	Demencia	1	1,04
Alcoholismo	5	5,2	Síndrome de Di George	1	1,04
Trastorno delirante.	4	4,17	Trastorno de personalidad	1	1,04
Epilepsia	4	4,17	Sin determinar	3	3,1
Daño orgánico	3	3,14	<b>TOTAL</b>	<b>96</b>	<b>100</b>
Trastorno dual	2	2,08			
Depresión.	2	2,08			

Tabla 2

Respecto de la *tabla 2*, específicamente la sección denominada “*sin determinar*”, destaca la existencia de casos en los que no fue mencionada ni desarrollada la causal de inimputabilidad por parte del tribunal, careciendo por tanto la resolución de detalles relativos a la calidad o entidad de las enfermedades que el sujeto sufría y que jurídicamente eran interpretadas como causantes de una eximente de responsabilidad. A diferencia de otras categorías, la omisión del tipo de enfermedad y de su entidad no genera mayor molestia o preocupación en sede de Juicio Oral, ya que no es un incumplimiento a los deberes de fundamentación o reproducción de los razonamientos del tribunal. En efecto, en el procedimiento especial para imposición de medidas de seguridad

<sup>46</sup> E, incluso, tampoco en parte de la doctrina nacional se realizan pormenorizados análisis, en los que se distinguen diferentes tipos y niveles de alcoholismo y embriaguez, así como los efectos jurídico-penales que se desprenden de dichas figuras e hipótesis. Así: CURY Urzúa, Enrique. “*Derecho Penal. Parte General*”. Ed. Universidad Católica. (2009). p. 425 a 427, destaca los “*problemas especiales de la embriaguez*” y “*problemas especiales del consumo de drogas*”; NOVOA Monreal, Eduardo. “*Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*”. Editorial Jurídica de Chile. p.473 y ss. (1960); MATUS, POLITOFF y RAMÍREZ, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*”. Editorial Jurídica de Chile. 2° Edición, p. 312 a 314, (2016), quienes, citando a LABATUT, refieren que incluso la embriaguez podría constituir, por sí mismo, un delito.

<sup>47</sup> Ya sea a título de art. 11 nro. 1 CP en relación con el art. 10 nro. 1 CP o, en su defecto, por art. 73 CP.

la inimputabilidad se determina en sede de Juzgado de Garantía – art. 461 y 462 CPP -, de modo que no se prevé alguna situación anómala o problemática si es que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no se refiere a alguno de los aspectos de la causal de inimputabilidad, dado que dicho punto ya fue zanjado en una sede anterior, siempre y cuando el fiscal del caso no haya presentado acusación con requerimiento de medidas de seguridad en subsidio, ya que en ese escenario el tribunal debió haberse hecho cargo de dicha circunstancia, así como también de los argumentos y solicitudes pertinentes.

Esquizofrenia.	Cant.	%
Paranoide.	21	44,6
Hebefrénica.	5	10,6
Paranoide Catatónica.	3	6,3
Hebefreno paranoide.	2	4,2
Catatónica.	1	2,1
Psicótica <sup>48</sup> .	1	2,1
Sin especificar.	14	29,7
<b>TOTAL</b>	<b>47</b>	<b>100</b>

Tabla 3.

---

<sup>48</sup> En sentido estricto la esquizofrenia tipo "*psicótica*" no existe y sería más bien un término redundante. Sin perjuicio de lo anterior, es recogida en la presente investigación a propósito de haber sido entendida y considerada de dicha manera por el tribunal.

#### f. Consumo de drogas, alcohol y estupefacientes.

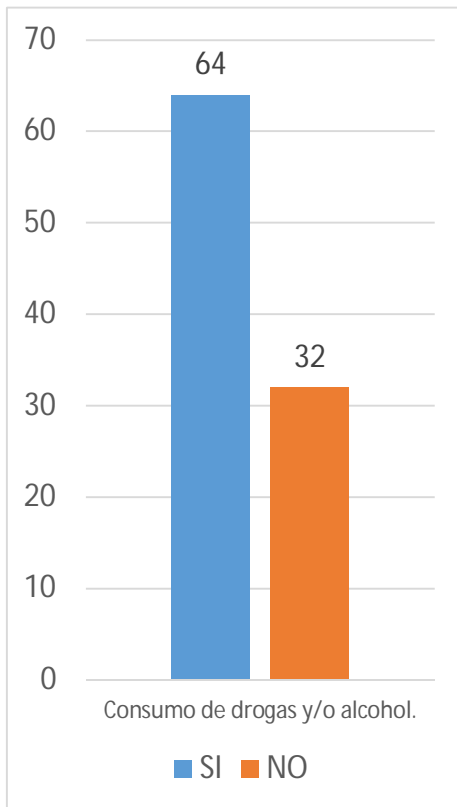


Gráfico 10.

Para la confección de los datos estadísticos que dicen relación con el consumo de drogas, fueron consideradas todas las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, sean éstas lícitas o ilícitas. Es decir, en el análisis cuantitativo y cualitativo se incluyeron el tabaco, el alcohol e, incluso, los desodorantes ambientales (catalogados bajo el nombre de “inhaladores”). A su vez, cabe destacar que, en la jurisprudencia analizada, el consumo de drogas y alcohol fue considerado y tratado de tres maneras diversas: (1) el consumo es considerado como circunstancia accesoria no constitutiva de enfermedad, pero asociada a una enfermedad (por ejemplo, el sujeto padece esquizofrenia compensada, pero cuando consume drogas se descompensa, pierde el control, no asiste a tratamientos, etc. Sin embargo, el sujeto no presenta adicción a las drogas o consumo abusivo o

problemático de estas), (2) el consumo es considerado como una enfermedad accesoria asociada a una enfermedad principal (por ejemplo: el sujeto es esquizofrénico y alcohólico) y (3) el consumo fue considerado como enfermedad autónoma causante por sí misma de la inimputabilidad del sujeto (por ejemplo: consumo problemático de drogas como causal exclusiva de una enfermedad mental interpretable como inimputabilidad).

En este escenario, se detectaron 64 casos en los que existía consumo de drogas y estupefacientes, lo que equivale a un 66,66% del total de casos. En comparación con estadísticas relativas al consumo de drogas en personas detenidas, confeccionadas por SENDA y Paz Ciudadana en el año 2012, de un total de 773 detenidos el 63,4% arrojó resultado positivo para alguna de las tres drogas analizadas en ese caso (marihuana, cocaína – clorhidrato y base – y/o metanfetaminas)<sup>49</sup>. Si bien las estadísticas en comento son obtenidas en un marco temporal diverso al de la presente investigación, respecto de

<sup>49</sup> CONSUMO DE DROGAS EN DETENIDOS, ESTUDIO I-ADAM 2012, Fundación Paz Ciudadana y SENDA, p. 8. <http://www.senda.gob.cl/media/estudios/otrosSEDA/Consumo%20Drogas%20en%20Detenidos%202012.pdf>

un grupo más amplio que el aquí tratado y sobre un cúmulo más restringido de drogas y estupefacientes, es el único documento oficial que asocia el consumo de drogas y su injerencia dentro de procesos penales respecto del que se puede realizar una comparación a nivel estadístico. Habiendo hecho esa advertencia, llama la atención la similitud existente entre los resultados de una y otra investigación, evidenciando que el consumo de drogas es un fenómeno transversal, que no distingue entre imputables e inimputables, que es un factor de riesgo dentro de la población y que, además, es un criterio estadísticamente significativo que suministra antecedentes relevantes en la vinculación en el consumo de drogas y procesos penales<sup>50</sup>.

Es importante destacar que de los 64 casos en los que se detectó consumo de drogas y estupefacientes, solo en 16 casos fueron considerados como un criterio o factor de peligrosidad. Es decir, que del total de casos analizados, solo en el 16,6% consideró el consumo de estupefaciente como un elemento que pueda ser valorado como fundamento y/o medición de la imposición de una medida de seguridad. Dicha circunstancia será analizada al detalle más adelante (*infra IV.d.ii.*). A su vez, de la totalidad de los casos analizados, 7 sentencias consideraron el consumo de drogas como causal de inimputabilidad por sí misma: 5 respecto de alcoholismo y 2 respecto de consumo problemático de drogas.<sup>51</sup>

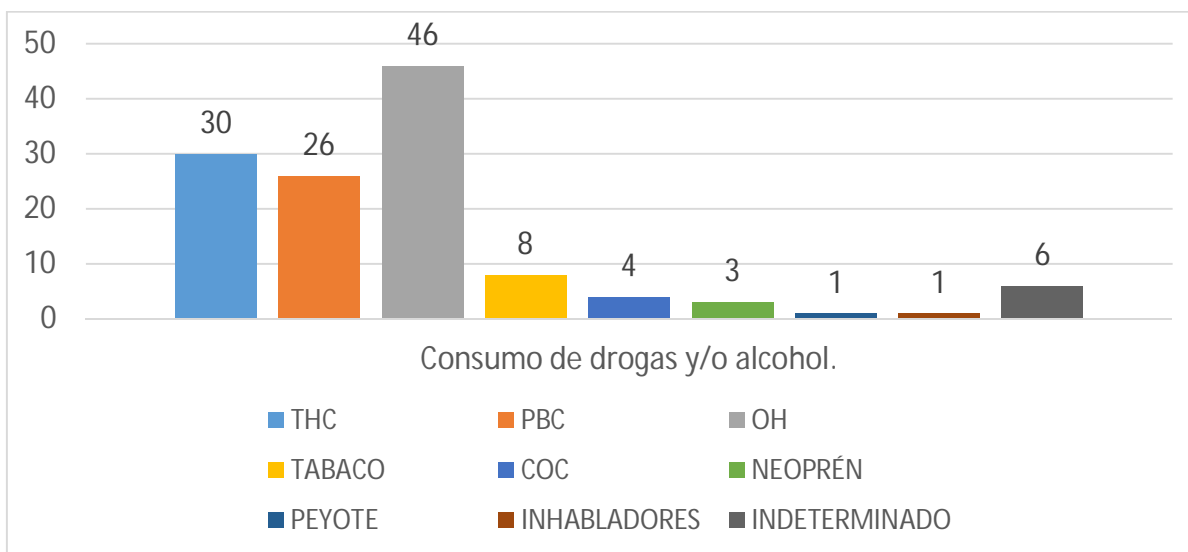


Gráfico 11.

<sup>50</sup> Ibid ídem, p 47.

<sup>51</sup> Ver tabla 2.

Finalmente, dentro de los casos en los que se detectó consumo de drogas, alcohol y estupefacientes se especificó y se cuantificó qué drogas eran las mencionadas y/o consideradas por el tribunal en los respectivos casos. Dentro de este universo, se obtuvo un total de 38 casos en los que existía poli consumo de sustancias, lo que equivale al 39,5% del total de causas y al 59,3% del número de causas en las que se detectó consumo de drogas. Como puede apreciarse en el Gráfico 9, la sustancia mayormente consumida es el alcohol (OH), con 46 casos en los que estuvo presente; lo sigue el consumo de cannabis (THC), con presencia en 30 casos y, en tercer lugar, la cocaína tipo base, con presencia en 36 casos. Con menor incidencia el tabaco, el clorhidrato de cocaína, el neoprén y el cactus conocido como “*peyote*”<sup>52</sup>. En 6 casos se refiere por el tribunal y los peritos que hay presencia de consumo de drogas, pero no se determina qué o cuáles, constituyendo el padrón denominado “*sin determinar*”. En comparación con las estadísticas del informe de SENDA-Paz Ciudadana ya citado, el consumo es estadísticamente diverso en algunos casos. En efecto, dentro de las muestras tomadas en dicho estudio, la presencia de consumo de cocaína/pasta base es de un 52,2%, “*siendo esta droga la más consumida por esta población*”<sup>53</sup>, a diferencia de la muestra tomada en el presente estudio, donde la presencia de consumo de pasta base/cocaína representó solo el 31,25% del total, siendo la segunda sustancia más consumida si sumamos el consumo de clorhidrato de cocaína y pasta base de cocaína, lugar que compartiría con la marihuana. Por su parte, si existe coincidencia con el consumo de marihuana, en circunstancias en las que el informe de SENDA-PAZ CIUDADANA existe una presencia de 34,9% dentro de la población-muestra estudiada, mientras que – como se anticipó - en el caso del presente estudio se detectó un 31.25% de los casos analizados<sup>54</sup>.

Si bien, el consumo problemático de drogas y el abuso de estas sustancias ha sido materia de análisis por parte de estudios de diversa índole y desde la perspectiva de diversas ciencias, teniendo un avanzado desarrollo en materia de la doctrina penal y aún más en la criminología, en lo que concierne a materias vinculadas al consumo de drogas, abuso y consumo problemático de drogas y estupefacientes por parte de sujetos enajenados mentales no ha habido en nuestro medio mayor desarrollo en lo que a estudios o investigaciones respecta.

---

<sup>52</sup> *Lophophora williamsii*.

<sup>53</sup> SENDA-PAZ CIUDADANA, (2012), p. 8.

<sup>54</sup> *Ibid* ídem.

**g. Tiempo<sup>55</sup>.**

**i. Privación de libertad durante el procedimiento (detención, prisión preventiva, internación provisoria e internación provisional).**

Del total de la muestra, se identificaron 72 casos en los que el imputado estuvo privado de libertad durante el procedimiento por al menos un día, lo que equivale al 75% de los casos; mientras que en 24 casos el sujeto no estuvo privado de libertad en ningún momento, lo que equivale al 25% restante. Para estos efectos, se consideró privación de libertad la detención, la imposición de prisión preventiva, la imposición de internación provisoria y la imposición de internación provisional.

El rango de tiempo que registró mayor cantidad de privaciones de libertad fue el determinado entre 6 meses y un año, con un total de 32 casos, lo que equivale al 33,33%<sup>56</sup> del total de 72 casos en los que existió privación de libertad; mientras que el rango de tiempo de privación de libertad de entre 1 y 15 días fue el que presentó menor cantidad de casos, con un total de solo 3 de 96 procesos penales, lo que equivale a un 3,12%. Preocupación causaron los casos en los que las privaciones de libertad se extendieron por más de 2 años, en los que si bien se dieron apenas 4 casos, el mayor periodo fue por un total de 949 días de privación de libertad<sup>57</sup>.

Según estadísticas de la Defensoría Penal Pública, se registraron un total de 133 internaciones provisionales durante el periodo 2016, equivalentes al 0,1% del total de medidas cautelares impuestas durante ese periodo. Lamentablemente, no se detalla su duración<sup>58</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en las estadísticas anteriormente señaladas si se detalla la durabilidad respecto de otras medidas cautelares privativas de libertad, como es el caso de la prisión preventiva y de la internación provisoria. Según dicha información, durante 2016 se registraron 338.328 causa-imputados terminadas, dentro de las cuales, 27.974 casos registraron la imposición de prisión preventiva o internación provisoria, lo que equivale a un 8,3% del total. En este contexto, en 5.243 causa-imputados se registraron privaciones de libertad con una duración de entre 6 meses y un año, lo que representa un 18,7% del total de causas terminadas en 2016, es decir, 14,6 puntos

---

<sup>55</sup> Ver ANEXO 1.

<sup>56</sup> Ver Gráfico 10 y Tabla 4.

<sup>57</sup> RIT 448-2014 del TJOP de Iquique, de 29 de abril de 2015.

<sup>58</sup> DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, "Estadísticas 2016", <http://www.dpp.cl/repositorio/170/466>



porcentuales menos que el registro de privaciones de libertad por el mismo periodo obtenido de la muestra analizada en el presente trabajo. Por su parte, y también durante 2016, solo en 1.269 casos – 4,5% del total- se registraron internaciones provisorias o prisiones preventivas por un periodo superior a un año, mientras que en la presente investigación se lograron determinar 27 casos en los que la privación de libertad de extendió por más de un año, lo que equivale al 28,11% del total, es decir, una diferencia de 23,6 puntos porcentuales de superioridad de aplicación de la internación provisional por sobre el total de prisiones preventivas e internaciones provisorias.

Si bien, las estadísticas de la Defensoría Penal Pública referidas en los párrafos anteriores corresponden a las causa-imputados terminadas durante 2016 y la presente investigación abarca un periodo diverso de tiempo, consideramos que el resultado de la comparación de ambas estadísticas resulta igualmente preocupante dado el uso reiterado que se está haciendo de las medidas privativas de libertad para enajenados mentales.

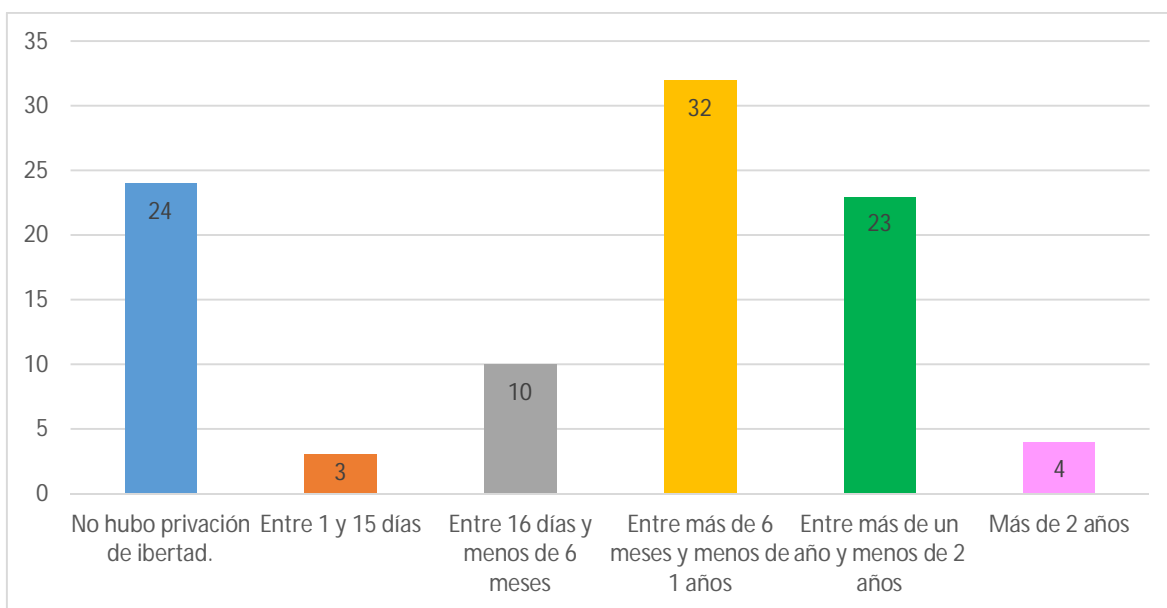


Gráfico 12.

Son variadas las causas que explican la prolongación excesiva de los procesos penales dirigidos contra inimputables y la de las privaciones de libertad. Generalmente, se habla del tiempo en el que se demora la confección del informe psiquiátrico pericial que determina si el sujeto es o no imputable y si éste es o no peligroso, sin embargo, existen otros escenarios posibles que den explicación al prolongado tiempo que demora el desarrollo de estos procesos, por ejemplo, la demora de la remisión de fichas clínicas por

parte de la autoridad hacia la institución encargada de realizar los informes periciales, la demora de la remisión de las copias de las carpetas investigativas desde el Ministerio Público hacia las entidades encargadas de efectuar los informes, la negativa de recepción de documentos que no hayan sido oficiados por tribunales de justicia por parte de entidades de salud, la existencia de imputados que quedan citados a determinada institución a fin de efectuar el correspondiente informe pericial, se ven nuevamente involucrados en hechos de relevancia penal y quedan privados de libertad por una segunda causa, viéndose por tanto impedidos de poder realizar la evaluación requerida en la primera causa, la negativa de ciertos imputados a ser parte de una evaluación psiquiátrica, lo que conlleva al retraso de las mismas en aras a esperar un momento en el que el sujeto preste su consentimiento, entre otras razones.

Periodo	Cant.	%
No hubo privación de libertad	24	25%
Entre 1 y 15 días	3	3,12%
Entre 16 días y menos de 6 meses	10	10,41%
Entre más de 6 meses y menos de 1 año.	32	33,33%
Entre más de un año y menos de 2 años	23	23,95%
Más de dos años.	4	4,16%

Tabla 4.

Un tema diverso pero de similar significancia dice relación con la consideración del tiempo de privación de libertad durante el procedimiento para fines de abono de dicho periodo a aquel que ha de imponerse con ocasión de una medida de seguridad. Dos fueron los criterios identificados, el primero y el de mayor aplicación, dice relación con considerar el periodo de cualquier privación de libertad como tiempo abonable a la extensión de duración de la medida de seguridad, esto sin distinguir si se trata de detención, prisión preventiva, internación provisoria o internación provisional. Por su parte, el segundo criterio identificado dice relación con solo abonar el tiempo que se estuvo privado de libertad con ocasión de una internación provisional, esto dado que es la única medida cautelar que es asociada a la imposición de un tratamiento y que puede satisfacer los fines preventivo especiales de las medidas de seguridad<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> En este sentido, la constancia que se dejó en SCS de 21 de marzo de 2013, ROL 1621-2013, en cuanto señala el Excmo. Tribunal que "el Ministro Sr. Künsemüller, fue de parecer de reconocer únicamente el tiempo transcurrido a partir del 20 de diciembre de 2011, pues desde esa fecha, siendo jurídicamente

Anteriormente se señaló la eventual utilidad que puede presentar la incorporación de las declaraciones de profesionales que conforman el equipo médico que ha tratado al imputado durante el proceso (*supra ll.e.i.*), sobre todo si éste ha estado privado de libertad con ocasión de internación provisional. Si bien la presencia de tratamiento durante la privación de libertad puede ser un antecedente de utilidad para la defensa, más aun en términos de aportar antecedentes que hagan presumir que el sujeto no atentara contra sí ni contra terceras personas, vale la pena tomar especial consideración qué tipo de tratamiento es el que se le aplica al enajenado mental mientras subsiste a su favor la presunción de inocencia, dada la existencia de tratamientos cuya intensidad es de potentes efectos, siendo muchas veces incluso irreversibles. En efecto, muchos de los tratamientos efectuados mientras el sujeto imputado se encuentra privado de libertad se limitan al suministro de medicamentos, sedantes y/o tranquilizantes por medio del consumo de píldoras o la aplicación de inyecciones, pero existe otro tipo de intervenciones que puede llegar a consistir en procedimientos más intensos e invasivos, tales como, por ejemplo, tratamientos electro compulsivos. Jurídicamente hablando, la aplicación de procedimientos de dicha entidad respecto de un individuo al que se le reconoce la presunción de inocencia parece algo de suma ilicitud, ¿cómo se justifica la imposición de procedimientos que pueden ocasionar efectos permanentes y muchas veces irreversibles, siendo que aún no se han logrado determinar con un mínimo de certeza jurídica los hechos que justifican la privación de libertad y la internación?, dicho de otra manera, y haciendo una analogía con la prohibición de adelantamiento de la pena que ocasionalmente es argumentada con ocasión de la imposición de la prisión preventiva: ¿cómo se justifica el adelantamiento de la medida de seguridad en contexto de la imposición de una medida cautelar sin que haya existido un juicio previo que determine la existencia del delito, de la intervención criminal y de la peligrosidad?. Pareciera que la respuesta reviste cierta simpleza: dichos tratamientos no deberían ser aplicados, dado que significan entrar a aplicar fines diversos y mucho más extensos que los fines del procedimiento, adelantando la aplicación de medidas de seguridad respecto de sujetos presumiblemente inocentes y respecto de los cuales no existen certezas suficientes respecto de los presupuestos que justifican su privación temporal de libertad, sino un mero nivel de convicción de menor estándar que el de una sentencia. Sin lugar a dudas, dicha postura parece la más razonable dentro de un Estado de Derecho, no

---

*imputable el sentenciado, estuvo sometido a un régimen de privación de libertad impropio al de una medida de seguridad."*

obstante, puede traducirse en que el sujeto no sea compensado durante su privación de libertad y, con esto, sea calificado por el equipo médico como peligroso, más aun cuando dichos tratamientos son reservados para casos especialmente complejos y de difícil procedimiento clínico, lo que eventualmente se traduciría en que, cumpliendo los requisitos impuestos por la ley, se imponga el mismo tratamiento que inicialmente se buscó impedir, eso sí, esta vez, a título de medida de seguridad.

## ii. Medidas de seguridad<sup>60</sup>.

De las causas analizadas, solo 10 casos tuvieron como resultado la absolución sin imposición de medidas de seguridad, lo que equivale al 10,41% del total<sup>61</sup>. Del mismo modo, en los 86 casos restantes – equivalentes al 89,59% del total – se resolvió imponer una medida de seguridad<sup>62</sup>. De dichos 86 casos en los que se impuso una medida de seguridad, en 17 se impuso únicamente la medida de custodia y tratamiento, representando un 17,7%; mientras que en los 67 casos restantes – 69,79% del total – se impuso la medida de internación, lo que equivale a casi el cuádruple de causas que prefirieron la medida de custodia y tratamiento. Finalmente, se detectaron dos casos en los que el tribunal impuso conjuntamente ambas medidas de seguridad, lo que fue catalogado como medida de seguridad “mixta”, atribuyéndose el 2,08% de los casos estudiados.

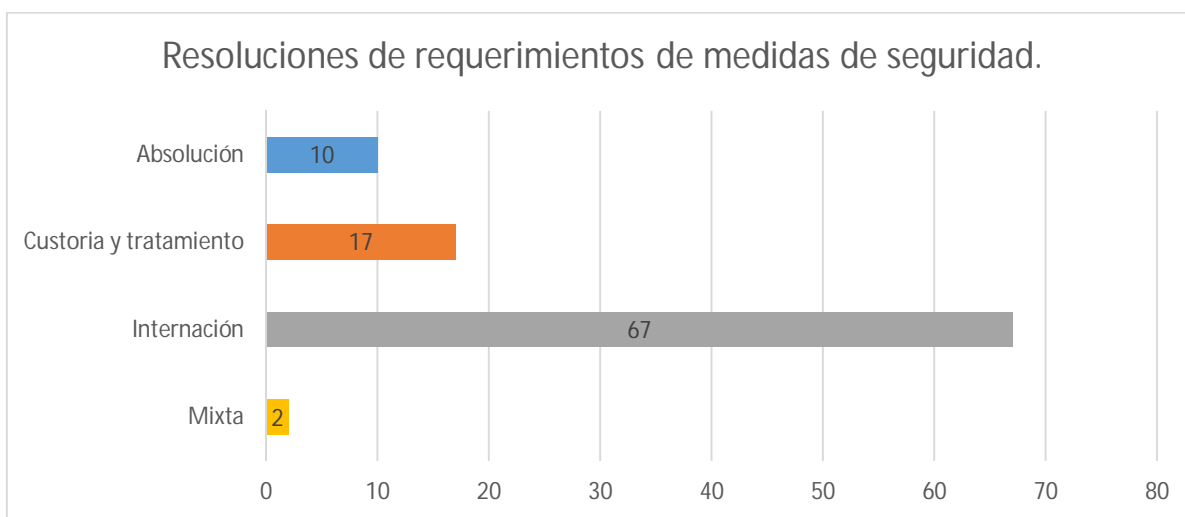


Gráfico 13.

<sup>60</sup> Ver Anexo 1.

<sup>61</sup> Ver anexo 1 o gráfico 10.

<sup>62</sup> Ibid ídem.

Respecto de la aplicación excesiva de la internación, hay ciertos elementos comunes que pueden ser recogidos y advertidos brevemente y sin entrar a cuestionar su usanza. En primer lugar, la poca claridad del concepto de peligrosidad y la falta de determinación de los elementos que lo componen es, sin lugar a dudas, uno de los factores que ha dado pie al uso excesivo de medidas privativas de libertad. En efecto, un concepto amplio e indeterminado puede traducirse en usos desalineados a las garantías y a los principios básicos del Derecho Penal. Elemento colaborador de dicho escenario es la redacción defectuosa del art. 455 CPP, norma sustantiva tratada en un código adjetivo que, además, no delimita apropiadamente qué ha de entenderse por sujeto peligroso, limitándose a exigir la presunción de que el individuo podrá “*atentar contra sí o contra terceras personas*”. En segundo lugar, la inexistencia de “*medidas de seguridad alternativas*” a la privación de libertad limita importantemente las posibilidades que tienen los tribunales sobre la imposición de las mismas. A diferencia de las penas, no existe en el catálogo de medidas de seguridad un cuerpo normativo asimilable al de la Ley 18.2016<sup>63</sup> que, por ejemplo, brinde la posibilidad de expulsión a ciudadanos extranjeros que presenten enfermedades mentales. En tercer lugar, la aplicación de salidas alternativas se ve sumamente restringida, dada la prohibición de aplicación de la suspensión condicional del procedimiento que dispone el art. 461 CPP. En cuarto lugar, existe cierta tendencia a confundir la naturaleza y el sentido de las medidas de seguridad. Si bien no existe mayor discusión sobre su naturaleza preventivo especial de éstas, la ejecución misma de dicha finalidad ha sido entendida en ocasiones como una suerte de “*favor*” que se le hace al sujeto imputado enajenado mental. En efecto, dadas las condiciones de vida muchas veces desfavorables en las que viven ciertos individuos y a la falta de tratamiento que por una o diversas razones se presenta en el caso, tiende a considerarse a la internación como una medida altruista o humanitaria y no como una privación de libertad concadenada a un tratamiento involuntario. Finalmente, se detectaron casos en los que la convicción de personalidad peligrosa era alimentada por criterios que no necesariamente dicen relación con las características del sujeto, sino más bien con las de su medio y su contexto, de este modo, carecer de un grupo familiar que quiera ejercer los deberes de custodia y cuidado impuestos por la ley, la situación económica, existencia de red de apoyo social, las características de la macro red de psiquiatría forense, entre otros, han llevado a que en un importante número de ocasiones se llegue a la conclusión de que el sujeto es peligroso a partir de premisas que no dicen relación con su personalidad, sus

---

<sup>63</sup> RIT 18-2010 del 5° TJOP Santiago, de 15 de abril de 2010.

características y la posibilidad de que con ocasión de su enfermedad se pronostique que vuelva a incurrir en ilícitos, sino más bien con elementos relacionados a la suerte de haber sido amparado por un núcleo social considerado con su condición. Dicho de otra manera, existen criterios de peligrosidad que no hablan del sujeto sino que de su entorno, y que además le atribuyen peligrosidad de manera negativa por falencias u omisiones de su grupo familiar, de su entorno social e, incluso, del mismo Estado.

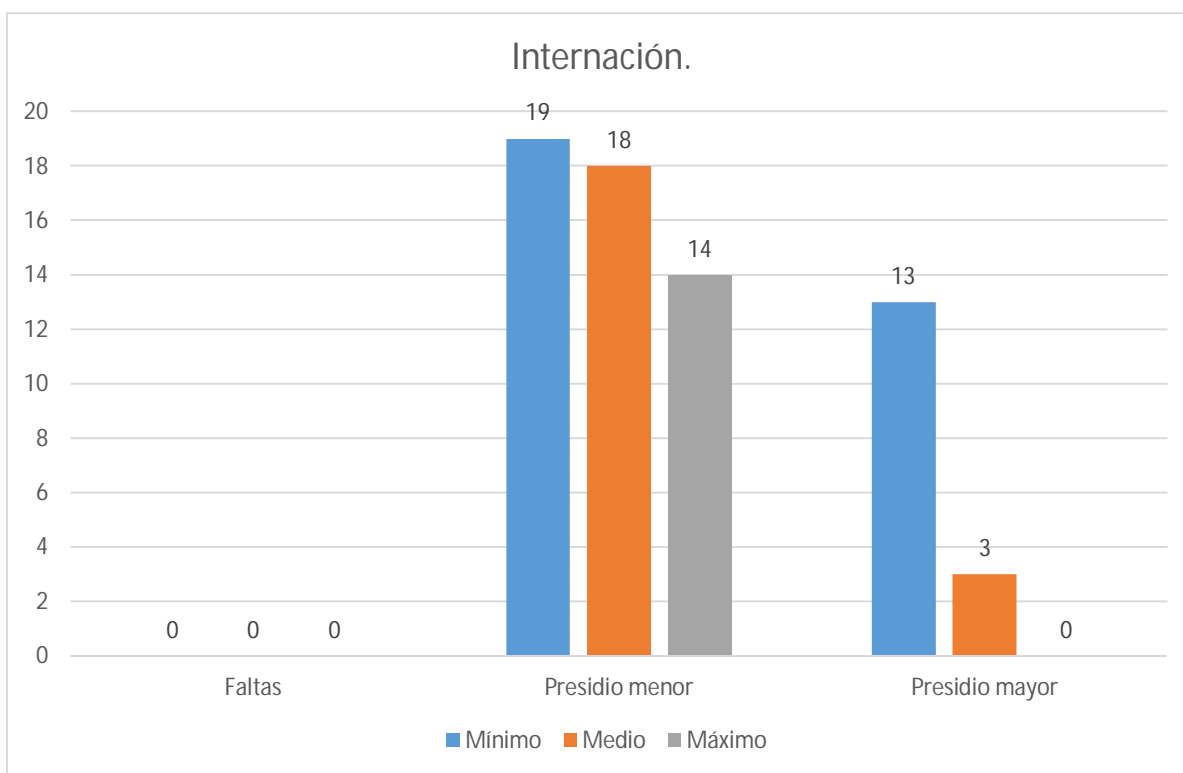


Gráfico 14.

En otro orden de ideas, vale la pena detenerse a analizar el fenómeno de la imposición de medidas de seguridad “mixtas”. Para los efectos del presente trabajo, por medida de seguridad mixta se ha entendido la imposición de la internación por un tiempo determinado, seguido por la imposición inmediata y continuada de la medida de custodia y tratamiento, ambas como de la comisión de un único ilícito. Lo cierto es que en la legislación vigente dicha nomenclatura no aparece dispuesta de manera expresa para el caso de medidas de seguridad aplicables a enajenados mentales, como si lo hace, por ejemplo, en el art. 19 de la Ley 20.084 y en el art. 33 de la Ley 18.216. En efecto, el art. 457 CPP dispone que las clases de medidas de seguridad son la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento, y señala que se adoptará la una o

la otra “*según la gravedad del caso*”. Cabe hacer presente que entre una y otra medida de seguridad, el legislador usó la conjunción “o”, de manera que se ha de entender la imposición de medidas de seguridad de manera alternativa y no sucesiva, lo que en una interpretación más estricta nos podría llevar a concluir que la imposición de medidas de seguridad “*mixtas*” constituiría una vulneración al principio de legalidad. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la medida “*mixta*” adoptada en los casos en comento parece ser una forma de limitar la aplicación excesiva de medidas privativas de libertad, toda vez que pudiendo el sentenciador escoger únicamente la internación, opta por reducir dicha facultad y aplicar una de manera más benigna en abstracto y sin considerar el desarrollo real y concreto que el tratamiento adoptado durante la internación pudiese tener. En ese orden de ideas, la aplicación mixta de medidas de seguridad aparece como una figura extraña y de cuestionable sentido práctico: por un lado, se presenta como un intento de poner cierto límite a la aplicación de la internación como medida de seguridad, sin embargo, se aplica igualmente; por otro lado, y teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 481 CPP, toda medida de seguridad de internación es un establecimiento psiquiátrico contiene, per se, la posibilidad de mutar y decantar en una medida de custodia y tratamiento. En efecto, y tal como dispone dicha norma, “*las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias*”, de modo que si la internación y sus condiciones pasan a ser innecesarias, puede modificarse la medida de seguridad a una de menor intensidad o, incluso, fijar la cesación de ésta, tal como lo dispone el inciso final del art. 481 CPP. Ahora bien, y desde la perspectiva del enajenado mental sujeto a una medida de seguridad, existe una doble ventaja que debe ser reconocida: primero, el ciudadano a quien se le impuso la medida sabe con precisión cuándo finalizará su internación, a pesar de que después continúe con una medida menos gravosa, de modo que la duración de su internación será siempre más breve que la totalidad del tiempo que ha de padecer una medida de seguridad; segundo, la aplicación de una medida menos gravosa no queda bajo el arbitrio de un segundo juez, dado que la decisión respecto de su temporalidad ya fue tomada y respecto de ella existiría cosa juzgada. Así las cosas, la imposición de medidas mixtas se presenta como un tema que reviste controversia: por un lado, es una institución *sui generis*, que no tiene asidero en el tenor expreso de la ley y que parece ser redundante en su aplicación, ya que siempre existe la posibilidad de modificar las medidas de seguridad, haciendo de ellas una reacción al ilícito intrínsecamente “*mixta*”. Por otro lado, entrega mayor certeza para quien está sujeto a una medida de

seguridad, ya que entrega un plazo mínimo de duración de medidas de seguridad más intensas y sus antecedentes no necesitan ser revisados nuevamente para la modificación de ésta.

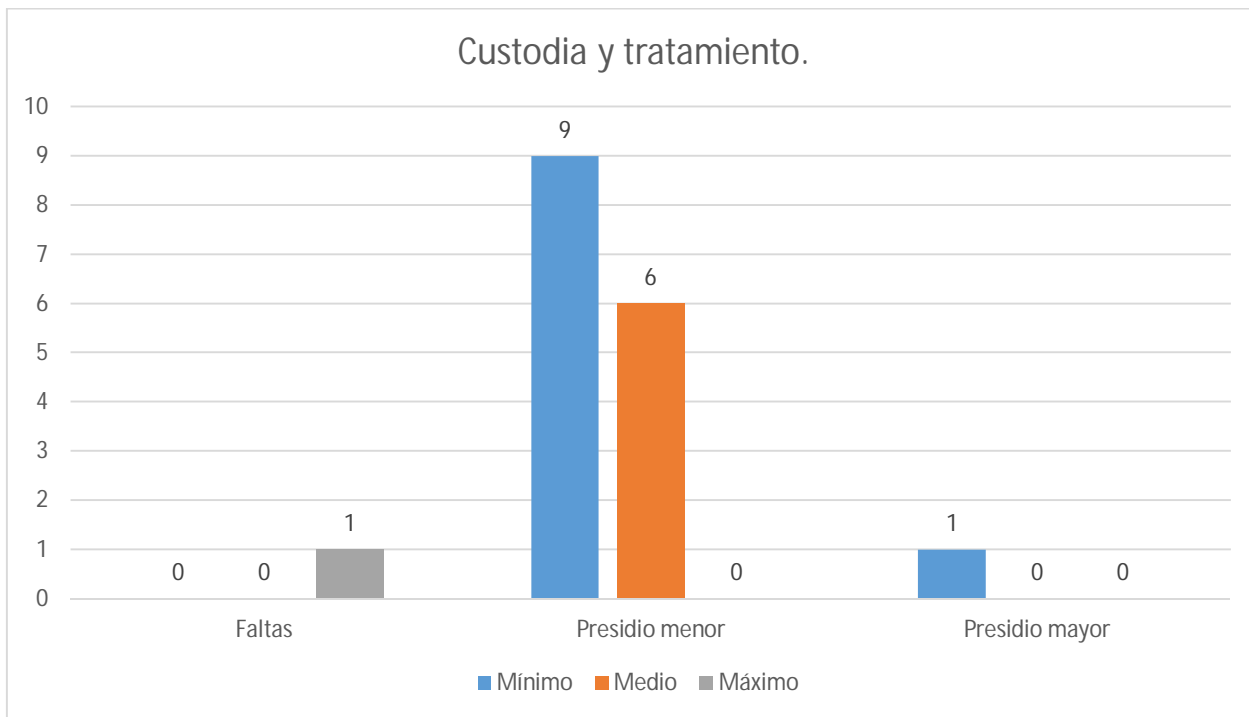


Gráfico 15.



### **III. Definición y concepto de peligrosidad.**

### a. Antecedentes.

De las 96 sentencias que conformaron la muestra abordada por el presente trabajo, solo 3 daban una definición de aquello que el tribunal entendía por “*peligrosidad*”. A su vez, otros 8 casos simplemente daban cuenta de parte de los elementos de una definición, desarrollando el alcance elementos pertenecientes una un concepto más amplio, pero no haciéndolos parte de una definición concreta o redactada con mayor rigurosidad. Dicho de otro modo, el 96,8% de los casos analizados no dieron definición del concepto y solo un 8,3% realizó un ejercicio interpretativo respecto de la peligrosidad, sin definirlo, pero elaborando una aproximación del sentido y alcance de la presunción de atender “*contra sí o contra terceros*”, a fin de adecuarlo al caso concreto.

Lo anteriormente referido es preocupante, ya que la carencia de una definición o de algún tipo de preámbulo conceptual se puede manifestar - y, de hecho, se manifiesta - en que la peligrosidad como requisito para la imposición de medidas de seguridad no tenga límites claros en los casos en los que se juzga a partir de ella, haciendo que su aplicación se realice basada en criterios, argumentos, razonamientos, juicios y consideraciones de diversa índole, los cuales, muchas veces no solo le son ajenas al Derecho - y, más específicamente, al Derecho Penal -, sino que incluso atentan contra él en forma y contenido. Al respecto los autores han advertido que “*la necesidad de una definición rigurosa del término viene exigida por el riesgo que implica la ambigüedad de la expresión: de un derecho penal del hecho, se podía pasar (...) a un derecho penal de autor. La base de la reacción social ya no sería el hecho realizado por el autor, sino el autor mismo por su presunta capacidad, por su conducción de vida, para realizar conductas desviadas. La categoría ‘peligroso social’ por su elasticidad admitiría al loco, al menor de edad, al vagabundo y hasta al disidente político*”.<sup>64</sup>

No obstante lo anterior, en los casos en los que se desarrollaron los elementos que integran o pueden integrar conceptos o definiciones de *peligrosidad*, existe un trabajo jurisdiccional muy interesante, en el que se debe reconocer un esfuerzo significativo (aunque no siempre con buenos resultados) por delimitar, en parte, una terminología que incluso para la magistratura es compleja y ambigua.

---

<sup>64</sup> ORTIZ Quiroga, Luis y ARÉVALO Cunich, Javier. “*Las consecuencias jurídicas del delito*”. Editorial jurídica de Chile. p. 438. (2013), citando a BUSTOS Ramírez, Juan y HORMAZÁBAL Malarée, Hernán. “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”. Editorial Trotta. p. 442 y 556. (2006).

De este modo, se hace imperativo el desarrollo de definiciones de orden doctrinario y jurisprudencial, en cuanto se fijen parámetros conceptuales determinados que garanticen los fines del principio de legalidad y que, de este modo, se brinde certeza jurídica respecto de una institución que históricamente ha sido vinculada, en la práctica y en la teoría, al abuso y el exceso.

## b. Definiciones y comentarios.

### i. TJOP de La Serena, RIT N° 116-2017, Considerando 20°.

**Definición:** “Que en relación al criterio de peligrosidad, cabe tener presente que la doctrina chilena ha señalado que éste debe establecerse de acuerdo a un **juicio de pronóstico** que determine la probabilidad concreta de que el individuo cometa **determinados delitos** en el futuro, como **consecuencia de su enfermedad** que determina su inimputabilidad (María Inés Horvitz Lennon, *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pág. 559 y siguientes*)”.

**Comentario:** La presente definición es de origen académico y de ella puedes desprenderse los siguientes elementos: (i) juicio de pronósticos, (ii) que determine una probabilidad concreta, (iii) la probabilidad es que el sujeto cometa delitos, (iv) delitos determinados y (v) como consecuencia de su enfermedad.

La realización de un **juicio de pronóstico** dice relación con valorar los antecedentes calificados a los que hace mención el art. 455 CPP a objeto de efectuar una prognosis del comportamiento y la conducta del enajenado mental. Con la exclusión de la culpabilidad ya no existe conducta a reprochable o, si se quiere, atribuible al sujeto, de modo que cambia el foco de valoración del tribunal ya no de aquello hecho o de aquello acontecido con propósito de hacerlo materia de reproche o exculpación, sino que más bien la valoración pasa a enfocarse en aquello que mayor o menor probabilidad hará el sujeto en el futuro. En palabras del art. 455 CPP: “*antecedentes calificados que permitieren presumir*” que el sujeto obrará de determinada forma.

Si bien ya se mencionó qué parte importante de la jurisprudencia analizada carecía de conceptos claros de peligrosidad, si se detectó un número importante que reconocía el presente elemento, ya sea por aparecer expresamente en la ley o, derechamente, por entender que el juicio de valor ya no era respecto de lo acontecido, sino que respecto de aquello que puede acontecer<sup>65</sup>. De este modo, la exclusión del juicio de reproche por la conducta pasada y la incorporación de un juicio probabilístico es un elemento presente en parte no menor de la muestra abordada, no obstante que los criterios que posteriormente se usen para determinar si el sujeto es o no verdaderamente peligroso se condigan o no con la definición o con el elemento comentado.

---

<sup>65</sup> En lo pertinente, se recomiendan los fallos STJOP La Serena RIT 272-2015, STJOP Temuco RIT 284-2014, STJOP Puente Alto RIT 87-2009 y STJOP Cauquenes RIT 10-2007.

Por su parte, dicho juicio no puede desarrollarse pronosticando cualquier tipo de conducta futura, sino que debe serlo respecto de una **“probabilidad concreta<sup>66</sup> de que el individuo cometa determinados delitos”**, es decir, (a) que exista una posibilidad real y definida de la comisión de una conducta y (b) que dicha conducta no debe ser cualquiera, sino una determinada que, en este caso, es la comisión de delitos, es decir, **“peligrosidad criminal”**. Respecto de lo primero - la concreción de la probabilidad como hecho de ocurrencia real y definida-, es decir, el peligro debe ser tal y no una simple sospecha o una circunstancia imaginaria o aparente por parte del juzgador, no admitiendo la peligrosidad que sea concebida como una eventual posibilidad remota<sup>67</sup>. Agrega la doctrina que **“las convicciones personales del juez con respecto a las relaciones entre personalidad y delito que no tengan sustento en conocimientos empíricos aceptados que constituyen fundamento legítimo para una injerencia estatal coactiva”**.<sup>68</sup> Respecto de lo segundo, - la determinación del tipo de conducta que se presume se desplegará – se ha distinguido para estos efectos entre peligrosidad “social” y peligrosidad “criminal”, la primera ha sido definida como **“la probabilidad de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un parásito, molesto para la convivencia social y que sea por tanto un asocial, aunque no suele cometer delitos propiamente tales”**<sup>69</sup>. Por otro lado, la peligrosidad criminal ha sido descrita tal y como se ha referido en la definición que se está analizando, es decir, la probabilidad de que en el futuro el sujeto cometa delitos determinados. Dicho de otro modo, no basta con la probabilidad de que se comentan

---

<sup>66</sup> HORVITS Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p. 556. (2004).

<sup>67</sup> En este orden de ideas, consideramos que los criterios más ajustados para la determinación de las características que debe tener la probabilidad de realización de conductas ilícitas – peligrosidad - están contemplados en los aspectos y consideraciones que se han desarrollado en materia de estado de necesidad justificante, específicamente en lo que dice relación con las características *de actualidad o inminencia* que debe tener *el mal que se trata de evitar* – art. 10 nro. 7 circunstancia 1° CP -. En efecto, dicho criterio es atinente y aplicable por analogía al caso aquí analizado, en cuanto el ordenamiento jurídico autoriza al ciudadano a poner en peligro o lesionar determinados bienes jurídicos en consideración a una circunstancia que reviste de determinadas cualidades de prognosis de realización. Luego, si el ordenamiento jurídico decide restringir bienes jurídicos de ciudadanos en atención a la inminencia de sus actos, hemos de entender que la justificación de dicha intervención estatal debe fundarse en los mismos requisitos y exigencias que requiere para entender excluida la responsabilidad penal por licitud de la conducta por parte de ciudadanos. Dicho de otra manera: si el ordenamiento jurídico exige la concurrencia de circunstancias peligrosas revestidas de determinadas características para poder considerar legítimo una conducta que restringe o lesiona bienes jurídicos, entonces, las mismas características tienen que concurrir en la peligrosidad del ciudadano para el caso en el que el ordenamiento jurídico desee privar o restringir sus bienes jurídicos en atención a aquello que él podría, eventualmente, realizar.

<sup>68</sup> ZIFFER (2008), p.146.

<sup>69</sup> FALCONE Salas, Diego. “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX. P. 241. Valparaíso, Chile. 2007.

actos indeseados moralmente o que incomoden a cierto grupo de la población, deben ser objeto de interés jurídico penal únicamente aquellas conductas cuya relevancia esté determinada como protectora de bienes jurídicos o como moldeadora de la sociedad como es conocida y deseada, por cuanto *“en un Estado Democrático la consideración de la peligrosidad relevante a estos efectos debe ceñirse a parámetros razonables, que no pueden ser otros que los que se han escogido para constituir tipos de injusto, a que así la valoración de aquello que debe ser protegido no depende – o, al menos – depende en mucho menor medida de la perspectiva de un solo sector o grupo social”*<sup>70</sup>. Si bien, la categoría de peligrosidad criminal ha sido recogida por la doctrina moderna casi con unanimidad como elemento esencial de una figura indeseada y ojalá evitable pero que, aun así, que se acomode a las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, lo cierto es que en la ley y la jurisprudencia no ha tenido misma recepción. En efecto, el tenor literal del art. 455 CPP dispone que la prognosis de peligrosidad debe verse respaldada en la existencia de antecedentes calificados que *“permitieren presumir que (el enajenado mental) atentará contra sí mismo o contra terceras personas”*, sin referirse o delimitar que dichos atentados deban estar previstos por la ley a título de conductas tipificadas en ella, dando como consecuencia que en el presente estudio se hayan detectado casos en los cuales no solo se determinó peligrosidad a propósito de elementos que no son constitutivos de delito – tales como la *“carencia de recursos económicos”*<sup>71</sup> y *“la relación con la víctima”*<sup>72</sup>, sino que además se determinó la existencia de personalidades peligrosas a partir de la existencia de estados que como delitos fueron derogados expresamente por el legislador, tales como la *“mendicidad”*<sup>73</sup>.

Sin perjuicio de la cuestión referida en párrafos anteriores y que, como se señaló, existe consenso doctrinario en materia de concebir la peligrosidad en materia de medidas de seguridad como peligrosidad criminal, la definición en comento va un poco más allá y es más estricta que el requisito de prognosis delictiva de la conducta del enajenado mental. En efecto, destaca en la definición analizada que la probabilidad concreta de comisión es respecto de **determinados delitos**, excluyendo - por tanto – la posibilidad de que la peligrosidad criminal se refiera a la totalidad de las conductas previstas típicamente por la

---

<sup>70</sup> *Ibíd.* ídem.

<sup>71</sup> *Infra* IV.e.i.

<sup>72</sup> *Infra* IV.e.ii.

<sup>73</sup> *Infra* IV.d.iii.

ley<sup>74</sup>. Lo anterior no es menor, ya que delimita con relevancia el concepto de peligrosidad y, con ello, el ámbito de aplicación de las medidas de seguridad. En otras palabras, ya no basta con haber cometido un hecho, típico y antijurídico, sino que además se le suman consideraciones probabilísticas de comisión concreta de conductas que (a) consistan en figuras delictivas y (b) tengan cabida dentro de determinada concepción de relevancia e importancia social determinada y no extensiva a la totalidad de los tipos penales. Ahora, las preguntas aparejadas a la anterior afirmación es evidente: ¿cómo determinamos esos delitos?, ¿cuáles son?, ¿en base a qué los distinguimos dentro del universo de figuras típicas?, la respuesta pareciera estar en el mismo art. 455 CP al momento de referir que la presunción de atentado debe ser contra sí mismo o terceras “*personas*”. Si bien, la discusión respecto del alcance de la voz “*personas*” en materia penal ha sido entendida de diversas formas<sup>75</sup>, lo cierto es que en materia de aplicación de medidas de seguridad la palabra “*personas*” debería tener algún tipo de sentido y alcance concreto, desglosándose del tenor literal de la ley que la presunción sobre la que se funda la medida de seguridad y que, por lo tanto, debe sostenerse la presunción de atentado, es que pueda existir una lesión o puesta en peligro de jurídicos personalísimos o de aquellos inherentes a la persona humana. De este modo se excluye o, al menos, queda en tela de juicio la aplicación de medidas de seguridad respecto de personas de las que se teme puedan incurrir en conductas atentatorias contra bienes jurídicos tales como la propiedad y el patrimonio, delitos contra la fe pública y falsedades, delitos contra el orden y la seguridad pública, delitos contra el orden socioeconómico, delitos concursales, entre otros.

Finalmente, cabe hacer especial mención de la presente definición, toda vez que es la misma que ha usado la Excma. Corte Suprema en materias de peligrosidad. En efecto, la misma definición es usada en el considerando QUINTO de la sentencia ROL 1079-2013 de dieciocho de abril de dos mil trece.

---

<sup>74</sup> En este sentido, ZIFFER (p.137) usa una definición similar, por cuanto, citando a SCHÖNBERGER, concibe la peligrosidad como la “posibilidad de que, como consecuencia de cierto estado del autor, sean de esperar de él **hechos antijurídicos relevantes, que sean nocivos para la generalidad**”, limitando, por tanto, el tipo de delitos respecto de los que versaría el análisis de prognosis de actuación del enajenado mental.

<sup>75</sup> CURY Urzúa, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. Novena Edición. Ediciones UC. (2009). Pág. 345.

**ii. TJOP de Viña del Mar, RIT ° 244-2013, Considerando 17°.**

**Definición:** “En efecto, tal como se detalla en la obra de los autores Luis Ortiz Quiroga y Javier Arévalo Cunich (*Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial jurídica de Chile, mayo 2013, pp.435-507) es común que se sostenga que la justificación de las mismas - medidas de seguridad- opera sobre la base de la peligrosidad del sujeto, presunto partícipe del delito (p.438), concepto que para el Derecho Penal, en un sentido jurídico-penalmente relevante, se concibe como la probabilidad de que el sujeto incurrirá en delitos.”

**Comentario:** Al igual que la descripción anterior, la presente definición es obtenida a partir de criterios y fuentes doctrinales, en este caso, a partir del trabajo realizado por los profesores Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich. Si bien, la definición es más acotada que la anteriormente analizada, lo cierto es que comparte los elementos esenciales de ésta: (a) juicio probabilístico y (b) respecto de desplegar eventuales conductas constitutivas de delitos, sin que exista referencia o limitación respecto de determinados delitos.

No obstante lo anterior, el trato a la definición de peligrosidad efectuado por los profesores Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich en su texto “*Las consecuencias jurídicas del delito*” es mucho más extenso que la citada por el TJOP de Viña del Mar. En primer lugar, explicita que “*la acción que se teme del sujeto identificado como peligroso es un hecho típico y antijurídico*”<sup>76</sup>, de este modo, y al referirse a “*acción*”, se excluyen expresamente las conductas omisivas, sean estas dolosas o culposas, de manera que, según estos autores, no podría considerarse peligroso al sujeto que teniendo deberes positivos se presume que no cumplirá con ellos. A su vez, se explicita que el juicio prospectivo debe ser “*debidamente fundamentado*”<sup>77</sup>, es decir que el órgano que requiere y el que impone la medida de seguridad deben dar cuenta de un razonamiento lógico, coherente, reproducible y que enuncie “los motivos de hecho y derecho en que se basaren las decisiones tomadas”.

---

<sup>76</sup> ORTIZ Quiroga, Luis y CUNICH Arévalo, Javier. “Las consecuencias jurídicas del delito”. Editorial jurídica de Chile. (2013). Pág.438.

<sup>77</sup> *Ibíd.* ídem.



**iii. TJOP de Cauquenes, RIT N° 10-2007, considerando 20°.**

**Definición:** *“Por su parte y en un similar sentido, el profesor italiano Luigi Ferrajoli, sostiene que estas medidas responden a la calificación de la persona como socialmente peligrosa por ser probable que cometa cualquier delito futuro”.*

**Comentario:** El análisis de la presente definición no será más extenso que el de la definición anterior, ya que, al igual que ésta, proviene de conceptos doctrinarios, contiene los elementos básicos del concepto de peligrosidad hasta ahora desarrollados y deja abierto el ámbito de consideración respecto de los delitos que se probabilísticamente el enajenado mental realizará.

Ahora bien, y según lo planteado anteriormente, la definición pareciera ser contradictoria, por cuanto señala por un lado que la persona debe ser calificada como *“socialmente peligrosa”* pero en base a *“cometer cualquier delito futuro”*, razón por la que podría afirmarse que no existe claridad respecto del tipo de peligrosidad al que se refiere la definición, por cuanto se referiría a la peligrosidad *social* y a la *criminal* al mismo tiempo. Sin perjuicio de la confusión conceptual que se pueda dar por la definición citada, lo cierto y lo importante es que la peligrosidad tiene como objeto la comisión de ilícitos, de modo que la contradicción sería solo aparente.

### **c. Conclusiones.**

En primer lugar, es dable señalar que es lamentable el escaso desarrollo y cuestionamiento que ha tenido el concepto y la definición de peligrosidad en la jurisprudencia. Si bien, el art. 455 CPP no se refiere a ella expresamente y propone una fórmula distinta, la verdad es que dicha circunstancia es justamente la razón por la que se debería motivar el desarrollo y la producción de conceptos que colaboren con la determinación del contenido, sentido y alcance de dicha propuesta. Lo anteriormente afirmado se manifiesta de manera concreta y real en la aplicación de los conceptos que realizan los tribunales ya que, en efecto, los tribunales no han definido, desarrollado, conceptualizado y aplicado definiciones propias o de origen jurisprudencial de lo entendido por peligrosidad criminal, por sí mismos y de manera autónoma, sino que únicamente han recogido definiciones desde la doctrina.

En segundo lugar, y como se adelantó anteriormente, se detectó el señalamiento y la referencia de ciertos elementos de la definición de peligrosidad en diversos fallos, así como también definiciones integrales, que ya fueron señaladas y brevemente analizadas.

En este orden de ideas, son varios los elementos de la definición de peligrosidad que coincide en la jurisprudencia analizada y que vale la pena destacar y desarrollar:

- 1) Se trata de un “juicio”**, es decir, una *“relación lógica de dos o más conceptos”*, de manera que debe contener los requisitos mínimos de un acto de pronunciamiento contenidos en una sentencia, a saber: (a) señalar el objeto de juicio, (b) señalar los antecedentes o medios de prueba valorados en dicho juicio, (c) fundamentación, (e) determinación o resolución del juicio encomendado y (f) determinación de la medida de seguridad aplicable.

- a) Señalar el objeto de juicio:** En este caso, determinar si el sujeto enajenado mental que ha incurrido en un ilícito es o no peligroso. Justamente en esta instancia es que cobra importancia explicitar y entregar nociones, conceptos o definiciones de qué se entiende por *“ser peligroso”*, enunciando cuál será el preámbulo y el marco conceptual dentro del que el tribunal discurrirá y ejercerá la aplicación de su razonamiento y de sus criterios. Ahora bien, la verdad de las cosas es que el objeto de juicio va más allá de la mera determinar si el sujeto es o no peligroso, sino que además es necesario precisar qué tan peligroso es. En efecto, y tal como se precisará más adelante en las letras d) y

e), la fijación de un sujeto como “*peligroso*” funda la medida de seguridad<sup>78</sup>, pero la precisión de que tan peligroso es el sujeto funda, a su vez, la intensidad con la que ha de intervenir el sistema, es decir, define qué medida de seguridad aplicar y, eventualmente, el tiempo de duración de la medida<sup>79</sup>. De este modo, el objeto de juicio no es sino definir si el sujeto es o no peligroso y, en caso de serlo, que tan peligroso es.

**b) Señalar los antecedentes o medios de prueba valorados en dicho juicio:**

En nuestro medio, el presente requisito es objeto de discusión. En efecto, el art. 455 CP requiere para la determinación de peligrosidad que existan “*antecedentes calificados*”. Al respecto, ha habido diversas interpretaciones por parte de los tribunales de justicia, existiendo algunos proclives a elevarlos a un estándar similar al de los medios de prueba<sup>80</sup>, otros, rebajándolos incluso por debajo de los antecedentes exigidos para imponer prisión preventiva<sup>81</sup>. En este contexto, cobra vital importancia la instancia procesal en la que el tribunal conoce los antecedentes, ya sea durante el juicio oral o, en su defecto, en la audiencia señalada en el art. 343 CPP, también denominada “*audiencia de determinación de pena*”. Si se considera que “los antecedentes calificados” deben ser valorados en la audiencia de juicio oral deberían ser considerados medios de prueba, ya que la única forma de incorporarlos en juicio sería por medio del auto de apertura, lo que equivaldría a señalar que los antecedentes deberían pasar todos los filtros de la audiencia de preparación de juicio oral, en especial, la exclusión de prueba. Si bien, dicho escenario parece favorable para el imputado, en realidad no lo es tanto si se toma en consideración que el Tribunal de Juicio Oral puede verse afectado en su parcialidad con los medios de prueba que digan relación con la peligrosidad, por lo que juzgaría la concurrencia de los hechos al mismo tiempo que juzgaría la peligrosidad, circunstancia no siempre favorable para el individuo. En cambio, suponer que los antecedentes calificados deben ser valorados en la audiencia del art. 343 CPP no solo significa armonía en las voces usadas en dicho articulado y la norma del art. 455 CPP, sino que además evita la “*contaminación*” del tribunal

---

<sup>78</sup> FALCONE Salas, Diego. “*Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX. P. 241. Valparaíso, Chile. 2007.

<sup>79</sup> DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, “Informe de Jurisprudencia Procesal relativa a personas inimputables por enajenación mental”, Unidad de Defensa Penal Especializada, p. 83 y ss. 2017.

<sup>80</sup> STJOP de Cauquenes RIT 10-2007.

<sup>81</sup> SCA de Talca de 2007, ROL 380-2007.

mientras determina la efectividad de los hechos imputados y la participación del inimputable en ellos. Ahora bien, respecto de las causales de exclusión de prueba que, al menos aparentemente, no podrían ser invocadas, consideramos que igualmente pueden esbozarse como argumentos dentro la audiencia del art. 343 CPP a fin de que los antecedentes sean desestimados o, en su defecto, valorados negativamente.

- c) Fundamentación:** Cómo se desprendió de las definiciones esbozadas, el juicio debe ser debidamente fundamentado. Al respecto, el art. 1° del CPP es claro y expreso al disponer que “*ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad de este Código, sino en virtud de una sentencia fundada*”<sup>82</sup>. Consecuencialmente, es plenamente aplicable aquello dispuesto en el art. 36 CPP, en cuanto a que el tribunal debe (i) expresar sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y derecho en que se basaren las decisiones tomadas y, profundamente vinculado a la letra anterior, (b) que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en ningún caso el deber de fundamentación del tribunal, entendiendo en nuestro caso que la voz “*medios de prueba*” es igualmente aplicable a los “*antecedentes calificados*” del art. 455 CPP a propósito del principio *a maiori ad minus*. En ese mismo orden de ideas, no hemos de olvidar que la determinación de peligrosidad está contenida en una sentencia definitiva y, por tanto, así como el deber de fundamentación le será aplicado al total de la resolución también le será aplicado a sus partes integrativas. Sumado a lo anterior, la posición de doble vulneración y desventaja que sufre el sujeto en este caso – imputado y enajenado mental – sumado a la facilidad con el que la voz “*peligroso*” puede ser usada para arbitrariedades e injusticias invita a tener especiales consideraciones respecto del ejercicio de fundamentación por el que se le concibe o no como persona que eventualmente reiterará conductas delictivas. Cabe recordar que las consideraciones que dicen relación con la personalidad de los sujetos es y será siempre Derecho Penal de Autor y, por

---

<sup>82</sup> Al respecto, ROJAS, Luis Emilio. “¿Procedimiento especial para la aplicación de medidas de seguridad?”, (2001) Boletín Ministerio Público nro. 3, p. 83.

tanto, una figura excepcional, extraña y – para muchos – indeseada dentro de nuestra legislación, razón por la que el control por parte de los intervinientes, de la ciudadanía y de los superiores del Tribunal ha de ser más intenso. Por las razones anteriormente esgrimidas, consideramos que también es aplicable en la especie el art. 297 CPP, en cuanto al momento de “*valorar la prueba*” - en nuestro caso, los antecedentes-, los tribunales gozarán de libertad pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, así como hacerse cargo de aquellos antecedentes desestimados y, además, su sentencia deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en ella. Por lo anteriormente expresado, la norma sancionadora de falta de fundamentación en lo que dice relación con el recurso de nulidad, art. 374 letra e) CPP, es plenamente aplicables como causal absoluta de nulidad.

- d) Determinación o resolución del juicio encomendado.** Es decir, la determinación misma de si el sujeto es o no considerado peligroso y la intensidad o gravedad con la que lo es. En efecto, y al igual que la culpabilidad respecto de la pena, en esta instancia la peligrosidad no solo opera como fundamento de la imposición de una medida de seguridad, sino que también como barómetro<sup>83</sup>, limitación<sup>84</sup> y medición de la medida de seguridad, concepción que a criterio de lo dispuesto en el art. 457 CPP se materializa en la determinación de la medida de seguridad aplicable y, en otro sentido, a su extensión, dado lo dispuesto en el art. 481 CPP.
- e) Determinación de la medida de seguridad aplicable y extensión.** Como se señaló anteriormente, en su juicio el tribunal no solo ha de definir si el sujeto es peligroso, sino que además debe definir qué tan peligroso es. En palabras del inciso primero del art. 457 CPP, según la “*gravedad del caso*” podrá imponérsele al enajenado mental la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento. En este aspecto, las voces “*gravedad del caso*” puede tener diversas interpretaciones, siendo una de ellas aquella que acabamos de dar, es decir, en consideración a la intensidad de la peligrosidad. Sin embargo, esa manera de interpretar el art. 457 CPP tiene un problema elemental, y es que en casos en los que un sujeto muy peligroso

---

<sup>83</sup> Ob. ídem. CURY, p. 407 y ss.

<sup>84</sup> Ob. Ídem. ORTÍZ ARÉVALO, p. 53 y 438.

realice un delito de bagatela, de baja connotación social, escasa antijuridicidad o de leve afectividad a bienes jurídicos, la consideración de su peligrosidad implicaría imponerle una medida de seguridad de alta intensidad. Si bien, es posible argumentar que no debería aplicársele dicha reacción penal es base a los principios de mínima intervención del Derecho Penal y de proporcionalidad entre hecho, sus consecuencias y la reacción penal<sup>85</sup>, lo cierto es que la posibilidad de la imposición de una medida de seguridad sigue existiendo, sumado a que en ciertos casos es posible imaginar una situación de evidente desventaja en comparación con sujetos imputables y peligrosos que incurren en una conducta ilícita de baja intensidad, pero que pueden optar a una suspensión condicional o una pena sustitutiva que garantice el cumplimiento de la sanción en el medio libre.

Por lo dicho en el párrafo anterior, parece que es recomendable manejar otras interpretaciones al respecto. En ese sentido, también puede entenderse por “*gravedad del caso*” la entidad de la enfermedad y sus circunstancias clínicas propias. Sin embargo, dicho criterio no logra pasar por alto la objeción anterior: aplicabilidad en casos de baja significación social y/o penal, es decir, que con ocasión de un delito de baja significación social pueda imponerse una medida de seguridad con ocasión del estado mental del sujeto o de otros antecedentes. Lo mismo respecto de la aplicación desventajosa e injusta en comparación con el sujeto imputable. Sumado a lo anterior, cabe recordar que la definición esbozada por los profesores Horvitz y López goza de una importante precisión, y es que la probabilidad de cometer delitos es considerada efecto de la enfermedad y, por tanto, valorada – siempre junto a otros criterios - dentro del concepto de peligrosidad.

La frase analizada puede también ser entendida como equivalente a la gravedad de los hechos, del delito calificado y sus circunstancias. Sin embargo, dicha lectura genera un problema similar al de las interpretaciones anteriores, pero en sentido inverso: una grave calificación de los hechos en casos con sujetos que no tienen graves enfermedades mentales, o bien, no

---

<sup>85</sup> SCS de 18 de abril de 2013, ROL 1079-2013, considerando QUINTO. Ver, además, en p. 65 *ibid.* Cit. *Infra* 78.

son peligrosos, se verían expuestos a la imposición de medidas de seguridad gravosas. A su vez, pareciera que considerar la entidad de la calificación jurídica y sus circunstancias nos llevaría a prescindir del requisito de peligrosidad. En efecto, si basta con determinar la gravedad de los hechos por medio de su calificación jurídica y, eventualmente, las circunstancias que los rodean, ¿para qué analizar entonces si el sujeto es o no peligroso?, bastaría con acreditar la existencia de los hechos y la intervención del imputado, lo que al mismo tiempo sería imponer efectos penales similares a la responsabilidad penal objetiva, escenario que sin lugar a duda alguna significaría colocar a los sujetos inimputables por enajenación mental muy por debajo de los estándares que se tienen respecto de sujetos imputables a quienes se les persigue penalmente por hechos idénticos o similares. A su vez, y como se ha visto y como verá más adelante (*supra II.d.i. e infra IV.c.i.*) se podría dilucidar algún tipo de vulneración a la prohibición de *non bis in ídem*, en cuanto la comisión de un delito previo es presupuesto o condición de la imposición de una medida de seguridad<sup>86</sup>, categoría que luego sería valorada para fundar su imposición por medio de la peligrosidad y, además, cuantificar ésta.

Dicho lo anterior, resulta innegable la afirmación que sostiene que los términos escogidos por el Legislador en materia de determinación de la medida de seguridad a imponer se suman a la inmensa lista de imperfecciones y lamentables redacciones dispuestas en la ley que regula la imposición de medidas de seguridad. Sin perjuicio de eso, pareciera que la interpretación inicialmente propuesta, es decir, aquella que considera los términos “*gravedad de los hechos*” con “*medición de peligrosidad*” es más la más ajustada a la orgánica y a los fines preventivo especiales de las medidas de seguridad. Por su parte, hace de la peligrosidad un buen “*sustituto*” de la culpabilidad, en cuanto fundamento y graduación de la reacción penal. Ahora bien, y como anteriormente se señaló, parece fundamental la aplicación de los principios de

---

<sup>86</sup> FALCONE Salas, Diego. “*Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX. P. 241. Valparaíso, Chile. 2007.

proporcionalidad y mínima intervención como límites precisos y concretos a la actividad jurisdiccional<sup>87</sup>.

- 2) **“De pronóstico o de probabilidad”**. El presente elemento dice relación con la predicción de que un acontecimiento futuro ocurrirá a partir de ciertos indicios o conjeturas que, en nuestro caso, corresponden a los antecedentes calificados a los que hace referencia el art. 455 CPP. En este orden de ideas, la estructura formal del razonamiento de pronóstico debe estar conformada por antecedentes obtenidos en un tiempo presente y/o pasado al juicio para definir con cierta probabilidad el comportamiento del individuo hacia el futuro, ejercicio que naturalmente significa un desafío importante, ya que en el procedimiento ordinario e, incluso, en algunos especiales como los procedimientos simplificado y abreviado, la labor de las partes es entregar insumos para re construir con certeza la verdad pasada, aquello ya acontecido, mientras que, por el contrario, aquí se requiere la construcción de una verdad que no ha ocurrido a partir de ciertos elementos desprendidos de la personalidad del sujeto. Nada menos que predecir actos no ocurridos a partir de actos que ya han acontecido a la largo de la vida del autor. Sobre lo aquí referido, la doctrina ha reconocido la complejidad del ejercicio de predicción o pronostico que conlleva el concepto de peligrosidad por cuanto *“un breve resumen del “curriculum” del afectado no basta, así como tampoco podría ser suficiente la engañosa impresión que pueden recoger los jueces en una audiencia. Esto solo no es suficiente. Un pronóstico requiere, además, algún*

---

<sup>87</sup> En este caso, destaca el fallo de la ICA de Valparaíso, ROL 223-2016, por cuanto, en el considerando 11° y voto de minoría, se refiere que “importa reiterar que el fundamento de las medidas de seguridad no es la culpabilidad por el hecho cometido, sino la peligrosidad del sujeto que se manifiesta en la realización de un delito y en un juicio de pronóstico, por lo que la doctrina estima indispensable *“su adecuación a los principios básicos de garantía que inspiran la moderna doctrina sobre las medidas de seguridad, esto es, los principios de necesidad y proporcionalidad”*. Así, entonces, *“conforme al principio de necesidad, la medida de seguridad no puede exceder el tiempo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Por su lado, el principio de proporcionalidad, en su vertiente de prohibición de exceso, se descompone en tres sub principios: idoneidad (adecuación de la medida a los fines que persigue), necesidad (intervención mínima) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de intereses y “concretización”)*”, lo que obliga a *“un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena (medida de seguridad) y el fin perseguido por ella, debiendo profundizarse al máximo en la naturaleza y alcance del juicio de peligrosidad, partiendo de la presunción de no peligrosidad”*; exigiendo que *“la medida debe ser adecuada a la peligrosidad detectada (idoneidad); y que se debe verificar que no existan medidas alternativas y menos gravosas que la adoptada, en particular, alguna que permitiera afrontar el problema con idénticas posibilidades de éxito (subsidiariedad)”*. (Derecho Procesal Penal Chileno. María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Págs. 561 y siguientes)”.



*fundamento nomológico que vincule la historia y las condiciones personales del autor con la consecuencia que se extrae a partir de tales datos*<sup>88</sup>.

De lo dicho hasta ahora, llama la atención que algo en lo que existe coincidencia es acerca del *tiempo* como elemento del juicio de temporalidad, por cuanto – y como se dijo – se basa en sucesos pasados para deducir con certeza aquello que podrá acontecer. De este modo, parece valido cuestionar si es que existe un límite temporal para la obtención de antecedentes que sirvan para definir las actuaciones del imputado y, en caso de que sea afirmativa la respuesta, desde cuándo es posible obtenerlos. Cabe señalar que ni en la ley ni en la jurisprudencia analizada se ha tratado el tema, incluso, se tuvo en consideración como criterio el comportamiento del imputado durante la celebración del juicio oral a fin de afirmar o descartar peligrosidad<sup>89</sup>. Así las cosas, es posible identificar cinco posibles marcos temporales de los que obtener antecedentes, pudiendo complementarse sin exclusión unos y otros.

Los periodos referidos pueden ser los siguientes:

- a) Antecedentes que dicen relación con la peligrosidad del sujeto antes de los hechos.
- b) Antecedentes que dicen relación con la peligrosidad del sujeto después de los hechos, pero antes de iniciado el procedimiento.
- c) Antecedentes que dicen relación con la peligrosidad del sujeto después de iniciado el procedimiento, pero anteriores a la celebración del juicio oral.
- d) Antecedentes que después del juicio oral y antes de audiencia de determinación del art. 343 CPP.
- e) Antecedentes coetáneos a la fecha en la que se celebra la audiencia del art. 343 CPP.<sup>90</sup>

Como se señaló, ni la ley ni la jurisprudencia se han pronunciado expresamente sobre qué antecedentes son aquellos sobre los que ha de basar su prognosis el tribunal, por el contrario, dada la redacción amplia del art. 455 CPP y de la referencia a “*antecedentes*” y no “*medios de prueba*” es posible

---

<sup>88</sup> ZIFFER (2008), p. 146.

<sup>89</sup> Infra IV.d.vii.

<sup>90</sup> En caso que la determinación de peligrosidad se efectúe en esta instancia.

entender que fijar un límite es un ejercicio bastante infructuoso. Sin embargo, la voz “*calificados*” usada por el legislador si puede servir para fijar, al menos en términos de idoneidad, qué antecedentes pueden tener mayores y mejores aptitudes para denominar a un sujeto como “*peligroso*”. En efecto, dicho concepto ha sido interpretado por la jurisprudencia entendiendo “*que para determinar el alcance o sentido de dichas expresiones no hizo ninguna precisión ni siquiera se ejemplificó con tal intención como suele hacer el legislador cuando quiere fijar los extremos de alguna institución-, según lo que en concepto del sentenciador deba, fundadamente, así estimarse*”<sup>91</sup>, de manera que, entonces, la labor de los intervinientes es entregar al juez los insumos suficientes para que, a partir del concepto de peligrosidad, considere cuáles son los antecedentes de mayor aptitud e idoneidad para llegar a la determinación de pronóstico, siendo – por tanto – el marco temporal del que emanan los antecedentes una característica que ha de ser considerada por tribunales para determinar la calificación de los antecedentes siendo, en este orden de ideas, los antecedentes más próximos en temporalidad aquellos que mayor significancia deberían tener para el tribunal y, por tanto, mayor calificación. En efecto, cabe recordar que los fines de las medidas de seguridad no es reprochar o castigar al sujeto que despliega una conducta ilícita, sino más bien “*corregirlo*”, “*mejorarlo*”, “*sanarlo*” y brindarle impositivamente los medios para llevar una vida pacífica en sociedad a partir de estado que actualmente esté viviendo el imputado. Por ejemplo, si existen antecedentes de violencia a lo largo de la vida del sujeto a propósito de falta de adhesión a un tratamiento de carácter psiquiátrico y, en paralelo, existen otros antecedentes que dan cuenta de la compensación del sujeto, de su permanencia en un tratamiento desde el inicio del procedimiento y de un cambio de conducta desde el inicio de éste, sería correcto considerar mayormente oportunos, precisos y adecuados – *calificados* – aquellos antecedentes que versan sobre la situación actual del imputado y de la necesidad de imponer una medida de seguridad respecto de dicha condición. *A contrario sensu*, si existen antecedentes pretéritos que versan sobre una vida pacífica y de comportamiento socialmente adecuado, pero existen antecedentes más actualizados que versan sobre que durante el último tiempo

---

<sup>91</sup> SCA de Santiago ROL 71-2005.

el imputado se ha visto involucrado en episodios de violencia, impulsos sexuales desmedidos, intentos de suicidio y de otras circunstancias atentatorias contra bienes jurídicos de relevancia, entonces se ha de tener la imposición de medidas de seguridad como alternativa viable. Como se mencionó con anterioridad<sup>92</sup>, por razones como las aquí esgrimidas es que es de tremenda utilidad contar con las declaraciones de equipos médicos que hayan tratado al paciente mientras – por ejemplo – estuvo en internación provisional o del grupo familiar que cotidianamente convive con el imputado. Dicho de otro modo: mientras más coetáneos al juzgamiento sean los antecedentes, de mayor calificación debería considerárseles. El objetivo de la medida de seguridad es adecuarse a la prognosis delictiva de la actualidad del imputado, no la reconstrucción de su historia y sus circunstancias a fin de valorarlas.

- 3) “**De cometer delitos**”. Cómo ya se ha referido con anterioridad, ante la inminencia de que el sujeto inimputable por enajenación mental se involucre en la comisión de conductas reprochadas e indeseadas socialmente, se ha optado por considerar únicamente a aquellas constitutivas como fenómeno probabilístico justificante de una medida de seguridad aquellas conductas que sean constitutivas de delito. Lo anterior se debe, entre otras razones, a que bajo un régimen de peligrosidad social pueden darse casos de sobreacción del sistema punitivo ante formas determinadas de conducir la vida, perfiles moralmente cuestionados, posturas religiosas, inclinaciones políticas, costumbres desafortunadas, vicios o conductas cuya interpretación de reprochabilidad, riesgo o peligrosidad obedecen a la opinión o postura de un grupo minoritario de la población que ve con malos ojos aquello que otros sujetos distintos puedan realizar. Ahora bien, si consideramos que el objeto de la peligrosidad es la comisión futura de delitos, concretado y materializado a partir de la conclusión a la que se arribó producto de un ejercicio lógico de juzgamiento y atribución, luego, hemos de cuestionar primeramente si las premisas de dicho razonamiento deben estructurarse en base a criterios de peligrosidad que tenga relación directa con una eventual conducta delictual o si, por el contrario, basta con meros elementos que contextualicen y, de uno u otro modo, den cuenta de un entorno caracterizado por carencias,

---

<sup>92</sup> Supra II.e.i.

vulnerabilidades, inseguridades, desamparo y privaciones que puedan colocar al sujeto en una “*situación de delinquir*”.

Efectivamente, los antecedentes pueden dar cuenta de actividades directamente relacionadas con un comportamiento penalmente antijurídico, tales como reiteración de delitos, características de la enfermedad o falta absoluta de tratamiento; o bien, pueden simplemente pueden dar cuenta de situaciones de riesgo asociadas común y, muchas veces, arbitrariamente al delito, como lo son el consumo de drogas, la falta de una red de apoyo, situación de calle, etc. En este orden de ideas, el primer grupo sin lugar a dudas han de ser incorporados como premisas del racionamiento jurídicos, sin embargo, con el segundo grupo se debe tener especial cuidado, ya que es ciertos casos el criterio usado como premisa puede ser un ejercicio de discriminación y estigmatización. El mejor de los ejemplos es la “*mendicidad, vagancia o vivir en situación de calle*” como circunstancia constitutiva de peligro. Si bien, son situaciones lamentables y de cuidado, no es correcto señalar que *per se* sean constitutivas de personalidades peligrosas, en circunstancias en las que el legislador, incluso, optó por eliminarlas del listado de figuras típicas del Código Penal<sup>93</sup>. Siguiendo el razonamiento del requisito “*pronóstico o probabilidad*”, la respuesta pareciera estar nuevamente en el art. 455 CPP y su exigencia de antecedentes “*calificados*”. Como se señaló con anterioridad, en virtud de dicho concepto, el juez puede dar por calificado cualquier antecedente que considere por tal, argumentando dicha valoración. De este modo, aquellos antecedentes que directamente dan cuenta o se relación con la comisión de delitos, tendrán preponderancia con aquellos antecedentes que son meramente contextuales o que no dan cuenta de peligrosidad en sí misma, sino de meros riesgos, inseguridades, sospechas, desconfianza o temores. Son más calificados los antecedentes que de por sí versan sobre peligro, no así aquellos que solo expresan “*peligro de peligro*”.

En resumen, el adjetivo “*calificado*”, como todo adjetivo, es una cualidad: es posible ser más o menos calificado y, dentro de lo referido hasta el momento, aspectos como la actualidad temporal y la directa relación con la actividad delictual son criterios de atribución de mayor o menor calificación de antecedentes.

---

<sup>93</sup> Ley 19.567 de 01 de julio de 1996.

- 4) **“Determinados”**. A diferencia de los elementos anteriormente tratados, la determinación de la clase de delitos respecto de los que debe existir análisis probabilístico no es un requisito que se haya hecho presente con especial frecuencia, pero, sin embargo, y como se señaló, cuando lo ha hecho se hizo dentro de importante jurisprudencia<sup>94</sup>. En virtud de la presente consideración y de la estructura del art. 455 CPP no bastaría que existiese peligrosidad criminal general – *“es probable que el sujeto cometa cualquier delito”*, sino que debería ser peligrosidad criminal específica – es probable que el sujeto cometa ciertos delitos dentro del universo de figuras típicas -. Circunscribir el peligro dentro de determinado marco de delitos no solo entrega mayor certeza jurídica dentro de una zona tan oscura como lo es la peligrosidad, sino que además constituye una excelente herramienta para encausar el razonamiento de los jueces, reiterando en este sentido la idea de que la fundamentación del sentenciador debe ser respecto de la existencia de una probabilidad concreta y no abstracta de comisión de delitos.

Complementando lo referido ya sobre este tema, la referencia a atentar *“contra sí mismo o contra otras personas”* pasa a ser fundamental, puesto que la voz *“personas”* debe tener algún tipo de significancia dentro de la interpretación del art. 455 CPP, puesto que, de lo contrario, no tendría trascendencia y debió haber sido omitido por el legislador. En ese sentido, la voz *“personas”* puede tener varias interpretaciones:

- a) La primera interpretación es aquella que dice relación con no distinguir el delito que se trate, afirmando que el imputado es peligroso cuando existen antecedentes que hagan presumir que pueda cometer *“cualquier delito”*. Lo anteriormente dicho equivale a no dar lectura a la palabra *“personas”* y, por tanto, omitir su interpretación y su aplicación. Como se señaló anteriormente, dicha postura acarrea el problema de ampliar mucho la norma del art. 455 CPP y, además, derogar tácita y antojadizamente aquello respecto de lo que el legislador se ha pronunciado de manera expresa.
- b) La segunda posibilidad es limitar la aplicación de la palabra *“personas”* a aquellos delitos referidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, relativo

---

<sup>94</sup> SCS de 18 de abril de 2013, ROL 1079-2013, considerando QUINTO.

a “*crímenes y simples delitos contra las personas*”, razonamiento similar al esbozado a propósito de la redacción de los arts. 390 y ss. del Código Punitivo. Si bien dicha postura puede ser nominal y sistemáticamente tentadora, lo cierto es que se excluyen ciertos delitos de relevancia y significación social, que – por lo demás – tienen presencia cuantitativa dentro de los casos analizados (ver Gráfico 5), como lo son los delitos sexuales, por ejemplo. Contrastado con la práctica, parece difícil sostener que en base a la sistematización nominal del Código Penal o de la clasificación de delitos según el bien jurídico protegido, sumado a la redacción del art. 455 CPP se deba, derechamente, sobreseer a quien presenta una enfermedad mental de relevancia, incurre en un ilícito que atente contra un bien jurídico de índole sexual de una persona con riesgo de reiteración. Por el contrario, se incluiría dentro del catálogo de delitos que se pronostica que el individuo pudiese cometer, figuras de escasa lesividad y relevancia, tales como el duelo (art. 404 CP y ss.), las calumnias (412 CP y ss.) y las injurias (416 CP y ss.).

- c) Una tercera interpretación sería entender la voz “*personas*” al alero del delito de amenazas del art. 296 CP, por cuanto, en su encabezado, el tipo penal hace referencia a amenazar a otro “*con causar a él mismo o a su familia, en su **persona**, honra o propiedad, un mal que constituya delito*”. En este orden de ideas, se distinguiría el objeto del delito que se prevé el enajenado mental pueda cometer, distinguiendo entre aquellos que afecten a la persona, a su honra o a su propiedad, de modo que, a *contrario sensu*, no habría cabida la peligrosidad que versa sobre atentados contra la honra y la propiedad. Sin embargo, el problema de la presente interpretación es que no reconoce, de manera expresa, qué bienes jurídicos o dimensiones de la persona son aquellos que se debe prever podrían ser afectados.
- d) Finalmente, la interpretación que a nuestro juicio aparece como la más adecuada es aquella que propone que con la palabra “*personas*” ha de considerarse aquellos bienes jurídicos denominados como “*personalísimos*”, es decir, inherentes a la vida humana y que, sin ellos, no es posible concebirla de manera digna. En ese orden de ideas, en materia penal, se habla de “*el núcleo duro*” de los bienes jurídicos, en consideración a que son elementos de la vida social de especial valor y protección. La conveniencia de la presente interpretación radica en que con ella se satisfacen los principios de

proporcionalidad y de intervención mínima, luego, quedan satisfechas las funciones y objetivos de las medidas de seguridad, ya sea desde una perspectiva de la corrección y de la del aseguramiento. Si bien, existe discusión sobre qué ha de entenderse por bienes jurídicos personalísimos, sobre todo producto de la confusión existente con los *derechos* personalísimos y de la personalidad desarrollados en materia civil, puede sostenerse que existe consenso respecto de considerar dentro de esta categoría bienes jurídicos como la vida, la integridad física, los diversos bienes jurídicos englobados en la sexualidad, la libertad y la seguridad personal.

## **IV. Criterios de determinación de peligrosidad.**



### **a. Introducción.**

Los “*criterios de determinación de peligrosidad*” son aquellos cánones, circunstancias y condiciones que han usado los tribunales de justicia en los casos analizados para determinar si se estaba o no en presencia de un sujeto peligroso y/o que, siéndolo, se es peligroso con mayor o menor intensidad.

Como se ha dicho anteriormente, los conceptos de “*peligrosidad*” y de “*antecedentes calificados que hagan presumir que el individuo atentará contra sí mismo o terceras personas*” son considerablemente amplios y difusos, en circunstancias en las que amerita preguntarse qué es ser peligroso o respecto de qué elementos deben dar cuenta los antecedentes calificados para determinar con certeza que un individuo puede atacar contra sí o contra terceras personas. En ese orden de ideas, el objetivo de la determinación y el estudio de los criterios anteriormente señalados es, precisamente, definir qué elementos están usando los tribunales para atribuir peligrosidad y si esos elementos se adecuan o no a la normativa vigente, el Derecho Penal y el Estado de Derecho, o si, por el contrario, son elementos provenientes de la estigmatización, el prejuicio y la arbitrariedad.

De los 96 casos analizados, se detectaron 35 criterios distintos, los cuales, fueron clasificados en 7 grupos: (i) criterios médicos, (ii) criterios jurídicos, (iii) criterios personales del individuo, (iv) criterios socio económicos, (v) criterios familiares, (vi) criterios asociados a la Macro Red de Psiquiatría Forense y (vii) criterios sin determinar. No obstante lo anterior, dadas sus características, muchos criterios pudieron ser considerados en dos o más grupos, de manera que por fines pedagógicos y de mayor facilidad en la explicación fueron asociados a uno u otro grupo.

Finalmente, cabe advertir se ha tratado de que cada criterio fuese dispuesto de manera neutral, es decir, sin mencionar que haya o no haya estado presente, haciendo referencia únicamente al tema y analizándolo, posteriormente, desde la perspectiva de su presencia, su ausencia y los efectos que cada hipótesis puede tener. Así, por ejemplo, un criterio como la “*red de apoyo social*” no es enunciado en base a la presencia o ausencia de dicho factor, sino que se menciona el elemento y su consideración positiva o negativa es desarrollada posteriormente.

**b. Criterios médicos.**

<b>Criterios médicos.</b>			
<b>Criterio.</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>	
<b>Tipo de enfermedad.</b>	82	85,4	
<b>Carácter “crónico” de la enfermedad.</b>	6	6,25	
<b>Enfermedad únicamente tratable mediante internación.</b>	5	5,2	
<b>Tratamiento.</b>	Inexistencia de tratamiento.	13	13,5
	Falta de adhesión al tratamiento.	26	27
	Tratamiento existente al momento de acaecidos los hechos.	7	7,3
	Tratamiento impuesto durante el procedimiento.	4	4,1
<b>Internación involuntaria previa (administrativa o judicial).</b>	7	7,3	
<b>Recomendación médica expresa.</b>	19	19,8	
<b>Conductas sexuales desviadas o impulsos sexualizados.</b>	2	2,1	
<b>Falta de conciencia respecto de la enfermedad.</b>	7	7,3	

**i. Tipo de enfermedad.**

El criterio referido al “*tipo de enfermedad*” es el criterio con mayor número de reiteraciones dentro de los 96 fallos usados para efectuar la presente investigación, llegando a un nivel de presencia del 85,4% del total.

Considerar la enfermedad para fines de determinación de peligrosidad parece ser algo de sentido común y de completa lógica. No solo lo señalan los casos comentados, sino que además la definición de peligrosidad de los profesores Horvitz y López así lo destacan<sup>95</sup>, en cuanto consideran que la peligrosidad “*debe establecerse de acuerdo a un juicio de pronóstico que determine la probabilidad concreta de que el individuo cometa determinados delitos en el futuro, como **consecuencia de su enfermedad** que determina su inimputabilidad*”, de manera que para los autores la enfermedad es concebida como causa de la peligrosidad criminal.

<sup>95</sup> Ver *supra*. III.b.i.

Sin embargo, y como en muchos otros ámbitos ocurre, aquello que en la realidad parece sensato, jurídicamente no siempre resulta serlo. En efecto, el art. 14.1 letra b) de la CDPD prohíbe expresamente que se imponga una privación de libertad usando como fundamento la discapacidad. Frente a esto, lo que usualmente se ha argumentado es que el fundamento de la imposición de medidas de seguridad no es la discapacidad en sí misma, sino que las características de dicha enfermedad y todo aquello que por cuanto pueda emanar de ella, lo que nos llevaría a distinguir entre dos tipos de razonamientos: aquellos que usan como fundamento para la determinación de peligrosidad únicamente a la enfermedad/discapacidad y aquellos casos en que se usa la enfermedad como una de las varias premisas que sustentan un argumento y de la resolución. Respecto de la primera hipótesis – usar como fundamento únicamente a la enfermedad/discapacidad –, evidentemente existiría una contravención al tenor literal de la convención, atentado que, en este caso, se materializaría en la afectación a la libertad y la seguridad de la persona – los arts. 14 Y 15 de la CDPD – y, además, a la igualdad ante la ley y la no discriminación, toda vez que por medio de la resolución se estaría restringiendo o privando el ejercicio de derechos a una persona en condición de mayor vulnerabilidad a propósito de una circunstancia personal, que no depende del individuo y que, además, en caso de no existir podría significar su libertad en cuanto a un sujeto en condición de “imputable” no se le sancionaría más o menos gravemente a propósito de su enfermedad.

Por otro lado, si la enfermedad es vinculada a otros criterios, sería posible entender que el fundamento no es la enfermedad, sino la personalidad, el contexto y las circunstancias del sujeto que asociadas entre sí hacen que su libertad desplegada en el medio libre sea riesgosa para sí o para terceros. A su vez, la mera consideración de la enfermedad como único criterio de peligrosidad haría innecesario el análisis de ésta, ya que bastaría tener un catálogo de “*enfermedades peligrosas*” y determinar que el sujeto que incurrió en un injusto padece una de dichas enfermedades para imponer de ese modo una medida de seguridad, toda vez que la peligrosidad estaría asociada a un estado mental enfermizo y, por tanto, ya habría sido zanjado. Incluso, es posible afirmar que en algún momento pasado el legislador tuvo en consideración dicho razonamiento, en cuanto la redacción del art. 688 del antiguo Código de Procedimiento Penal se disponía que “*se entenderá por enajenado mental cuya libertad constituye peligro, aquel que **como consecuencia de su enfermedad pueda atentar contra sí mismo o contra otras personas, según prognosis médico legal***”, es decir que, en la antigua legislación, y en contra de lo

dispuesto en la CDPD, se consideraba expresamente que la peligrosidad debía fundarse en la enfermedad y que, además, debía ser determinada en base a criterios médicos. Por el contrario, la actual redacción del art. 455 CPP no hace mención alguna a la enfermedad como criterio de determinación de peligrosidad y tampoco incluye la “*prognosis médico legal*” como criterio de fijación de existencia y medida de peligrosidad, es decir, si bien no se prohíbe considerar la enfermedad como fundamento, en la legislación nacional se le desconoce como única fuente expresa y se amplía la naturaleza de la concepción de peligrosidad a una que no sea únicamente clínica, lo que – sumado a la interpretación hecha sobre el contenido del art. 14.1 letra b) de la CDPD- debería ser entendido como la imposición del juez a que considere varios antecedentes distintos a aquellos que versen solo sobre la enfermedad y sus circunstancias.

Precisamente en este nivel es donde se tienden a confundir los requisitos de la imposición de medidas de seguridad: normalmente se ha entendido que las condiciones de procedencia de aplicación de las medidas de seguridad son la comisión de un “*hecho, típico y antijurídico, por un sujeto peligroso*”, sin embargo, se omite un requisito previo, y es que el sujeto sea “*enajenado mental*”, ya que en principio no es posible aplicar medidas de seguridad bajo dicho título<sup>96</sup> sin que el sujeto sea efectivamente una persona inimputable y, por tanto, exenta de responsabilidad penal del art. 10 nro. 1 CP. Así las cosas, calificar la enajenación mental como un elemento de la peligrosidad nos llevaría a considerar dicha circunstancia en dos niveles distintos de la estructura del ilícito y, por tanto, vulnerar el principio de prohibición de *non bis in ídem*. Dicho de otro modo, sería el símil a agravar la pena de un imputable porque su conducta es “*típica*”. En efecto, al igual que los arts. 7° y 490 CP y ss, el art. 455 CP es una norma de reenvío que, como técnica legislativa, es invocada para que en caso de que exista una circunstancia especial y determinada (cuasidelitos, ilícitos cometidos por enajenados mentales, etc.) que es aplicable o previsible en un número importante de tipos penales, no sea necesario tener que redactar un nuevo tipo penal para cada una de las hipótesis en las que es aplicable, bastando redactar una única norma que contemple las particularidades del caso, que sea accesoria al tipo penal y que contenga requisitos propios. En ese orden de ideas, la enajenación mental del sujeto encartado es requisito típico de la norma de reenvío del art.

---

<sup>96</sup> En efecto, consideramos que existen medidas de seguridad impuestas a título de “*penas*”, siendo que, en su naturaleza, corresponden a dicha clasificación.

455 CPP, obstando de esta forma a que dicha particularidad sea valorada nuevamente en una categoría diversa, tal como – por ejemplo – la determinación de peligrosidad.

Acorde a lo anteriormente expuesto, es interesante el razonamiento del TJOP de Chillán<sup>97</sup> por cuanto señala que *“no obstante lo precedentemente razonado, no está demás manifestar que con la prueba rendida tampoco se probó la peligrosidad de E.E.M.P., teniendo en consideración lo manifestado por el perito (...) quien si bien dio cuenta que el requerido es portador de esquizofrenia y una discapacidad cognitiva, que lo estima inimputable, y potencialmente peligroso, esto último, lo es desde la teoría, no del paciente en concreto”*. De esta manera, el tribunal razona con apego a las normas de la CDPD, por cuanto no presume que en abstracto pueden ser peligrosas lo sean también en concreto, entendiendo que considerar a una persona sin más por el solo hecho de padecer una enfermedad significaría discriminarla por su condición.

## **ii. Carácter crónico de la enfermedad y enfermedad únicamente tratable mediante internación.**

Si bien estos criterios pueden ser considerados dentro del primer criterio – *“Tipo de enfermedad”* -, consideramos que existen ciertas precisiones que ameritan sean tratadas por separado. En primer término, es dudoso que una enfermedad sea tratable únicamente y exclusivamente mediante la internación, dado que nos llevaría a cuestionar por qué la persona estaba en libertad al momento de la realización de la conducta típica y por qué no estaba internada o sujeta a tratamiento anteriormente, no a título de internación como medida de seguridad, sino que a título de internación administrativa o tratamiento voluntario ofrecido por alguna institución pública o privada. Si el sujeto no ha estado sometido a una intervención preventiva a propósito de su enfermedad y dicha enfermedad debe ser tratada solo por ese medio, cabe deducir que eventualmente habría una omisión por parte del Estado, de quienes tienen el deber de custodia y cuidado del sujeto enfermo o de aquellos que deban ejecutar la internación, circunstancia que tiene por efecto inmediato la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros a propósito del incumplimiento de obligaciones positivas. Paradójicamente, y aun dentro del caso en comento, la reacción del Derecho sería contra el ciudadano con discapacidad y no contra quienes cometieron inicialmente la omisión, lo que incluso podría cuestionarse desde la perspectiva de la imputación objetiva, ya que la creación del riesgo contrario a derecho no

---

<sup>97</sup> STJOP de Chillán, RIT 265-2016, considerando OCTAVO.

habría sido creado por la sola condición de su enfermedad, sino que por la conducta omisiva – culposa o dolosa – de quien detentaba un deber de cuidado hacia con el enajenado mental, de manera que le sería atribuible a él más que al enajenado mental respecto titular de una prestación médica. En segundo lugar, y bajo el supuesto de que la enfermedad efectivamente es solo tratable mediante la internación, cabría preguntarse si entonces el Sistema Penal es el llamado a tomar acciones frente a dicha circunstancia o si, por el contrario, lo son los sistemas de salud y previsión social quienes debiesen hacerlo, en el contexto en que la finalidad del tratamiento mismo no sea estrictamente preventivo especial y que, al mismo tiempo, el sujeto sea visto únicamente como un paciente, respecto de que hay que tomar medidas destinadas exclusivamente a su sanación, impidiendo de manera anticipada que producto de haber incurrido en ilícitos y haber estado sujeto a proceso se vea enfrentado sesgos de discriminación y estigmatización, viéndose involucrado en escenarios indeseados tales como el impedimento de ingreso a hogares protegidos o la internación en lugares destinados al cumplimiento de medidas de seguridad, lo que – según la distribución de centros a lo largo de nuestro país y las condiciones de las instalaciones – puede traducirse en obstaculizar los vínculos sociales y familiares que la persona enferma tenga.

Finalmente, y al igual que en el criterio “*tipo de enfermedad*”, una importante crítica que puede realizarse al criterio en comento es que en el caso en el que se le considerara como único criterio de peligrosidad no sería necesario discutir y demostrar la peligrosidad bajo la lógica de un proceso penal, ya que para la imposición de medidas de seguridad bastaría con la mera confección de una lista de enfermedades que sea necesario tratar bajo internación o que, en su defecto, tengan carácter crónico, para luego constatar que el sujeto que cometió una conducta ilícita se encuentra dentro de dicho catálogo.

### **iii. “Tratamiento”.**

Los criterios de determinación de peligrosidad relacionados a tratamientos alcanzan, en su conjunto, un total de 50 casos, equivalentes al 52% del total de 96 casos analizados. A su vez el criterio de tratamiento se subdividió en otros cuatro criterios:

1. **Inexistencia de tratamiento:** El presente criterio se basa en la hipótesis de que hasta el momento del juicio oral no existen antecedentes de que el imputado haya estado sujeto a algún tratamiento. Este criterio fue considerado como fundamento o aumento de la peligrosidad del sujeto en 13

ocasiones, equivalente al 13,5% del total de casos. A su vez, el criterio en comento fue usado para determinar qué tipo de medida de seguridad imponer, siendo determinante para definir que era necesario imponer una medida de seguridad, independiente cuál fuese esta. La inexistencia de tratamiento es, a su vez, asociada a otros criterios o circunstancias de relevancia tales como, por ejemplo, que la enfermedad se haya manifestado tardíamente o hace poco tiempo en relación a la comisión del ilícito, que el sujeto se encontraba privado de libertad al momento en el que contrajo o manifestó síntomas/efectos de la enfermedad, carencia de medios económicos, falta de red de apoyo social, consumo de drogas y alcohol, entre otros. Ahora bien, la relación que se hace con otros criterios o con otras circunstancias hace que el trato que se le puede otorgar al sujeto enajenado mental que nunca ha sido sujeto a tratamiento sea no siempre adverso y perjudicial para él en cuanto a su determinación y cuantificación de peligrosidad, dado que puede atenuarse o moderarse cuando a la carencia de tratamiento se le asignan otros criterios de manera positiva como, por ejemplo, la presencia de una fuerte red de apoyo social podría, eventualmente, considerar que el sujeto puede cumplir una medida de seguridad en el medio libre o que, por su defecto, el individuo ni siquiera es peligroso y el ilícito que se le imputa pasó a ser solo un hecho aislado que muy difícilmente pueda reiterarse; de la misma manera puede ser entendida el consumo de drogas y alcohol, si el individuo no presenta dicho comportamiento o puede dar garantías de tratamiento voluntario sumado a un programa de rehabilitación del consumo de estupefacientes. En esa hipótesis, la libertad del individuo no viene aparejada con una prognosis de conducta delictual. Dicho de otro modo: el sujeto puede presentar una completa ausencia de tratamiento y, sin embargo, no ser peligroso o serlo en baja

intensidad, dando cuenta entonces de la mera necesidad de un tratamiento médico, sin que deba ser impuesto necesariamente de manera coercitiva o en base a la privación de derechos, de forma que si el sujeto mismo, su familia y/o su red de apoyo social dan cuenta de la posibilidad de optar a un tratamiento en el medio libre, luego, se debería preferir dicha posibilidad antes que la imposición de una medida de seguridad, en cuanto el fin de la medida queda satisfecho con la incorporación un tratamiento psiquiátrico. Finalmente, cabe llamar la atención respecto de un caso que se puede dar en materia indígena. Cómo se señaló anteriormente (*supra II.c.ii.*) nuestro Estado reconoce la existencia de tratamientos y de maneras diversas de poder dar atención médica a la medicina tradicional, en cuanto sujetos pertenecientes a Pueblos Originarios puede ser usuario y paciente de formas de tratamiento tradicionales de su etnia y cultura, luego, y según lo ya referido en la materia, la presencia de dichos tratamientos debe ser siempre considerada por el tribunal como un tratamiento que se está desarrollando, de modo tal que el tribunal no debería considerar que no existe tratamiento médico cuando el que ha habido es la propia de un Pueblo Originario y, sin embargo, no existe un tratamiento médico “occidental” y/o “tradicional”. De la misma manera, si existe la posibilidad de un tratamiento efectivo en el medio libre, los jueces no deberían distinguir si dicho tratamiento es propio de una comunidad indígena o propio de la medicina tradicional.

2. **Falta de adhesión al tratamiento:** Este criterio presentó un total de 26 apariciones en las sentencias analizadas, alcanzando un 27% de reiteraciones. A diferencia del criterio anterior, la falta de adhesión al tratamiento es una circunstancia más compleja para los intereses de la defensa que la existencia o la inexistencia de éste. En efecto, la falta de adhesión a un tratamiento supone que existió uno y que,



por diversas circunstancias, el sujeto dejó de asistir o someterse a él. De este modo, los escenarios posibles que dicen relación con el presente criterio son que (1) el tratamiento al que estaba sujeto el individuo no era el indicado por ser insuficiente para su estado y, por tanto, no tuvo apego a él (calidad del tratamiento adecuada, pero intensidad inadecuada), (2) que el tratamiento el sujeto tuvo no un tratamiento médico coherente con su enfermedad y, por tanto, no tuvo apego a él (calidad inadecuada), (3) que el sujeto tenía un tratamiento médico coherente con su enfermedad en cuanto a tipo e intensidad y, sin embargo, no siguió con el tratamiento o lo hizo de manera ineficiente. Respecto del primer y el segundo escenario, sería apropiado y preferir modificar el tratamiento para considerar satisfechos los fines de la medida de seguridad, ya que el sujeto ya habría mostrado apego y adhesión al tratamiento pero, por razones ajenas a él, éste no le ha hecho efectos, por lo que se hace recomendable estudiar las particularidades del tratamiento al que fue sometido el individuo. Respecto del tercer escenario, sería necesario determinar si la adhesión al tratamiento debe efectuarse necesariamente bajo condiciones de privación o restricción de libertad, o si, por el contrario, existe la posibilidad de precisar el tratamiento estando en el medio libre.

- 3. Tratamiento existente al momento de los hechos.** Al respecto, es necesario verificar la existencia del tratamiento y, posteriormente, definir si éste se adecúa en calidad y/o intensidad a fin de definir si es necesario precisar el tratamiento en el medio libre o si es necesario imponer uno con mayor intensidad que, eventualmente, pueda traducirse en una privación o restricción de derechos. Al igual que lo señalado anteriormente (*supra. II.g.i.*), precisar los pormenores de un tratamiento que ya se impone supone que el sujeto tiene apego y adhesión a dicho tratamiento, de

modo que el siguiente paso consiste en que el tribunal defina si es necesario mantener dicho tratamiento o readecuarlo según la condición actual de sujeto inimputable.<sup>98</sup>.

**4. Tratamiento impuesto durante el procedimiento.** El presente criterio es el que muestra menor número de reiteraciones dentro del criterio de “tratamiento” en general, presentando solo un 4,1% de presencias dentro de la muestra abordada. La baja reiteración en la aplicación de este criterio llama la atención, por cuanto en la mayoría de los casos había existido privación de libertad por más de 6 meses<sup>99</sup>, de manera que es posible considerar que en la mayoría de los casos existió un tratamiento impuesto con ocasión del procedimiento por medio de una internación provisional y que, a pesar de dichas circunstancias, el sujeto no se encuentra lo suficientemente compensado como para poder llevar, según perspectiva clínica, una vida en el medio libre. Dicho de otra manera, el tratamiento médico no ha surtido efectos y, por tanto, la medida de seguridad debe ser impuesta hasta que el tratamiento los surta efectivamente (art. 481 CPP) o, lamentablemente, la medida de seguridad se presentará como mera medida de aseguramiento destinada a apartar al individuo de la vida en sociedad por razones de protección a ésta.

---

<sup>98</sup> En este sentido, destaca lo razonado por el TJOP de Concepción en RIT 544-2013 considerando undécimo, por cuanto considera que *“se colige que la peligrosidad del requerido está dada tanto por el riesgo de que éste abandone el tratamiento farmacológico que lo mantiene compensado, como por un eventual reinicio en el consumo de drogas e inhalantes. De todos los antecedentes médicos que se han venido consignando, queda la impresión de que en cualquier momento y por cualquier circunstancia que ocurra en un medio no protegido ni controlado, O.M. podría abandonar su tratamiento medicamentoso y volver a consumir pasta base de cocaína u otras sustancias inhalantes. Es fácil predecir el nuevo escenario: se acentuarían los trastornos de personalidad antisocial; la drogodependencia lo llevaría a transgredir normas y derechos de terceros para satisfacer la necesidad imperiosa y compulsiva de consumir drogas; la no satisfacción inmediata de sus necesidades lo volvería un sujeto de actuar impredecible, primando una conciencia alterada e impulsiva, por sobre la medición de las consecuencias, lo cual puede llevarlo nuevamente a realizar conductas peligrosas hacia su persona y hacia terceros”*.

<sup>99</sup> Ver Tabla 4.

#### **iv. “Internación involuntaria previa (administrativa o judicial)”.**

Los casos en los que la internación previa fue considerada como criterio fundacional y medidor de peligrosidad equivale al 7,3%, es decir, 7 de 96 casos en los que se le consideró.

El fundamento de su aplicación como criterio es que el sujeto haya tenido alguna internación en algún centro psiquiátrico contra su voluntad o sin ella y que, a pesar de dicha circunstancia, el sujeto ha igualmente delinquido. Si bien el fundamento puede radicar en que el sujeto no tuvo continuidad con el programa una vez impuesto, también se suma la posibilidad de que el individuo no pueda ser contenido por medios clínicos, lo que colocaría a la imposición de medidas de seguridad como una hipótesis de medida de aseguramiento, que más que fines médicos o integrativos a la sociedad tiene como objetivo el mero aislamiento del sujeto, con el correlato de supresión de un foco de peligro. Bajo esta lógica, si la misma conducta del sujeto ha derivado en la comisión de ilícitos a pesar de la aplicación de internaciones, es debido a que el fundamento médico no ha cumplido su objetivo y, por tanto, es necesario separar al individuo del sistema a fin de que no amenace ni lesiones bienes jurídicos.

Este criterio puede ser perfectamente asociado a los criterios médicos anteriormente tratados y, por tanto, le son atribuibles todos los comentarios realizados respecto de éstas.

#### **v. “Recomendación médica expresa”.**

La recomendación médica es un criterio fuertemente cuestionable, a pesar del reconocimiento que tiene en la jurisprudencia, apareciendo en un 19,8% del total de casos analizados.

En primer término, cabe recordar la derogación de la exclusividad de criterios médicos en la normativa que regula la imposición de medidas de seguridad en la nueva legislación procesal, de modo que la recomendación médica no es admisible como prueba única, sino que debe estar acompañada con otros antecedentes de diversa naturaleza (*supra. IV.b.i.*). En segundo lugar, es dable cuestionar bajo qué condiciones y requerimientos un médico recomienda una internación. En efecto, si el médico psiquiatra comparece a un tribunal es para que, en la mayoría de los casos, declare como perito respecto del informe pericial que redactó, luego, habría que determinar cuál es el objeto de la pericia que efectuó y si sus conclusiones se suscriben a determinado objeto. En la totalidad de los

casos analizados existió al menos un perito médico psiquiatra que prestó declaración en juicio oral respecto del estudio y el informe que realizó, señalando que dicho informe tenía por objetos (i) determinar la imputabilidad del sujeto y, en caso de ser inimputable por enajenación mental, (ii) definir si el individuo es peligroso para sí o para terceras personas; sin embargo, no se identificaron casos en los que se haya hecho presente que la pregunta psico-legal de la pericia se haya extendido a la necesidad de tratamientos o la petición de recomendaciones, presenciándose que, igualmente, los peritos hicieran su recomendación.

Así las cosas, si la solicitud de redacción del informe pericial incluyera dentro de sus preguntas psico-legales la “*recomendación de internación*” y, en caso de que efectivamente se recomendara la medida de seguridad, dicha recomendación debería sustentarse en la estructura metodológica de una pericia, acompañada de los fundamentos y las premisas que se tuvieron en consideración para arribar a una conclusión positiva o negativa, de lo contrario, el perito declararía respecto de información impertinente, no contenida en su pericia y que tampoco fue obtenida en base a razonamientos coherentes a su ciencia y arte que, por lo demás, hayan sido susceptibles de conocimiento y control por parte de los intervinientes.

No obstante, lo anterior es afirmado reconociendo la posibilidad de incluir medios de prueba o antecedentes que digan relación con recomendaciones respecto de imposición de medidas de seguridad ya que, y sin perjuicio de lo que se ha sostenido, consideramos que la recomendación de la imposición o no imposición de medidas de seguridad por parte de un médico puede ser un antecedente de especial utilidad en el proceso penal. En primer lugar, ya se trataron en el presente informe las razones por las que sería recomendable contar con la declaración del equipo médico que ha tratado al sujeto con anterioridad al procedimiento o durante este, a fin de tener consideraciones actualizadas de la situación del imputado. En segundo lugar, es dable reconocer que el sistema no es ajeno a este tipo de consideraciones al momento de determinar la aplicación de una reacción penal, en efecto, las consideraciones del art. 398 CPP, el art. 41 de la LRPA y los denominados “requisitos subjetivos”<sup>100</sup> de la aplicación de penas sustitutivas podrían ser entendidas como reconocimientos de procedencia de este tipo de recomendaciones,

---

<sup>100</sup> Ley 18.216, arts. 4° letra c), 8° letra c), 11° letra B) y 15 nro. 2.

sobre todo dada la naturaleza preventivo especial de dichas normas<sup>101</sup> y aun con mayor razón si se trata de los profesionales que impartirán y ejecutarán las medidas de seguridad por medio de tratamiento.

**vi. “Conductas sexuales desviadas o impulsos sexualizados”.**

En primer término, consideramos que al igual que la peligrosidad misma, las “*conductas sexuales desviadas*” o los “*impulsos sexualizados*” deben ser siempre analizados desde una perspectiva delictual, es decir, relativa al despliegue de conductas constitutivas de delitos y de actividades sexuales que transgredan bienes jurídicos, de lo contrario, el razonamiento de peligrosidad podría contaminarse de criterios morales o éticos distintos al Derecho, adelantando sus fronteras a otras esferas ajenas al derecho penal, valorando fetiches, comportamientos bizarros o tendencias desagradables para la mayoría de la población o para el juzgador, pero que sin embargo no alteran la convivencia social y mucho menos la ponen en peligro. En segundo lugar, si bien el criterio puede ser manifiestamente pertinente e, incluso, determinante en el análisis de peligrosidad propósito de un caso en el que los hechos imputados son constitutivos de delitos sexuales, una situación diversa podría producirse cuando este criterio se hace presente en un juicio motivado por hechos constitutivos de delitos que no tengan características sexuales. Por ejemplo, hechos que por el Ministerio Público son constitutivos del delito de robo en lugar no habitado del art. 442 CP y, en los informes periciales, en las declaraciones de peritos e, incluso, en base a otros antecedentes, se da cuenta de que el imputado tiende a realizar “*conductas sexuales desviadas*” o padece “*impulsos sexualizados*”. Al respecto, una interpretación literal del tenor de la ley da a entender que no es relevante la existencia de un vínculo entre el bien jurídico afectado y aquel que se presume pudiese serlo, bastándole al legislador que exista la posibilidad de atentar contra sí mismo o contra terceras personas, dando cabida incluso a interpretaciones más abiertas que la de referencia a peligrosidad carácter criminal. Como ya se señaló (*supra* II.d.iv) lo anteriormente dicho no es baladí, toda vez que a propósito de la comisión de delitos de baja entidad y de escasa relevancia social podrían aplicarse medidas de seguridad por meras “*desconfianzas*”, “*suspicias*” o “*temores*” en contra de un individuo que aún no da señales concretas respecto de aquello sobre lo que efectivamente mostró ser peligroso. La peligrosidad “*post delictual*” como requisito de la imposición de medidas de seguridad contra inimputables se transformaría en un mero

---

<sup>101</sup> Ver RAMOS, César y otros, “Penas Sustitutivas de la Ley 18.216”, Defensoría Penal Pública, Departamento de estudios. 2014. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/8718.pdf>

discurso formal, donde lo que en realidad subyacería sería la expectación paciente y tramposa de que el enajenado mental del que se desconfía cometa el más mínimo error o delito, a fin de poder privarlo de su libertad y excluirlo del medio libre.

**vii. “Falta de conciencia respecto de la enfermedad”.**

El presente criterio puede ser directamente relacionado con el criterio de “*tratamiento*”, en cuanto una falta de conciencia respecto de la enfermedad impide al sujeto a disponerse dentro de un proceso de sanación o atenuación de la enfermedad, lo que justificaría la valoración *peligrosista* hecha por los tribunales a su respecto. Sin perjuicio de lo anterior, no se satisface en ser visto como un mero obstáculo al tratamiento de la enfermedad, sino que también ha sido considerada de manera negativa en cuanto la persona que no tiene conciencia sobre una enfermedad mental que padece tendría mayores dificultades o impedimentos para poder distinguir entre acontecimientos ocurridos en la realidad o aquellos que aparecen producto de su enfermedad, así como tampoco podrá controlar sus impulsos frente a estos, circunstancia que haría presumir que es una persona susceptible de no tener control alguno de su conducta.

### c. Criterios jurídicos.

Criterios jurídicos.		
Criterio.	N°	%
Gravedad del delito imputado.	14	14,6
Cantidad de delitos imputados.	1	1
Existencia de anotaciones pretéritas en el extracto de filiación y antecedentes.	16	16,6
Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes en el caso concreto.	14	14,6

#### i. “Cantidad de delitos imputados” y “gravedad de ellos”.

Como se anticipó, los presentes criterios pueden ser entendidos desde diversas perspectivas dentro de la sistematización de la imposición de medidas de seguridad (*supra. II.d.i y III.c.*): En primer lugar, como interpretación de la frase “*gravedad del caso*” del art. 457 del CPP - y determinación del tipo de medida de seguridad que se impondrá -, en segundo lugar, como criterio para determinar el tiempo de la medida de seguridad, art. 481 del CPP – y determinar el quantum máximo de la medida de seguridad -, como criterio de determinación del art. 482 del CPP – y determinar la sustitución de la pena – o, finalmente, como criterio integrante de la peligrosidad. Independiente de la ubicación sistemática o de la función que se le otorgue, el hecho de otorgarle una función reiterativa dentro de un caso concreto puede traducirse en la vulneración al principio de prohibición de *non bis in ídem*, entendiendo que se estaría considerando la misma circunstancia para fundar la imposición del delito y, además, el rol asumido en alguna de las interpretaciones ya mencionadas. Si se permite la analogía, considerar la gravedad de los hechos como fundamento de peligrosidad sería el equivalente a imponer una pena y agravar su extensión en virtud de lo dispuesto en el art. 69 CP, entendiendo por “*extensión del mal causado*” la “*gravedad del delito*”, en circunstancias en las que dicha gravedad ya está contemplada dentro del marco abstracto de la pena previsto en la ley, o bien, por ejemplo, hacerse de lo dispuesto por mencionado artículo para aumentar la pena en concreto argumentando que “*el delito tiene pena de crimen*”.

De este modo y respecto de la peligrosidad, la gravedad del caso puede fundarla – hecho grave equivale a que el sujeto es peligroso – o servir para medirla – el sujeto es peligroso

por este mismo criterio o por otro diverso y la gravedad del hecho lo hace más o menos peligroso<sup>102</sup>-.

Ahora bien, omitiendo si en la especie se da o no un caso de vulneración a la prohibición de *non bis in ídem*, en el caso de que consideraciones propias del delito sean usadas para fundarlo y, además, para medir la cuantía temporal y de la calidad de las medidas de seguridad, es posible considerar que procesalmente el criterio en cuestión fijaría el sentido sobre el que deben versar los antecedentes que se pronuncian sobre peligrosidad. En efecto, si consideramos que el ilícito atribuido al sujeto enajenado mental *objetiva*<sup>103</sup> la peligrosidad del sujeto, es necesario, por tanto, determinar los alcances de dicha *objetivación*, en el sentido de si funda la medida de seguridad en caso de que sea procedente imponerla y si, además, tiene otra repercusión dentro de la determinación de la peligrosidad como las que ya se mencionaron en el párrafo anterior u, otras, como la determinación de la pertinencia temática de los antecedentes que versarán sobre la posibilidad de reiteración delictiva, tales como, por ejemplo, el caso ya analizado de antecedentes que versan sobre posible atentado a determinados bienes jurídicos diversos de aquel imputado en el ilícito que se juzga. Dicho de otro modo: si asumimos que el delito es fundamento, criterio determinante de la imposición de la medida de seguridad y barómetro de la peligrosidad, dentro de dichas funciones, debería considerarse – además - la posibilidad de que fije respecto de qué es peligroso, de que determine respecto de qué bien jurídico recae la peligrosidad. La *objetivación* de la peligrosidad por medio de la comisión de un delito se traduciría en definir respecto de qué es peligroso y sobre qué se debe probar, situación equivalente a la construcción argumentativa de la presunta legitimidad de la reincidencia específica, por cuanto la reiteración pretérita de conductas traería aparejados riesgos futuros para el mismo bien jurídico<sup>104</sup>.

Al respecto, destacamos lo citado y considerado por el TJOP de la Serena, en cuanto con claridad refiere que *“la medida de seguridad no es retributiva como la pena; se fundamenta en la peligrosidad y no en la importancia del bien lesionado. Atiende más*

---

<sup>102</sup> En este sentido, STJOP de Viña del Mar, RIT 85-2014, considerando DÉCIMO CUARTO, “Por otro lado, para medir la peligrosidad de una persona, no es necesario que se haya probado que ha causado algún “daño mensurable” como arguyó el defensor, basta que se haya manifestado, como en este caso, en la comisión de un hecho que el tribunal califica de grave, el acercar a la cara de una persona un cuchillo, amenazándola de usarlo si no entregaba la cartera que portaba”.

<sup>103</sup> JAKOBS, Günther. “Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y teorías de investigación)” trad. J.Cuello C. yj. L. Serrano G., Madrid, Marcial Pons, 1995. P. 38 – 41.

<sup>104</sup> CURY (2009), 504 y ss.



*a lo que la persona es que a lo que ha hecho. Basándose la medida de seguridad en una condición personal del individuo ha de ser indeterminada, pues su duración depende del efecto educativo y curativo que haya experimentado aquel a quien se impone. Las enfermedades, y con mayor razón las psíquicas, no admiten plazos fijos de curación; la terapéutica se enfrenta con imponderables etiológicos; de ahí el carácter condicionado de la prognosis médica. La medida de seguridad supone tratamientos diversos; la pena uno solo” (libro Psiquiatría forense en el derecho penal, página 168)<sup>105</sup>.*

**ii. “Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes en el caso concreto”<sup>106</sup>.**

El primer argumento para oponerse a la consideración de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (CMRP) radica, justamente, en su nombre: parece imposible modificar la responsabilidad penal en aquellos que están exentos de ella. En segundo lugar, según parte de la doctrina<sup>107</sup>, la mayoría de las CMRP tienen su fundamento en la mayor/menor *exigibilidad* que tienen determinadas conductas, vinculándolo, por tanto, con una de las categorías de la culpabilidad. En este sentido, la consideración de ciertas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal sería infructuoso, en cuanto la inimputabilidad extingue la culpabilidad y, con ella, sería impropcedente e innecesario determinar la exigibilidad de otra conducta, debido a la relación jerárquica y subordinada que existen en los elementos de la estructura de la culpabilidad <sup>108</sup>, en la que el análisis de la exigibilidad de otra conducta supone la existencia de imputabilidad, de manera que si no es posible afirmar la imputabilidad, se presume que no hay exigibilidad y, por tanto, tampoco análisis de CMRP.

Al respecto, es ilustrativo el razonamiento expuesto por el TJOP de La Serena en la sentencia definitiva de la causa RIT 189-2006, de 31 de marzo de 2007, dispone que “*no procede considerar la existencia o concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, precisamente por que el sujeto del juicio se encuentra exento de dicha responsabilidad y el objeto de este procedimiento no es determinar si éste ha tenido participación culpable en un ilícito, sino la existencia de un hecho constitutivo de delito, la participación material que en él haya tenido el enajenado mental y hasta qué punto o*

---

<sup>105</sup> TJOP La Serena, RIT 272-2015, considerando 12.

<sup>106</sup> Relacionar con lo dicho más abajo en “existencia de anotaciones pretéritas en el extracto de filiación” y en “existencia de episodios violentos pretéritos”, *infra*. IV.c.iii. e *infra*. IV.d.i.

<sup>107</sup> CURY Urzúa, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. Novena Edición. Ediciones UC. 2009. Pág. 476-495.

<sup>108</sup> *Ibid.* Ídem. P. 406.

*medida la peligrosidad para sí mismo o para terceros justifica que se establezca una medida de seguridad a su respecto y por cuanto tiempo, teniendo como límite la extensión de la pena señalada por la ley al delito. Habiéndose determinado que se trata de un inimputable, cuestión que aparece como un dato en el juicio ya que dicha calidad fue determinada por el juez de garantía durante la etapa de investigación, sólo resta en el juicio acreditar la existencia del hecho constitutivo de delito y la participación material que en él se le atribuye, así como la peligrosidad que justifique que a su respecto se establezca una medida de seguridad. Ajenos a este procedimiento están la determinación de responsabilidad culpable, con dolo o culpa, y la de una pena privativa de libertad o de otros derechos como consecuencia jurídica de la responsabilidad penal que se establezca, apareciendo la sanción sólo como una referencia temporal para determinar la duración de la medida de seguridad que en definitiva se imponga. (...) **Todo ello sin perjuicio de que las circunstancias personales del sujeto o aquellas fácticas que concurrieron en los hechos y que en apariencia podrían configurar una u otra circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, puedan ser considerados como elementos que determinan una mayor o menor peligrosidad del sujeto para sí mismo o terceros e influyan de ese modo en la duración temporal de la medida de seguridad que se aplique.***

iii. **“Existencia de anotaciones pretéritas en el extracto de filiación y antecedentes”.**

En el presente caso, es necesario realizar una distinción a partir de las situaciones relacionadas con la aplicación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (CMRP) y, en caso de que se considere procedente la aplicación de CMRP, corresponde volver a distinguir entre casos respecto de sujetos que no tienen anotaciones pretéritas en su extracto de filiación para efectos de considerarles irreprochable conducta anterior, con aquellos casos en los que las anotaciones pretéritas se usan para invocar reincidencia.

Respecto de determinar si la inexistencia de anotaciones pretéritas en el extracto de filiación puede ser usada como atenuante del art. 11 N° 6 CP, por definición, es posible argumentar que la conducta realizada por un inimputable es siempre irreprochable mientras haya detentado dicha condición, es decir que todas las conductas efectuadas dentro del periodo en el que existió alguna enfermedad mental son irreprochables y diversas de aquellas realizadas mientras se es imputable. Al respecto, si se considera que

la culpabilidad es la *reprochabilidad de una conducta producto de que en el caso concreto el sujeto pudo ordenar su comportamiento conforme a derecho y, aun así, no lo hizo*, luego, cualquier causal que extinga la culpabilidad, extingue también la reprochabilidad de la conducta que se analiza bajo dicha causal, es decir, la conducta desplegada por un enajenado mental es irreprochable en cuanto inculpable, por tanto, toda conducta que se haga en un estado inimputable es una conducta que no susceptible de culpabilidad y, por tanto, irreprochable. De este modo, si una persona ha sido enajenada mental durante toda su vida, todas sus conductas serán siempre irreprochables.

En caso de que las anotaciones pretéritas quieran ser usadas como antecedentes para invocar reincidencia, consideramos que no se le debería considerar ni mucho menos aplicar para efectos de reincidencia, entendiendo que si no se le puede hacer responsable a una persona por sus actos realizados como enajenado mental, menos puede otorgársele responsabilidad respecto de aquello que él hizo mientras – aparentemente – era imputable, entendiendo que no existe juicio de valoración de comportamiento en la conducta que se juzga, debiendo ser considerada desligada y desvinculada de aquellas conductas que si eran y fueron sujetas a valoración de reproche. Por otro lado, la peligrosidad del sujeto debe ser determinada y medida según su necesidad al momento de juzgamiento, de forma tal que lo importante no es *“lo que el sujeto hizo”*, si no, más bien *“cómo el sujeto está”* respecto de su condición de salud y *“qué delitos puede cometer”* en cuanto inimputable.

Sin perjuicio de lo anterior, la inexistencia de episodios delictuales en la vida del inimputable o, en nuestro medio, la *“irreprochable conducta anterior”* del encartado debe ser enfáticamente advertido por el defensor a fin de que el sentenciador tenga una especial consideración de dicha circunstancia al momento de decidir la aplicación de una medida de seguridad. En efecto, y según la doctrina, *“todas las medidas de seguridad deben compensar una deficiencia habitual del autor, y por ello no sirven para aquel cuyo hecho se puede aclarar por motivos situacionales, como sucede especialmente en los casos de inculpabilidad (...) o también en el desistimiento. Si coincide una deficiencia habitual (p.ej. una enfermedad mental) con un motivo aclaratorio situacional (p. ej. Con un estado pasional) está descartado aplicar una medida de seguridad mientras que el motivo situacional co-determine el hecho, aun cuando sea de manera insignificante”*<sup>109</sup>. De este

---

<sup>109</sup> El autor citado hace referencia al § 17 del StGB Alemán, articulado cuyo contenido dispone lo relativo al error de prohibición, de este modo, JAKOBS hace referencia expresa a los casos en los que un sujeto se

modo, el sujeto respecto del que no existen anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes, o bien, no existen antecedentes de conductas ilícitas pretéritas, ha de verse en posición de no ser considerado peligroso, por cuanto no existe habitualidad delictiva en su comportamiento o, en su defecto, se encontraba en situaciones de *error de prohibición, imposibilidad de actuar conforme a Derecho o inexigibilidad de otra conducta*. Lo aquí dicho es también aplicable al criterio de “*existencia de episodios violentos pretéritos*” (*infra. IV.d.i*).

---

habría eximido de responsabilidad penal a propósito de causales de exculpación diversas a la inimputabilidad.

#### d. Criterios personales del individuo.

Criterios personales.		
Criterio.	N°	%
Existencia de episodios violentos pretéritos.	20	20,8
Consumo de drogas y/o alcohol.	16	16,6
Intentos, señales y/o advertencias de suicidio y/o autolesión.	13	13,5
Higiene personal.	2	2,1
Capacidad para valerse por sí mismo	10	10,4
Situación de calle, mendicidad y/o indigencia. Características marginales y/o antisociales.	9	9,5
Capacidad de establecer relaciones personales.	5	5,2
Capacidad de comunicarse.	1	1
Actitud durante el juicio.	1	1
Diferencia idiomática.	1	1
Coficiente intelectual.	4	4,1

#### i. “Existencia de episodios violentos pretéritos” e “intentos, señales y/o advertencias de suicidio y/o autolesión”<sup>110</sup>.

En el presente criterio se entendió por “*episodios violentos*” aquellos actos de violencia física que el individuo haya protagonizado a propósito de su enfermedad, descartando otros tipos de violencia, tales como la violencia psicológica o moral. Habiendo aclarado lo anterior, se detectaron 20 casos en los que el criterio en comento estuvo presente, alcanzando un 20,8% del total de sentencias analizadas. Por su parte, el criterio de “*intentos, señales y/o advertencias de suicidio y/o autolesión*” estuvo presente en 13 de los 96 casos estudiados, alcanzando 13,5 puntos porcentuales respecto del total.

Desde ya, es posible afirmar que las consideraciones “*peligrosistas*” respecto de individuos que presentan personalidades o actos violentos pretéritos son una circunstancia que se presenta no solo respecto de inimputables, sino que también a propósito de imputables. En efecto, la legislación nacional contempla medidas cautelares, penas sustitutivas y penas de carácter primordialmente accesorio que dicen relación con

<sup>110</sup> Relacionar con lo anteriormente dicho en *supra*. IV.c.iii.

reducir los actos de violencia por medio de tratamientos para el control de impulsos. Ejemplos de lo anteriormente señalado son la letra d) del art. 9° de la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar, letra e) del art. 17 ter de la Ley 18.216, el art. 403 sexies del Código Penal, entre otros. Si bien los casos señalados se tratan, en su mayoría, de penas accesorias o sustitutivas, el sustrato de dichas reacciones al ilícito es primordialmente preventivo especial, además de tener sustento en base a la prognosis de conducta del sujeto más que con aquellos actos por los que se le juzgó e impuso una sanción<sup>111</sup>. Dicho lo anterior, es posible afirmar que, tanto para personas imputables como para aquellas que no lo son, la prevención de las conductas determinadas y concretas como manifestación de personalidades violentas es y ha sido una preocupación del legislador, razón por la que – aparentemente – se legitimaría la utilización del presente criterio en la determinación de peligrosidad de personas enajenadas mentales. Sin embargo, desde ya puede advertirse diferencias en la aplicación del criterio a nivel legislativo que instan a colocar en tela de juicio la redacción de leyes que versen en ese sentido, especialmente si se toma como punto de partida la garantía de igualdad en y ante la ley. Por ejemplo, para efectos de la imposición de tratamientos de control de impulsos y programas contra la violencia a título de pena accesoria, el juez necesita hacerse de medios de prueba y no de meros “*antecedentes calificados*” para fundar su decisión; luego, al tratarse de sujetos imputables, la determinación de conductas violentas es procedente solo respecto de determinados delitos (delitos perpetrados en contexto de violencia intrafamiliar, determinados delitos sexuales, delitos sancionados con penas sancionadas con presidio menor en grado máximo, etc.), mientras que, en el caso de los inimputables, aparentemente no existirían casos determinados de aplicación, bastaría la mera constatación de un hecho típico y antijurídico para, luego, hacer uso del criterio aquí analizado para determinar la imposición de alguna reacción penal.

Ahora bien, sin perjuicio de las apreciaciones hechas en el párrafo anterior, el uso del criterio en cuestión se presenta como una herramienta potencialmente adecuada. En efecto, los episodios de violencia física pretérita son precedentes idóneos para la determinación de una personalidad “*violenta*”, que pueda reiterar actos violentos que, a su vez, puedan ser calificadas como atentatorias contra las personas, en ese sentido, cuadra

---

<sup>111</sup> Al respecto, muy ajustado y pormenorizado es el análisis de ZIFFER, “Medidas de seguridad”, p. 135 y ss. En él, se hace un estudio a las objeciones hechas en contra de la utilización de consideraciones peligrosistas y su intrínseca necesidad al momento de implementar reacciones asociadas a fines de prevención especial en la legislación, sean estas penas o medidas de seguridad.

el criterio de manera satisfactoria con el requisito del art. 455 CPP, relativo a la existencia de referencias que digan relación con atentado contra terceras personas.

Afirmaciones similares a las realizadas con anterioridad pueden efectuarse a propósito del criterio “*intentos, señales y/o advertencias de suicidio y/o autolesión*”. En efecto, actos tendientes al suicidio o a la auto-lesión son los más idóneos para determinar que el sujeto “*puede atentar contra sí mismo*”, siendo incluso mucho más adecuados que una mera prognosis clínica o la situación socio económica del individuo. Incluso, pareciera que respecto de los atentados contra la propia integridad física y/o la vida misma, no existiese un antecedente “*más calificado*” como para definir la aplicación de una medida de seguridad que resguarde el bienestar del encartado.

Sin perjuicio de lo hasta ahora señalado, cabe precisar que es siempre discutible que los episodios violentos valorados como elementos indiciarios de peligrosidad sean constitutivos de delito para poder ser considerados como presupuestos de una personalidad peligrosa. Si bien, una interpretación más restringida pudiese dar una respuesta afirmativa al respecto, el hecho de que los fines de las medidas de seguridad sean preventivos y, por tanto, tiendan a anteponerse a la comisión de delitos a fin de evitar su reiteración, dan a entender que podría considerarse cualquier tipo de conductas violentas que pudiesen decantar en una conducta constitutiva de delito. Del mismo modo, es dable reconocer que la redacción del art. 455 CPP incluye la posibilidad de evaluar elementos que generen presunciones a partir de antecedentes que no digan relación con la comisión de figuras delictivas, siendo el caso del atentado “*contra sí mismo*” el mejor ejemplo, en cuanto que la ley penal no contempla sanciones para conductas como el suicidio o las autolesiones.

## ii. “Consumo de drogas y/o alcohol”.

A diferencia de la consideración que anteriormente se hizo sobre la materia (*supra* //f.), la presente estadística no considera los casos en los que se detectó la presencia de consumo o abuso de droga o alcohol, sino que se cuantificó aquellos casos en los que dicha circunstancia era detectada y, además, considerada como elemento constitutivo de peligrosidad. En ese orden de ideas, los tribunales de justicia vinculaban dicha circunstancia a diversas hipótesis que, a su criterio, podían decantar en la comisión de ilícitos, por ejemplo, concibiendo la droga como elemento causante de descompensaciones de enfermedades o potenciador de ésta, es decir, casos en los que el sujeto enajenado mental consume drogas y entra en un cuadro en el que su

enfermedad se acentúa o descontrola, adquiriendo actitudes agresivas o realizando conductas respecto de las que no tiene noción en cuanto a su realización y significación<sup>112</sup>. Del mismo modo, el consumo de drogas y/o alcohol tuvo consideración en circunstancias en que la persona se descompensaba o entraba en cuadros de aguda abstinencia producto de no haber consumido droga en cierto periodo de tiempo, situación que lo llevaría a realizar delitos con objeto e intención de conseguir droga o especies que pudiese vender o derechamente cambiar por dosis de la sustancia. Igualmente, se consideró el consumo de sustancias como criterio de peligrosidad a propósito de la falta de adhesión al tratamiento que devenía producto del consumo o, en su defecto, la falta de efectos que tenía el tratamiento respecto de personas que se drogan, ya sea por incompatibilidad con medicamentos o por las alteraciones a la realidad que tienen las personas problemáticamente consumidoras.

Dicho lo anterior, el consumo de estupefacientes, pese a no ser una conducta ilícita, es correctamente asociada a la enfermedad y a los efectos que puede tener en el sujeto, ya sea desencadenando una enfermedad, potenciándola o desvinculando al individuo del tratamiento adoptado para mejorar su condición de salud mental y física. De esta manera, el pronóstico que efectúan los tribunales de justicia parece ser acertado, en cuanto puedan darse alguna de las hipótesis descritas en el párrafo anterior u otras circunstancias no deseadas.

Sin perjuicio de lo anterior, no se detectaron casos en los que se haya juzgado y/o impuesto una medida de seguridad en contra del imputado por delitos previsto en la Ley 20.000. Frente a esto, y si consideramos que la mayoría – si no todos – los delitos previstos en dicho cuerpo normativo son delitos cuyo bien jurídico protegido es la salud pública, hemos de entender y, por lo demás, así se constató en el presente estudio, que no ha sido valorado ni considerado la posibilidad atentatoria que puede aparejar la actividad del sujeto inimputable en relación a su afectación o peligrosidad concreta a la salud de terceros, sino más bien el análisis ha sido abocado al daño que puede significar para la salud del mismo sujeto – a pesar de ser un bien jurídico disponible - o las descompensaciones y/o episodios de descontrol que el sujeto podría protagonizar y que eventualmente podrían afectar a terceros.

---

<sup>112</sup> Ver lo referido en Ob. Cit. 75, respecto de lo considerado por el TJOP de Concepción en RIT 544-2013.



**iii. “Situación de calle, mendicidad y/o indigencia”, “características marginales y/o antisociales” e “higiene personal”.**

En esta ocasión, se analizarán conjuntamente dos criterios: primero, la situación de calle, mendicidad, indigencia y características marginales y/o antisociales, sumado al criterio de higiene personal. Respecto del primero, se detectó un total de 9 casos en los que se usó como criterio de determinación de peligrosidad, elevándose a 9,5% de casos. Por su parte, la higiene personal solo estuvo presente en 2 casos, lo que equivale al 2,1% de los casos analizados. Ambos suman un total de 11,6% de uso dentro de la jurisprudencia analizada.

Sin perjuicio de análisis pormenorizado que puede efectuarse en cada una de las situaciones englobadas en los presentes criterios, es imperativo referirse primeramente a una cuestión que parece ser de mayor complejidad jurídica: ¿puede el tribunal determinar o inferir que un sujeto es peligroso a partir de la constatación de conductas o estados que han sido derogadas por el legislador?, en efecto, la Ley 19.567 derogó los arts. 305 a 312 del Código Penal, articulados que preveían los tipos penales de “*vagancia y la mendicidad*”, mientras que, por su parte, la Ley 19.313 derogó parte importante y sustancial de la Ley 11.625, relativa a “*Estados antisociales y medidas de seguridad*”.

Los delitos de mendicidad, vagancia y las figuras previstas en la legislación antes de la entrada en vigencia de la Ley 11.625 decían relación con estados o características respecto de las que se presumía – no siempre con fundamento – una situación peligrosidad criminal, peligrosidad social e, incluso, peligrosidad moral deducidas a partir del sujeto que vive en determinadas condiciones, que tiene ciertos estilos de vida, que ejercen determinadas actividades o que ejercen ciertas inclinaciones sexuales. Luego, la primera presunción de riesgo que emanaría de la constatación de una de las calidades mencionadas sería que el sujeto mantenga dicha condición o dicho estado. Dicho de otro modo, el primer temor al que se verá enfrentado el juzgador al momento de determinar peligrosidad sería que el sujeto mantenga su condición de, por ejemplo, mendigo, considerando que por serlo el sujeto podría delinquir o, al menos, desviar o mermar la moral pública. En segundo lugar, es necesario considerar que así como el Derecho Penal de imputables reacciona – o, al menos debería reaccionar – ante actos y no ante estados, en desmedro del “*Derecho Penal de Autor*”, consideramos que la misma exigencia, principio y garantía debiese tenerse respecto del sujeto inimputable. En efecto, a objeto

de tener una sistemática coherente y de corte garantista, las consideraciones del juzgador, ya sea para la imposición de una pena o de una medida de seguridad, deberían siempre sustentarse en hechos concretos y exteriorizaciones del individuo imputado que supongan alguna afectación a bienes jurídicos, ya sea, lesionándolos o haciéndolos peligrar. Si se busca determinar y constatar la existencia de una personalidad peligrosa, debiese entonces buscarse indicios, señales o criterios de dicha personalidad a propósito de las manifestaciones o los actos que ha cometido el individuo, y no de su estado.

En el caso de la vagancia y la mendicidad, cabe destacar los argumentos y razones que se esbozaron en el Congreso a fin de fundamentar su derogación. Por ejemplo, el Senador Sr. Ruiz destacó que *“respecto de la mendicidad y la vagancia, me parece acertada la decisión del Gobierno de enfrentarlas a través de planes dirigidos a erradicar la pobreza. Es imprescindible eliminar los focos de pobreza elevando la calidad de vida de la gente. Al proceder así, terminaremos también con la lacra de la delincuencia que afecta a nuestra sociedad”*, considerando, por tanto, que dichas situaciones eran más bien una manifestación de miseria y carencia económica más que un elemento *“peligroso”* per se. Por su parte, la Senadora Sra. Frei destacó que *“lo que me provoca mucha preocupación es lo referente a la mendicidad, porque hay veces en que en nuestra sociedad, propia de un país no tan desarrollado, alguna gente realmente vive o sobrevive gracias a la caridad ajena. Es lo que ocurre con personas de edad o con lisiados, que pueden encontrarse carentes de posibilidad alguna de trabajo. Y, por esa razón, me parecería injusto que debieran obtener una suerte de patente”*. A su vez, el Senador Sr. Núñez resaltó el trasfondo económico social tras la mendicidad y la vagancia, refiriendo que *“se trata de un fenómeno social presente en cualquier parte del mundo, particularmente en nuestros países, y que debe ser considerado desde otra perspectiva y no, como se pretende acá, fijándole una cierta penalidad al acto de la mendicidad, a sabiendas de que obedece a razones sociales que todos conocemos. Además, equivale a otorgar carta blanca para que se persiga a personas que incurren en esta práctica. Eso, como dije, significa agregar mayor dramatismo a una situación de pobreza que, como sabemos, no es fácil eliminar”*, a lo que el Senador Sr. Zaldívar agregó que *“si queremos terminar con la mendicidad, con la limosna, pongamos fin a la pobreza”*. Por su parte, llama la atención que Senadores que se oponían a la derogación – como, por ejemplo, el Señor Otero – desarrollaron argumentos relativos a la existencia de bandas o pandillas de sujetos que abusaban y sacaban provecho de la situación de indefensión y necesidad de niños, niñas,

adolescentes, discapacitados y mujeres en situación socioeconómica compleja, siendo usados como “recolectores” de dinero, obligándolos a pedir limosna o a realizar actividades lícitas o ilícitas mal remuneradas asociadas a la mendicidad y la vagancia. De este modo, parte de los argumentos referidos por este grupo de parlamentarios colocaban al mendigo o vago como sujeto de protección más que de sanción, en circunstancias en las que el peligro no era generado por ellos, sino contra ellos.

En virtud de lo anteriormente dicho, es posible razonar que para el legislador la mendicidad y la vagancia son fenómenos asociados a un estado económico y a una situación de especial vulnerabilidad social, haciéndole aplicable todas las consideraciones que se harán en el presente documento a dicho criterio (*infra VI.d.iii*).

Así las cosas, consideraciones como las que se hicieron a propósito de la aplicación del presente criterio no solo significan una vulneración al principio de igualdad ante la ley, en cuanto se fundamenta una vulneración de libertad a propósito de peligrosidad que el legislador descartó expresamente para imputables, sino que además es una señal de profundo clasismo, en cuanto que se le atribuye potencialidad criminal a personas a propósito de su condición socioeconómica, como si la posibilidad de delinquir fuese una probabilidad que recae solo en los estratos económicos bajos.

Finalmente, la consideración de peligrosidad asociada a “*características antisociales o marginales*” causa problemas en cuanto a que no se detectaron casos en los que dichos adjetivos fuesen desarrollados o definidos desde una perspectiva socio económica, de manera de poder constatar qué características son aquellas, en qué consisten y, especialmente, si concurren al caso. Como anteriormente se afirmó, la peligrosidad debe ser definida, expresada y valorada concretamente, dando razonamientos y aseveraciones claras, precisas y definidas respecto de las premisas y conclusiones que se usan para llegar a sostener que el sujeto pudiese atacar contra sí o contra terceros. Es más, si consideramos que las definiciones que la Real Academia da a cada una de los adjetivos en comentario<sup>113</sup>, no se puede sino concluir que la categorización que hace el tribunal es

---

<sup>113</sup>*Marginal:*

“Dicho de una persona o de un grupo: Que vive o actúa, de modo voluntario o forzoso, fuera de las normas sociales comúnmente admitidas”;

*Antisocial:*

“Contrario al orden social”.

tautológica y circular. Afirmación similar puede sostenerse respecto de los hábitos higiénicos del imputado, toda vez que no se desarrolló el vínculo que pudiese existir entre un buen o un mal higiene y la posibilidad de delinquir.

**iv. “Capacidad para comunicarse”, “diferencia idiomática” y “capacidad para establecer relaciones personales”.**

Si bien el índice de utilización de los criterios es mínimo – 1 caso por cada uno, equivalente al 1% - cabe señalar que ambas hipótesis fueron consideradas a propósito de las escasas posibilidades de inserción social que habrían tenido ambos imputados en caso de haber sido puestos en libertad. Llama la atención que características como las posibilidades de comunicación o la diferencia idiomática difícilmente pueden verse superados por medio de un tratamiento médico, colocando en tela de juicio la efectividad de la intervención médica en circunstancias en las que el sujeto no puede siquiera comunicarse<sup>114</sup>.

Además de lo anterior, y en atención a las normas dispuestas en las Reglas de Brasilia, un sujeto incapaz de comunicarse debería ser amparado por el ordenamiento jurídico de una manera diversa, ya sea disponiendo para él los canales para poder hacerlo o, en el caso de diferencias idiomáticas, un traductor, de modo tal que considerar a una persona como peligrosa o potencialmente disociada por la incapacidad de comunicarse – ya sea en razón de una discapacidad o de diferencia idiomática – parece al menos prejuicioso, arbitrario e, incluso, discriminador. En caos que no se abrieran los canales para poder establecer un vínculo comunicativo y, además, el tribunal considerara dicha situación como constitutiva de peligrosidad, debiese considerarse la posibilidad de deducir recurso de nulidad en atención a la discriminación que estaría sufriendo el individuo y, además, por no respetar las normas procesales relativas a la inclusión de intérpretes y/o traductores en el proceso penal.

Es meritorio comentar el caso del que se desprendió el criterio de peligrosidad, dado que la falta de comunicación fue considerada como un importante obstáculo para la efectiva integración social de la persona extranjera a la que le impusieron una medida de seguridad, informando los peritos y considerando el tribunal que la medida de seguridad no iba a surtir efectos positivos en el sujeto y que la internación no iba más que a

---

<sup>114</sup> En, en el caso STJOP 18-2010 del 5° TJOP de Santiago, los médicos que declararon como peritos declararon expresamente que el tratamiento era inviable, inútil e, incluso, contraproducente a propósito de la diferencia idiomática del individuo. La medida de seguridad de internación se impuso de igual modo.

perjudicar su condición, sin perjuicio de que el tribunal resolviera igualmente sujetar al individuo a un régimen de internación<sup>115</sup>.

Respecto de la capacidad para establecer relaciones personales, los tribunales consideraron dicha condición como efecto de la condición de salud y discapacidad del encartado, por tanto, se hace aplicable al presente criterio todo lo ya señalado respecto de “*la enfermedad y sus características*” (*supra IV.b.i.*). Sin perjuicio de lo anterior, destaca la especial relación que se hace con las dificultades eventuales que el imputado tendría en libertad respecto de relacionarse socialmente, atribuyendo a su condición la inclinación por el aislamiento y falta de significación a los vínculos que se generasen lo largo de su vida, manteniéndose apartado del resto de la comunidad. En parte, no se explica cómo dicha circunstancia – básicamente, aislamiento y apatía – pueden devenir necesariamente en la reiteración delictual contra determinados bienes jurídicos y tampoco cómo puede un proceso de internación forzosa solucionar dicho estado.

#### **v. “Coeficiente intelectual”.**

Con una presencia en el 4,1% de los casos analizados, es decir, 4 de las 96 sentencias analizadas, el criterio relacionado a coeficiente intelectual parece tautológico. En efecto, si la inimputabilidad es presunción de que el individuo no es susceptible de culpabilidad en cuanto no puede adoptar un “*conocimiento el injusto*” – elemento cognitivo – y tampoco puede “*adaptar su comportamiento a dicho conocimiento*” – elemento volitivo -, considerar que es peligroso por tener bajo coeficiente intelectual sería, al menos en principio y de manera inicial, considerarlo peligroso por el simple hecho de ser inimputable. El elemento cognitivo está siempre asociado al intelecto del sujeto y su capacidad de apreciar la realidad, de modo que referirse al coeficiente intelectual es referirse a la causal de inimputabilidad misma, es decir, su enfermedad, razón por la que le serían aplicables las apreciaciones hechas con anterioridad (*supra VI.b.i.*), en especial consideración a que se estaría valorando nuevamente la inimputabilidad del sujeto, ya sea como requisito de imposición de medida de seguridad y como fundamento de la peligrosidad.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco se explica como un bajo o un alto coeficiente intelectual puede ser asociado a mayor o menor peligrosidad, en circunstancias en que no parece racional relacionar a personas inteligentes o menos inteligentes con su capacidad

---

<sup>115</sup> *Ibid.* *Ídem.*

de realizar conductas ilícitas. Del mismo modo, no existe un tratamiento médico o intervención clínica que haga “más” o “menos” inteligentes a las personas, de manera que la aplicación de una medida de seguridad con enfoque clínico no cumpliría los objetivos de ésta.

**vi. “Capacidad para valerse por sí mismo”.**

La capacidad para valerse por sí mismo fue considerada en 10 ocasiones como criterio de determinación y medición de peligrosidad, alcanzando un 10,4%. Como anteriormente se señaló, los padrones considerados en la investigación fueron abordados de manera neutral y sin determinar su apreciación positiva o negativa, en ausencia o en presencia, razón por la que se dan dos tipos de hipótesis: aquella en la que existe capacidad para valerse por sí mismo y aquella en que existe incapacidad para hacerlo. Ahora bien, en ambos casos se tuvo en especial consideración la posibilidad de poder concurrir a tratamiento en el medio libre, seguir terapias, asistir a programas de reinserción social, instituciones educacionales para personas con capacidades diferentes, entre otros. Del mismo modo, la apreciación hecha por los tribunales de justicia se inclinó importantemente por apreciar el criterio comentado no bajo la lógica de la afectación a bienes jurídicos de terceros, sino que a los de la propia persona.

Al respecto, destaca la STJOP de Los Andes, RIT 15-2016, por cuanto, en virtud del criterio aquí tratado, consideró la necesidad de mantener al sujeto en *“un ambiente cerrado y un hogar protegido porque se dan elementos de medio ambiente adverso, requiere ambiente regulado, tiene carencia de apoyo externo y el principal riesgo para sí mismo. Existe un riesgo que pueda atentar en contra de sí aumentado en esta clase de patologías, circunstancia última que ha sido refrendada por la doctora Aburto al consignar ya en el 2012 ideas autolíticas que consisten en atentar en contra su vida, y desde ese punto de vista, es bastante razonable y adecuado que se le puede imponer una medida de seguridad a fin de evitar que atente en contra de sí y de terceros, especialmente por sus particulares condiciones al carecer de una red de apoyo familiar que puede velar por que pueda seguir el tratamiento medicamentoso y evitar conductas externas que agravarían su condición”*.

**vii. “Actitud durante la celebración del juicio”.**

El criterio de “actitud durante el juicio” fue considerado únicamente en un caso, circunstancia en la que fue usado para desvirtuar la hipótesis de peligrosidad. No obstante lo anterior, y como ya fue referido (*supra III.c.2.*) la actitud durante el juicio tiene la ventaja

de ser quizá uno de los antecedentes más *calificados* en cuanto a temporalidad, sin perjuicio de que pueda ser sumamente engañoso, en cuanto el buen o el mal comportamiento del individuo puede o no ser un mero episodio dentro del total de conductas que el individuo puede adoptar a lo largo de su vida.

Ahora bien, como criterio, la “*actitud durante el juicio*” puede ser considerado un criterio problemático, toda vez que el art. 463 letra b) da la posibilidad de que el juicio se realice a puerta cerrada y sin la presencia del encartado cuando su estado imposibilite la audiencia, de manera que se podría argumentar que existiría una especie de “*doble sanción*” para el imputado: una de orden sustantivo – medida de seguridad por considerarlo peligroso en atención a su comportamiento- y otra de orden procesal – la celebración del juicio sin su presencia -. Al respecto puede sostenerse que en el caso de imputables existe la misma posibilidad, por cuanto el juez presidente puede hacer uso de las facultades de dirección y disciplina que en él recaen y que se dispusieron en el art. 294 CPP. Sin embargo, el mal comportamiento de un imputado no solo son circunstancias imputables a él, sino que en ningún caso pueden ser valoradas *ex ante*, de manera que efectivamente existiría una diferencia de trato entre el imputado enajenado mental y aquel que no lo es. Sin perjuicio de lo anterior, la celebración del juicio sin la presencia del imputado, más que una forma de “*sanción*” es una forma de resguardar sus derechos y su bienestar, así como también los de los intervinientes y el tribunal. Por otro lado, el comportamiento inadecuado o la imposibilidad de presentarse al juicio por razones médicas puede generar una falsa percepción del imputado, por cuanto el tribunal puede llegar a considerar que ese es la actitud y el comportamiento que cotidianamente tiene cuando en realidad no lo es, teniendo, por tanto, una percepción errada de la persona del imputado. Ahora bien, caso distinto es cuando a propósito de la incomparecencia del imputado se presume que es por una condición que impide su vida en sociedad y, por tanto, sea evaluado como una conducta peligrosa, circunstancia en la que habría un prejuicio de la condición mental del imputado, dado que la falta de posibilidades de comparecencia a una audiencia no siempre debe condecirse con una situación que genere riesgo o peligro para bienes jurídicos, sino con otra diversa que se condiga con su salud o por razones de bienestar del paciente.

Finalmente, mención especial merece el art. 73 de las Reglas de Basilea, por cuanto se dispone que “*quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona (...)*”. En ese orden de ideas, y en

contra de todo lo sostenido anteriormente, existiría prohibición expresa respecto del uso del criterio en comento, afirmación que comparte la doctrina, por cuanto señala que *“un breve resumen del “curriculum” del afectado no basta, así como tampoco podría ser suficiente la engañosa impresión que pueden recoger los jueces en una audiencia. Esto solo no es suficiente. Un pronóstico requiere, además, algún fundamento nomológico que vincule la historia y las condiciones personales del autor con la consecuencia que se extrae a partir de tales datos<sup>116</sup>”*.

---

<sup>116</sup> ZIFFER (2008), P. 146.



**e. Criterios socio económicos.**

<b>Criterios socio económicos.</b>		
<b>Criterio.</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
<b>Trabajo actual o posibilidad de inserción laboral</b>	14	14,6
<b>Carencia de medios económicos.</b>	16	16,6
<b>Relación con la víctima.</b>	14	14,6

**i. “Trabajo actual o posibilidad de inserción laboral y carencia de medios económicos”.**

El criterio relacionado al “**trabajo actual y a la posibilidad de inserción laboral**” tuvo un importante porcentaje de reiteración, equivalente a 14 de los 96 casos analizados, es decir, el 14,6% del total. Por su parte, la “*carencia de medios económicos*” fue usada como criterio en el 16,6% de las sentencias analizadas, es decir, 16 casos.

Respecto del criterio relacionado al ámbito laboral del sujeto inimputable, la condición fue considerada positivamente por la judicatura en los casos en los que existían antecedentes al respecto, despejando hipótesis de peligrosidad. Sin perjuicio de lo anterior, existe un grupo menor de casos en los que el criterio fue usado para considerar peligroso al individuo, ya sea por existir antecedentes que versaban sobre la inexistencia de trabajos, por haber tenido el imputado varios trabajos esporádicos en un corto lapso de tiempo y mal calificados o en los que se perdió el trabajo producto de trastornos duales, es decir, enfermedades mentales acompañadas de consumo problemático de drogas y/o alcohol.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario advertir que el uso de este criterio para determinar que el sujeto es peligroso puede decantar en discriminación y, por tanto, en una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley. En efecto, en nuestro país no solo existe segmentación entre personas a propósito de su condición mental, estigmatizándolas y discriminándolas por padecer algún tipo de discapacidad, sino que además no existen estrategias que fomenten o faciliten la inclusión o la integración laboral a personas que padecen discapacidades intelectuales<sup>117</sup>, razón por la que incluso ha sido necesario redactar, regularizar y prever esta circunstancia en diversos cuerpos normativos a fin de facilitar y promover la inserción laboral de personas con discapacidad, así como también limitar, obstaculizar e, incluso, sancionar conductas discriminatorias, prejuiciosas

<sup>117</sup> VIDAL, Rubén y otros, “LA INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN CHILE”, 2013. [www.senadis.gob.cl/descarga/i/1607/documento](http://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1607/documento)

y estigmatizantes. De este modo, es posible afirmar y es reconocido que en Chile las personas que padecen enfermedades mentales que decantan en discapacidades intelectuales tienen mayores obstáculos y dificultades para ingresar al mundo laboral que, con certeza, se ha traducido en que sean muchas las personas con discapacidad intelectual que no tienen trabajo. En ese escenario, parece injusto e incorrecto considerar peligrosa a una persona en atención a no tener trabajo o no tener amplias posibilidades de poder obtener uno, en un contexto en el cual conseguir trabajo le es una tarea que debe realizar con mayor dificultad y obstáculos que el resto de la población a propósito de una condición que le es inherente. Básicamente, afirmar que un enajenado mental es peligroso por no tener trabajo o no estar en condiciones de tener uno, sería legitimar la discriminación que dicho sector de la población ha tenido en la presente materia, ampliando los efectos de la segregación laboral a ámbitos no concebidos, tales como, por ejemplo, un proceso penal, atribuyéndole cierta condición y la posibilidad cierta de delinquir en consideración de diferencias arbitrarias que no le son atribuibles, en las que el sujeto se ha desenvuelto con dificultades que otros no tienen y que, por cierto, siendo reprochadas por el ordenamiento. Dicho de otra manera: considerar al enajenado mental peligroso en base a su incapacidad para tener trabajo sería “*discriminar al discriminado por haber sido discriminado*”.

Tener un empleo y labores remunerados es una actividad que colabora a evitar la creación de contextos de riesgo social y, además, colabora con procesos de inclusión social, por lo que son situaciones que deben ser consideradas por los tribunales para afirmar que un sujeto no es peligroso con especial énfasis, producto de las dificultades que tiene la persona con situación de discapacidad para insertarse en el ambiente laboral, doblegando varias y variadas barreras de exclusión social. Sin embargo, y como se afirmó, el escenario opuesto no es más que realizar prácticas tendientes a profundizar la discriminación en contra de grupos vulnerados en nuestro medio social, máxime no existe análisis ni constatación sobre el cumplimiento del Estado respecto de las obligaciones y deberes que ha adquirido<sup>118</sup>.

Reflexión similar y con los mismos alcances que se hizo sobre la situación laboral del requerido puede hacerse respecto del criterio relativo a la “*carencia de medios económicos*”, sin perjuicio de que causa mucho mayor impacto y resulta mucho más neurálgico afirmar que “*una persona es peligrosa por ser pobre*” o “*es más probable que*

---

<sup>118</sup> Art. 27 CDPD.

*las personas sin medios económicos delincan más*". Si bien suele relacionarse la carencia de medios económicos con la comisión de delitos<sup>119</sup>, no existe una relación concreta entre un concepto y otro, sumado a que tampoco se define qué tipo de delitos son aquellos que se pueden cometer a propósito de carecer de facultades económicas, lo que obstaculiza la aplicación de medidas de seguridad en cuanto la comisión de delitos motivados por la carencia de recursos debería inducir al sujeto a realizar actividades ilícitas cuya finalidad sea mejorar o solventar situaciones económicas desventajosas, circunstancia que debería manifestarse en el despliegue de conductas atentatorias contra la propiedad o delitos de emprendimiento, como el tráfico de drogas, figuras típicas que, como se vio, no podrían ser contempladas en el art. 455 CPP al momento de determinar la peligrosidad del individuo, toda vez que la presunción de atentado debe versar sobre "*las personas*" y no sobre las cosas o la propiedad. En segundo lugar, y si se concibe a el/los fin/es de las medidas de seguridad como formas de disminuir la peligrosidad del sujeto al que se le imponen, no es posible prever ni concebir cómo dichas medidas podrían ser resorte para mejorar la condición económica del individuo al que se les impone. En tercer lugar, la condición socioeconómica de las personas con discapacidad es reconocida por la legislación nacional e internacional como una circunstancia en la que el sujeto sufre desventajas, dificultades y obstáculos que las personas sin discapacidad no tienen, razón por la que se ha optado por proteger y beneficiar al individuo discapacitado a fin de mejorar su condición económica o, al menos, favorecerlo con programas de asistencia y seguridad social. De este modo, y según lo referido, la carencia económica no es una condición propia de la personalidad o de atribuible al actuar del individuo, sino que es una condición ajena a él y que es impuesta por vicios, exclusiones e injusticias provenientes del grupo social. Así las cosas, si el individuo con discapacidad se ve enfrentado a situaciones de discriminación que se traducen en carencia económica y, luego, producto de dicha carencia económica el sujeto es considerado, además, como individuo que probablemente delinquirá, sería, al igual que con el criterio relacionado a la capacidad laboral del encartado, profundizar y extender los efectos de la discriminación a parcelas en las que, hasta el momento, no había tenido cabida. Finalmente, es dable reconocer

---

<sup>119</sup> La relación en comento ha sido estudiada y desarrollada, principalmente, por la criminología. Ver, por ejemplo y entre muchos otros, SERRANO Maíllo, Alfonso. "Introducción a la criminología". Editorial Dykison. 5° Edición. p. 488 y ss; CASTILLO Vargas, Andrés y CASTRO Chaves, Xiomara. "El rostro de la violencia social: la delincuencia y la pobreza como expresiones distintas de una vulnerabilidad común". <http://www.redalyc.org/html/153/15323589009/> ; GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. "Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos". Ed. Legal Publishing. 6° Edición. p. 362 y ss. Capítulo de Teorías "sociológicas".

que existen casos en los que la carencia económica no es considerada *per se* cómo criterio de determinación de peligrosidad, sino que se le relaciona con otros escenarios y circunstancias que, al menos, son importantes mencionar. Así, se han reconocido situaciones ligadas a no poder sustentar un tratamiento psiquiátrico particular, no contar con recursos para la adquisición de medicamentos o para poder pagarle a alguien que cuide de la persona del imputado mientras el grupo familiar efectúa otras labores, etc. Al respecto se pueden esbozar argumentos similares a los ya tratados en el presente párrafo, dado que las apreciaciones realizadas por el juzgador serían efectos directos o indirectos de una condición económica precaria no asistida debidamente por el Estado y la comunidad, sobretodo en atención a la situación de desventaja socioeconómica y situación de precariedad en las que un enajenado mental arriesga vivir. Sumado a lo anterior, no es necesario encasillar las particularidades referidas en criterios relacionados con la situación económica del imputado, pudiendo ser tratadas y valoradas desde la perspectiva de otros criterios, tales como, por ejemplo, las posibilidades de adherir a un tratamiento médico, red de apoyo social, etc. Del mismo modo, y en caso de que se usen criterios en circunstancias como las señaladas, el juez debería cerciorarse de que en la especie el Estado ha cumplido con las obligaciones que ha adquirido en materia de asistencia y seguridad social para con el individuo<sup>120</sup>, ya que, de lo contrario, se estaría considerando peligroso al sujeto a propósito del incumplimiento de obligaciones que no le conciernen y que no puede ni debe cumplir como lo son, por ejemplo, los deberes de protección social, salud y subsidiaridad que tiene el Estado para con el individuo a propósito de normativa ya referida.

## ii. “Relación con la víctima”.

En el 14.6% de los casos analizados -14 casos en total – estuvo presente el criterio de relación entre víctima e imputado. Si bien, parte del presente concepto es considerado y analizado de mejor manera en los comentarios a los criterios familiares (*infra IV.f.i.*), el canon en comento es mucho más amplio, dado que no solo puede incluir a personas de la familia del sujeto enajenado mental sino que también a personas que estén fuera de este grupo, tales como compañeros de trabajo, profesores, vecinos, entre otros.

---

<sup>120</sup> En efecto, las Leyes N° 18.600, N° 19.284 y N° 20.422, así como la CDPD disponen normas relativas a inclusión social por medio de la garantía al acceso al trabajo y el deber del Estado para prestar asistencia socio económica a las personas con discapacidad.

La primera observación que puede efectuarse respecto de este criterio es que debe tenerse presente que el vínculo no haya sido considerado dentro del tipo penal o como circunstancia calificante, esto en atención a que al ser considerado dentro del tipo penal la conducta podría disponer de mayor gravedad prevista en la extensión del marco de pena que, posteriormente, será usado para determinar la extensión temporal de la medida de seguridad – Art. 481 CPP -. Luego, respecto de la circunstancia calificante – por ejemplo, el art. 400 CP o art. 390 CPP – dicha circunstancia estaría igualmente comprendida para la determinación del marco penal abstracto sobre el que se definirá la extensión de la medida de seguridad, por tanto, considerar el mismo criterio para la determinación del marco penal en abstracto y, además, en concreto, significaría vulnerar la prohibición de *non bis in ídem*.

En segundo lugar, y con independencia de si el vínculo está o no previsto en el tipo penal, como una circunstancia agravante/calificante o como criterio de peligrosidad, es necesario determinar si producto de la condición mental y psiquiátrica del imputado es posible que el vínculo en cuestión pueda ser entendido, previsto y concebido por el sujeto enajenado mental, de forma tal que no se esté imputando mayor desvalor o peligrosidad de manera objetiva y en base a circunstancias que no podían ser captadas por el dolo del agente, situación que sería asimilable a la *responsabilidad penal objetiva* en el caso de los imputables.

Finalmente, y suponiendo que no existe una primera hipótesis de vulneración al *non bis in ídem* y que el sujeto inimputable podía conocer el vínculo que tenía con la víctima, es imperativo que el vínculo en comento no esté previsto a propósito de otro criterio de peligrosidad, a objeto de no incurrir en una segunda y distinta vulneración a la prohibición de *non bis in ídem*. Por ejemplo, si el sujeto enajenado mental atentó contra un compañero de trabajo con quien gozaba de un vínculo de amistad, no correspondería valorar dicha circunstancia como presupuestos para afirmar que el individuo enajenado mental es peligroso ya que presenta “*incapacidad para mantener relaciones laborales*”, “*atenta contra personas con las que se tiene una relación cotidiana*”, su enfermedad lo inclina a “*destruir relaciones de confianza y vínculos sociales*” y, además, “*actúa de manera alevosa, entendiéndolo por tal bajo traición o sobre seguro*”. Un solo hecho estaría teniendo variadas lecturas, interpretaciones y repercusiones jurídicas.

**f. Criterios familiares.**

<b>Criterios familiares.</b>		
<b>Criterio.</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
<b>Contexto familiar.</b>	18	18,75
<b>Red de apoyo social.</b>	40	42,6
<b>Existencia de enfermedades mentales dentro de la familia.</b>	3	3,1
<b>Respeto a la autoridad y a los miembros del grupo familiar.</b>	1	1

**i. “Contexto familiar” y “existencia de enfermedades mentales dentro de la familia”<sup>121</sup>.**

Los criterios en comento son de especial importancia dentro del presente estudio, principalmente por el alto número de reiteraciones que presenta. En efecto, conjuntamente alcanzan un total de 21 repeticiones en los fallos analizados, alcanzando un 21,85% de presencia en los fallos. A su vez, criminológicamente el contexto familiar ha sido siempre materia de estudio y explicación del fenómeno delictual, llegándose incluso a la afirmación de que *“la familia puede constituir un factor criminológico”*<sup>122</sup> de relevancia, ya sea por la importancia de los vínculos afectivos, el rol de la familia en la formación o deformación de la personalidad del sujeto y su conducta, la relevancia en materia de red social de apoyo<sup>123</sup> que del núcleo familiar emana, entre otras circunstancias que, sin lugar a dudas, nos marcan y definen para toda la vida, ya sea como niños, adolescentes y/o adultos.

El *“contexto familiar”*, como criterio, se ha desarrollado a partir de diversas circunstancias, entre las que destacan la presencia o ausencia de conflictos familiares, la disposición de la familia a cuidar o custodiar al sujeto enajenado mental, la funcionalidad o disfuncionalidad del grupo familiar, las facultades económicas del grupo familiar, que la víctima pertenezca al grupo familiar del requerido, cuidado negligente por parte de la familia, entre otras. A su vez, y sin perjuicio de que sea analizado de manera conjunta en esta sección, se consideró como criterio diverso la *“existencia de enfermedades mentales*

<sup>121</sup> Complementar lo aquí señalado con lo ya referido en *supra. II.d.ii.*

<sup>122</sup> LEVENE, Ricardo. *“Temas criminológicos”*. Fondo Editorial de Derecho y Economía. p. 136. (1992).

<sup>123</sup> Ver *Infra. IV.f.ii.*

*dentro de la familia*”, esto en atención a que es un criterio de naturaleza mixta, en cuanto a ser un punto de intersección entre criterios médicos y familiares.

No obstante lo anterior, la aplicación del criterio se ha visto muy importantemente determinada por la voluntad del grupo familiar para asumir el cuidado y la custodia del requerido. En este sentido, es considerado mayormente peligroso el sujeto que pertenece a grupos familiares reacios a brindarle resguardo, cuidados y amparo acorde a su enfermedad o condición. Independiente de si es o no atribuible a la personalidad de una persona la buena o mala fortuna de haber nacido y haber crecido dentro de determinado núcleo familiar – cosa, por cierto, dudosa y cuestionable por argumentos que se desarrollarán más adelante – es necesario primero determinar si prestar cuidado, custodia y protección a un familiar con una enfermedad mental es para los integrantes de su familia una obligación o una mera facultad, de manera de definir si dicha circunstancia es o no susceptible de “*aceptación*” o “*rechazo*” por parte de los integrantes de la familia y, por tanto, si es atribuible al momento de definir a un sujeto como peligroso.

En primer término, cabe aclarar que efectivamente existe normativa que impone deberes de cuidado a la familia del sujeto inimputable por enajenación mental. El art. 1° de la Ley 18.600 sobre “*Deficientes Mentales*”, dispone que “[*l*]a *prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades constituyen derechos para la persona con discapacidad mental y deberes para su familia y la sociedad en su conjunto*”, precisando el art. 9° del mismo cuerpo normativo que “[*l*]as *personas con discapacidad mental grave y profunda permanecerán al cuidado de su familia*”. Del mismo modo, el Código Civil comprende un importante número de normas relativas al cuidado personal del demente, a propósito de su interdicción por demencia<sup>124</sup>, las cuales, ya fueron mencionadas y debidamente tratadas con anterioridad (*ver supra II.d.ii*). Así las cosas, no es jurídicamente relevante que los familiares del sujeto requerido por enajenación mental “*no quieran*” hacerse cargo del requerido, toda vez que las normas citadas son de carácter imperativo, no facultativo, siendo por tanto un deber y no una opción del titular. Por otro lado, cuestión diversa es que el o los integrantes del grupo familiar del sujeto “*no puedan*” hacerse cargo del sujeto enajenado mental, circunstancia que debe ser acreditada por quien detenta la pretensión de imposición de medidas de seguridad por medio de la presentación de antecedentes que den cuenta de dicha situación y la justifiquen.

---

<sup>124</sup> Op. Cit. 26.

En el mismo sentido, el Estado no puede desconocer el deber que tiene el grupo familiar, menos en circunstancias en las que el art. 9° de la Ley 20.422 dispone que el Estado debe adoptar las medidas para “asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su (...) el derecho a constituir y ser parte de una familia”.

Luego, una vez definido el rol de la familia y el deber de cuidado y protección que impone la ley, para efectos de determinar peligrosidad, es necesario distinguir entre dos tipos de casos: (i) aquellos en los que la víctima del ilícito es un sujeto ajeno al grupo de familiares a los que les es exigible el cuidado del requerido y (ii) aquellos casos en los que la víctima del ilícito es un sujeto perteneciente al grupo familiar. Respecto del primer grupo, para dirimir si el sujeto es o no peligroso, debería bastar con la constatación de la existencia de la familia del requerido, caso en el que se debería presumir la posibilidad de que se cuide, custodie y proteja al sujeto enajenado mental, a propósito de la normativa vigente ya referida, de manera que la falta de voluntad o disposición por parte de la familia respecto del cuidado del inimputable no puede ser considerada como factor de incremento de la peligrosidad. Luego, en casos en los que el afectado por el ilícito es una persona diversa a aquellas que tienen deber de cuidado, se debe volver a distinguir entre los casos en los que existe algún tipo de negligencia o descuido por parte de quienes detentan el deber de custodia y aquellos casos en los que no existe dicho incumplimiento. Respecto de los primeros, la conducta típica y antijurídica se habría desplegado no por “culpa” o causa atribuible al actuar del inimputable, sino que producto del incumplimiento o el actuar defectuoso de un tercero que detentaba la obligación de evitar determinados riesgos provenientes de la condición mental de la persona a la que debe cuidar, no siéndole – por tanto – atribuible algún grado de peligrosidad al inimputable, dado que el riesgo de realización de conductas típicas se habría *objetivado* no por la enfermedad de sujeto, sino que por culpa de otro<sup>125</sup>. A su vez, si se ha dado cumplimiento a las obligaciones en comento, entonces cabría considerar al sujeto peligroso, toda vez que incluso con las medidas adoptadas para su contención, el sujeto es susceptible de cometer ilícitos, lo que equivaldría a considerar que la custodia y el cuidado del sujeto se torna imposible para su familia o que es necesario imponer uno diverso y más intenso que el ya existente.

---

<sup>125</sup> Incluso, a nivel de tipicidad sería cuestionable si la conducta es objetivamente imputable al sujeto enajenado mental, ya que el riesgo antijurídico requerido para dicha imputación no habría sido creado por él, sino que por un tercero incumplidor de sus obligaciones.



Finalmente, queda analizar el caso en el que el sujeto carece de grupo familiar. A diferencia de los casos analizados en los párrafos anteriores, en este escenario no es posible distinguir entre el cumplimiento o el incumplimiento de determinados deberes, toda vez que no existe persona que sea titular de dichas obligaciones y que, por tanto, detente la custodia y el cuidado del enajenado mental, luego, tampoco es posible colocarnos hipotéticamente en el escenario de si se cumplieron dichos deberes, de manera tal que el problema no pasa por si el sujeto “tiene o no tiene familia”, la cuestión es si el sujeto tiene redes de apoyo social que suplan los deberes familiares y si teniendo o careciendo de dicha red, se le puede considerar igualmente peligroso.

## ii. “Red de apoyo social”.

La existencia o inexistencia de una red de apoyo ha sido uno de los criterios de mayor presencia dentro de la jurisprudencia analizada, estando presente en 40 de los 96 casos analizados, presentando un 42,6% de reiteraciones. Si bien, en la jurisprudencia analizada no se define qué es una “red de apoyo” propiamente tal, la aplicación que le ha dado a jurisprudencia da a entender que se trata de un grupo de personas o instituciones, destinada a socorrer, contener y asistir al sujeto enajenado mental, ya sea en su proceso de inserción social, sanación y tratamiento o impidiendo que sea vea involucrado en nuevas conductas penalmente relevantes. En este orden de ideas, la red de apoyo puede consistir en varios grupos e instituciones, ya sea de índole familiar, educacional, salud, vecinal, amistades, religiosos, deportivo, entre otros. En este sentido, el concepto es amplio y, por tanto, se le puede dar contenido material desde diversas perspectivas, siempre que tiendan a fortalecer los vínculos sociales del imputado o, al menos, impidiéndole que delinca.

Dentro del concepto de red de apoyo social usado por los tribunales de justicia, son destacados positivamente por parte de los juzgadores la presencia de factores que digan relación con la capacidad de la red social para (i) insertar laboral o educacionalmente al sujeto inimputable, (ii) prevenir sus potenciales delitos y, con mayor consideración, (iii) la capacidad de la red de garantizar el cumplimiento de tratamientos médicos. Respecto de este último escenario, la especial relevancia que tiene la red de apoyo social al ser vinculada con el cumplimiento de un tratamiento médico tiene una explicación sencilla, y es que en un total de 48 casos el único antecedente que se tuvo en consideración para determinar la peligrosidad del individuo fue el informe pericial psiquiátrico, de manera tal

que es posible desprender que quien determinó la (in)existencia de una red social de apoyo fue un médico, bajo una perspectiva clínica y enfocada en fines clínicos (cumplir con el tratamiento), los que no se vinculan necesariamente con los conceptos y fines del derecho o de otra ciencia social, llevándonos necesariamente a cuestionar si un médico psiquiatra es el más indicado para determinar si una persona cuenta con una red de apoyo social, dado que dicha valoración y conclusión no se condice con las ciencias de la salud, sino más bien con las ciencias sociales. En este escenario, si el enajenado mental carece de una red de apoyo social que entregue ciertas garantías de cumplimiento del tratamiento, se presume necesariamente que el sujeto volverá a delinquir, siendo que lo que realmente está detrás es el incumplimiento de un tratamiento médico. Luego, si no existen garantías de que el imputado pueda cumplir un tratamiento médico voluntario o uno impuesto por medio de la custodia y el tratamiento, se considera que es “*más peligroso*” y, por tanto, su tratamiento ha de implementarse por medio de la internación. De esta manera, el concepto de peligrosidad muta, dejando de considerarse como “*probabilidad de reiteración delictiva*”, pasando a ser considerada – producto del antecedente valorado, así como la especialidad, ciencia o arte que lo elabora – como la probabilidad de incumplimiento de la medida de seguridad de manera directa y, de manera secundaria, como peligrosidad de reiteración delictiva, generando una preponderancia inevitable de los criterios médicos por sobre el resto.

De esta manera, y como tal como el presente criterio ha sido usado por la jurisprudencia analizada, el sujeto peligroso es aquel que carece de soportes personales y/o institucionales y que, por tanto, no puede dar garantías de cumplimiento de un tratamiento médico en libertad. La afirmación anteriormente efectuada ha sido cuestionada por parte de la jurisprudencia, en efecto, en uno de los fallos analizados se destaca, con énfasis, la necesidad de “*preguntarnos si ¿esa hipótesis genérica de no controlarse o no seguir el tratamiento es una variable concreta de peligrosidad para el sujeto de este juicio oral? Ciertamente no. De las circunstancias establecidas en este juicio no podríamos colegir buenamente ese evento y menos aún podríamos extraer de dicha incertidumbre una opinión adversa o pronóstico negativo de una también hipotética peligrosidad.*”<sup>126</sup>

Sin perjuicio de ser cuestionable si a un sujeto enajenado le es atribuible la creación, mantención y permanencia de redes de apoyo social, es igualmente cuestionable si a la red social de apoyo le es exigible mantener dicho vínculo con el sujeto enajenado mental.

---

<sup>126</sup> STJOP de Cauquenes, RIT 10-2007.

Como se señaló, es posible argumentar que dicho deber de custodia y cuidado le es legalmente a la familia del sujeto enfermo (*supra* II.d.ii. y IV.f.i.), sin embargo, dicha obligación no le es igualmente atribuible a todos los integrantes de una red de apoyo. En ese orden de ideas, los efectos de la sentencia dejarían de ser personales, y pasarían a extenderse a sujetos o instituciones diversas, alcanzando a sujetos que no han sido sujetos a proceso penal y respecto de los cuales no versa la sentencia<sup>127</sup>.

Finalmente, es necesario tener en consideración la distribución nacional de centros de internación provisional en el país, circunstancia que afecta la mantención de redes de apoyo social, sobretodo en consideración a las amplias distancias que existen entre cada uno de ellos, existiendo regiones del país en los que ni siquiera existen. De este modo, las relaciones sociales y las redes de apoyo se ven profundamente socavadas en circunstancias tales como, por ejemplo, cuando el grupo familiar o social está conformado por personas pobres y de bajos ingresos, que no tienen condición ni capacidad de poder visitar al imputado enajenado mental en el recinto que se encuentre, dificultando, por tanto, la posibilidad de que el enajenado mental sea considerado por el equipo que lo trata o por los profesionales que lo visiten como integrante de alguna red.

### iii. “Respeto a la autoridad y a los miembros del grupo familiar”.

El presente criterio es especialmente peculiar, ya que fue considerado en un solo caso y, además, fue valorado a fin de considerar menos peligroso al sujeto requerido. En este orden de ideas, consideramos que el presente criterio debe tener especial ponderación, toda vez que de la definición de imputabilidad es deducible que lo esperable por parte de un enajenado mental es lo contrario, toda vez que en virtud de su discapacidad, justamente, se presume que el inimputable de la capacidad para concebir el papel de “*autoridad*”, conocerlo, respetarlo y ajustar su comportamiento a dicho conocimiento. A su vez, el respeto por los integrantes de la familia no haría sino facilitar el cumplimiento de las obligaciones de éstos en materia de custodia y cuidado. De este modo, la presencia del criterio aquí analizado debe ser siempre valorado con especial consideración y énfasis. Por el contrario, en casos en las que se acredite lo inverso, esto es, que el sujeto enajenado mental no presenta respeto por la autoridad o los integrantes de su familia, no debería tener mayores repercusiones en la determinación de peligrosidad, toda vez que sería considerar a la inimputabilidad misma como “*peligrosa*” *per se* y en virtud de la exigencia de un comportamiento que no dice relación con la

---

<sup>127</sup> *Ibíd.* *ídem.*

afectación o puesta en peligro de algún bien jurídico relevante. Sumado a lo anterior, es cuestionable si la condición y las capacidades cognitivas del individuo estén en condiciones de poder abstraer la idea de “*autoridad*”, fenómeno que jurídicamente debiese considerarse una presunción simplemente legal desde la declaración de inimputabilidad.

**g. Criterios relativos a la Macro Red de Psiquiatría Forense.**

<b>Criterios relativos a la Macro Red de Psiquiatría Forense.</b>		
<b>Criterio.</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
<b>Falencias de la Macro Red de Psiquiatría Forense.</b>	5	5,2

**i. “Falencias de la red de psiquiatría forense”.**

Uno de los criterios más preocupantes es el que dice relación con atribuir peligrosidad a individuo por las falencias de la macro red de psiquiatría forense. Independiente del estado, de las condiciones y de la realidad de la macro red de psiquiatría forense, las circunstancias ajenas a la personalidad del sujeto no deben ser fundamento para la aplicación de medidas privativas o restrictivas de libertad, menos si se trata de deberes del sistema que debe protegerlos. Las omisiones del Estado no pueden serle atribuidas a los ciudadanos, menos en particular estado de indefensión, como lo es la discapacidad intelectual.

El derecho a la protección de la salud está dispuesto como una garantía constitucional para el ciudadano, no como una obligación a él. En el mismo sentido, los arts. 25 y 26 de la CDPD disponen el deber de los Estados Partes a tener servicios de salud preventivos, así como también se adquiere por parte del Estado el compromiso de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en dichos tratados, lo que incluye, a su vez, el disponer de instalaciones y de personal humano suficientes en cantidad y calidad como para dar cumplimiento a medidas impuestas por el mismo Estado.

Por otro lado, el criterio en cuestión es doblemente discriminador: en primer lugar, discrimina al sujeto en situación de discapacidad imponiéndole deberes desproporcionados en comparación con el resto de los ciudadanos, es decir, el tribunal realiza una distinción respecto del resto de la población que no tiene discapacidades mentales, intelectuales o cognitivas y a dicha categoría distinguida le incluye exigencias especiales, específicamente, hacer que el ciudadano con discapacidad deba garantizar su propio acceso a la justicia. En segundo lugar, además de imponerle el deber de garantizar su salud y el acceso a ésta, el Estado lo considera “*potencialmente delictivo*” por no poder ni él estado ni el ciudadano cumplir con dicho deber, en circunstancias en las que a un sujeto imputable no lo perjudicaría dicho escenario, menos dentro de un proceso penal.

#### h. Criterios sin determinar.

Criterios sin determinar.		
Criterio.	N°	%
Sin determinar	4	4,1

#### i. “Sin determinar”.

Los criterios sin determinar corresponden a aquellos casos en los que el tribunal no señaló ni reprodujo razones, fundamentos, argumentos o discernimientos, vulnerando el deber de fundamentación del art. 36 CPP y 297 inc. 2° CPP, toda vez que no da cuenta del razonamiento ni de los motivos de su resolución, más precisamente en consideración a qué se entiende por peligrosidad, por qué el sujeto es considerado peligroso, qué antecedentes o premisas se tuvieron en consideración para llegar a dicha conclusión y cómo se llegó a dicha convicción.

El correlato lógico de la presencia de esta circunstancia debería decantar, necesariamente, en la deducción de un recurso de nulidad, según lo dispuesto en el art. 374 letra e) CPP.

## V. Conclusiones.

1.- De los fallos analizados es posible concluir que la mayoría de los requerimientos de aplicación de medidas de seguridad fueron deducidos en contra hombres mayores de 18 años, chilenos, por conductas desplegadas en contexto de violencia familiar y/o conductas atentatorias contra la propiedad, cuya inimputabilidad y peligrosidad fue determinada por informes periciales emitidos por funcionarios del SML, presentan consumo de drogas y/o alcohol y, finalmente, estuvieron privados de libertad con ocasión del procedimiento que se dirigía en su contra por un periodo promedio de entre 6 meses y un año.

2.- Sin perjuicio de la utilidad y de la enfática protección que se dispone en tratados internacionales destinados a la protección de minorías y de grupos de personas en situación de vulneración o vulnerabilidad, no se detectaron casos en los que se invocara y/o aplicara normativa que diga relación con dichos grupos. De este modo, en sede judicial penal, existe un importante desamparo para el individuo que, además de ser imputado y enajenado mental, es indígena, mujer, niño, niña o adolescente y/o extranjero.

3.- La inmensa mayoría de los fallos analizados carecía de la enunciación de un concepto determinado de peligrosidad, sin embargo, un número importante de ellos se refirió al menos a (i) algunos elementos de lo que puede entenderse como concepto de peligrosidad y (ii) la relación de la peligrosidad con la aplicación de medidas de seguridad. Sin perjuicio de lo anterior, la totalidad las sentencias que consideraron definiciones de peligrosidad lo hicieron citando conceptos doctrinarios nacionales e internacionales. Las definiciones doctrinarias señaladas coinciden, básicamente, en que la peligrosidad se trata de un *“pronóstico de probabilidad de que el sujeto enajenado mental reitere conductas penalmente ilícitas”*, no coincidiendo en (i) el grado de certeza del pronóstico de probabilidad y (ii) la determinación de si el pronóstico de reiteración delictual debe versar sobre cualquier figura típica y antijurídica o si respecto de determinadas conductas. Sobre este último punto, consideramos que debe existir apego a lo dispuesto en el art. 455 CPP y que dicha probabilidad de reiteración de conductas debe versar única y exclusivamente sobre tipos penales que protejan bienes jurídicos personalísimos.

4.- En atención a que nuestro sistema de imposición de medidas de seguridad descansa sobre el presupuesto de exigencia de la comisión previa de un injusto – medidas de seguridad post delictuales – y que el fundamento de la intervención del Estado a través de la aplicación de medidas de seguridad es la peligrosidad *objetivada*, materializada y

manifestada por medio de la conducta del injusto, dicha objetividad también se extiende a la materia sobre la que versan los antecedentes calificados presentados para hacer presumir peligrosidad. De este modo, los hechos imputados no solo determinan la competencia del tribunal y los puntos que se han de probar en materia de existencia de los hechos y la intervención del sujeto enajenado mental en ellos, sino que además determina la pertinencia material de los antecedentes que hagan presumir futuros atentados contra el sujeto mismo o contra terceras personas.

5.- En la mayoría de los casos analizados, fue posible determinar los criterios usados por los tribunales de justicia para determinar cuándo se está frente a un sujeto peligroso y, de serlo, cuán peligroso es. Del mismo modo, es posible clasificar los criterios según el factor o canon predominante en cada uno de ellos. Lamentablemente, existieron casos en los que no se dio cuenta de criterio alguno.

6.- Respecto de los criterios usados para determinar peligrosidad que se identificaron, se detectaron situaciones lamentables que es de suma importancia erradicar si es que se quiere ejercer justicia e implementación de medidas de seguridad acorde a los principios básicos de un Estado Democrático de Derecho. En ese contexto, se detectaron cuatro tipos de criterios que no concuerdan con los valores referidos: (i) aquellos que contravienen o no aplican tratados internacionales o la legislación vigente, (ii) aquellos que vulneran la prohibición de *non bis in ídem*, (iii) aquellos que dicen relación con circunstancias que no son atribuibles de ningún modo al individuo o a su personalidad y, finalmente, (iv) aquellos criterios que no dicen relación alguna con la determinación de una personalidad peligrosa. Brevemente, los primeros casos dicen relación con aquellas circunstancias que por tratados internacionales son entendidas como situaciones, escenarios o contextos de vulnerabilidad y desigualdad, razón por la que merecen especial consideración por parte de los entes del Estado a fin de no caer en discriminación o estigmatización producto de dichas circunstancias, disponiéndolas incluso como elementos que deben ser considerados *a favor* del encartado. No obstante lo anterior, en las sentencias analizadas se detectaron casos en los que las mismas circunstancias referidas por tratados internacionales como situación de vulnerabilidad e indefensión eran entendidas como elementos constitutivos de peligrosidad y, por tanto, aplicadas en contra del enajenado mental. En este mismo grupo, destacan también aquellos casos en los que el criterio emanaba de la situación socioeconómica del individuo, ya sea por carecer de recursos, vivir en situación de calle o, en casos más



extremos, estar en estado de mendicidad y vagancia, en circunstancias en las que el legislador habría derogado y, por tanto, desconocido la ilegitimidad de dichas hipótesis. El segundo grupo de casos dice relación, principalmente, con la consideración del delito y su entidad como elemento constitutivo de peligrosidad, aplicando la valoración de esa categoría como presupuesto o condición de la imposición de una medida de seguridad, para determinar la peligrosidad del individuo y, por tanto, fundar la aplicación de una privación o restricción de libertad. El tercer grupo de criterios atribuye peligrosidad a la personalidad del sujeto a propósito de falencias, incumplimientos u omisiones de personas o instituciones respecto de las cuales el sujeto enajenado mental no tiene injerencia alguna, tales como, por ejemplo, el estado de la macro red de psiquiatría forense, deberes de cuidado y custodia por parte de terceros, existencia de una red de apoyo social y, en determinados casos, la carencia completa o la falta de adhesión a tratamientos. Finalmente, el cuarto grupo, dice relación con aquellos criterios que no dicen relación alguna con la determinación o la constitución de una personalidad peligrosa como lo son, por ejemplo, el coeficiente intelectual. La presencia o ausencia de este tipo de criterios no debería ser considerado para concluir o excluir peligrosidad, menos para poder definir si se es más o menos peligroso, esto en virtud de que no es relacionable ni vinculable la existencia de la circunstancia con la peligrosidad. Tomando el ejemplo dado, no se logra explicar cómo una persona con mayor o menor inteligencia es mayor o menormente peligroso.

7.- Al analizar la lista de criterios detectados en las sentencias analizadas es posible llegar a la conclusión de que uno y cada uno de los cánones esgrimidos por tribunales puede tener, de una u otra manera, alguna crítica u objeción, ya sea desde una perspectiva jurídica, científico social, médica, lógica, etc. Nada de eso es novedad, y es que al tratarse de un ejercicio de pronóstico de una conducta humana no existe un *método perfecto e infalible*<sup>128</sup> para poder afirmar con certeza inequívoca que un individuo delinquirá o no delinquirá en el futuro. De este modo, el concepto de peligro o de riesgo de reiteración delictual escapa de las metodologías y de los razonamientos científicos tradicionales – *ciencias duras* -, y se desarrolla en el terreno más pantanoso y ambiguo de las ciencias sociales: determinar el futuro de la conducta humana. Ahora bien, lo anteriormente dicho no quiere decir que no existan métodos o criterios de determinación de peligrosidad que se ajusten de mejor o peor manera a los valores y principios propios de un Estado

---

<sup>128</sup> ZIFFER, p. 196.

Democrático de Derecho, de forma tal que, si bien es cierto, es imposible adelantarse de manera eficaz, certera e innegable a aquello que una persona puede hacer o no hacer, dando siempre cabida a la duda – razonable – y a la especulación en sentido contrario al que se profesa, si existen modalidades de pronóstico que tienen cabida en la legitimidad. Por tanto, dentro de nuestras imposibilidades, hemos de optar por aquello que más estrictamente se apegue a las nociones elementales de nuestro ordenamiento jurídico, sin olvidar el especial estado de indefensión de aquellos respecto de los que se pronostica la peligrosidad.

8.- Tal como se indicó en la introducción, la situación del imputado enajenado mental en el proceso penal chileno es lamentable, y la responsabilidad de dicho estado es compartida por los intervinientes, la judicatura, las instituciones cooperadoras de justicia, el Estado y la sociedad en su totalidad. Si bien, ya es difícil ser una persona que padece discapacidades, más aún lo es cuando el aparataje estatal dirige un proceso penal en contra de ella, dejando al individuo en una situación de importante desamparo y discriminación por parte del mismo ordenamiento que lo juzga, muchas veces, sin siquiera dar razones y fundamentos en dicho juzgamiento.

## VI. ANEXOS.

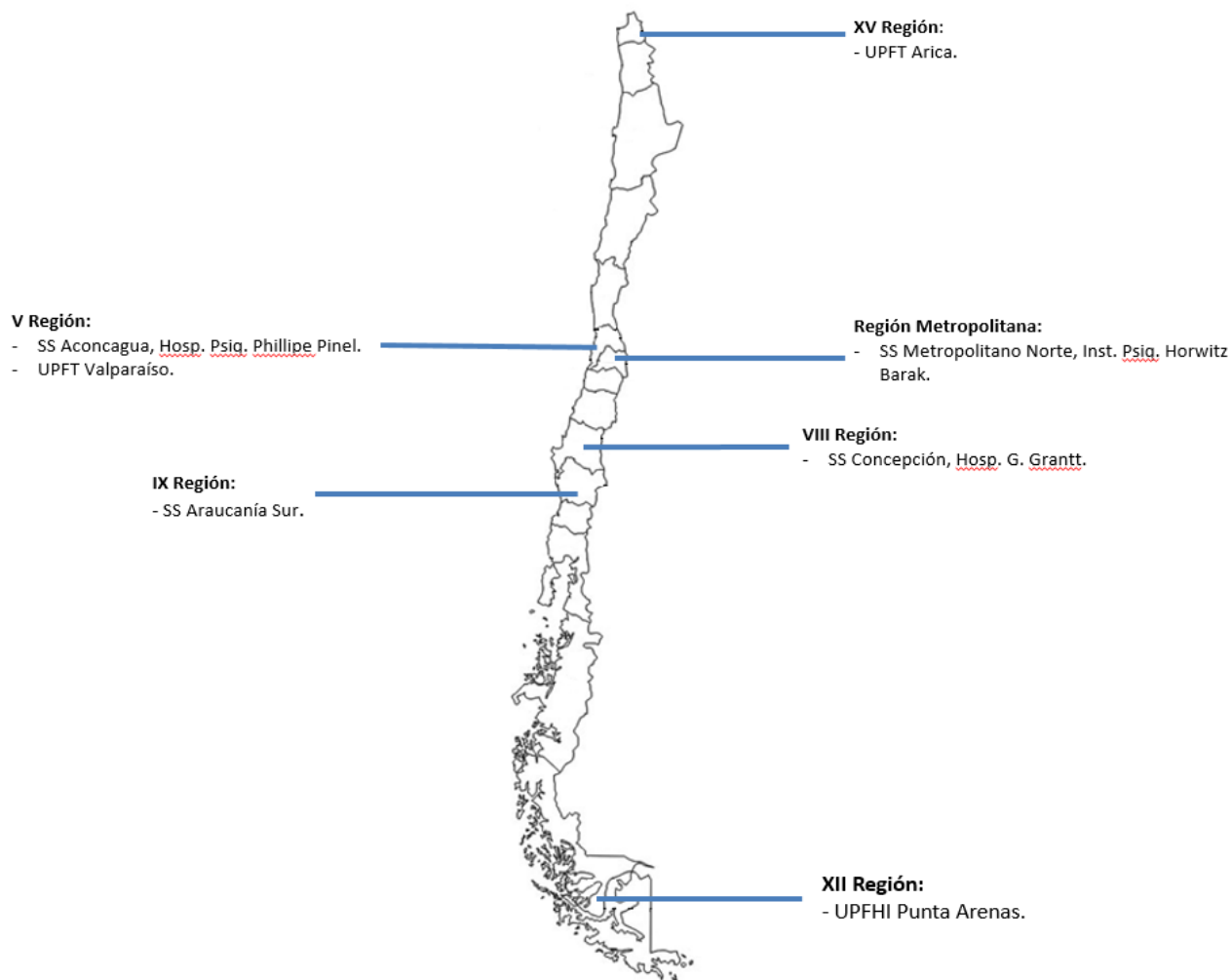
### Anexo 1.

*Cuadro resumen de la cantidad y los porcentajes de medidas de seguridad y absoluciones que se resolvieron en las sentencias analizadas, así como también las extensiones concretas por las que se aplicaron las medidas de seguridad.*

	Faltas			Presidio menor			Presidio mayor			TOTAL	%
Marco penal	01-20 días	21-40 días	41-60 días	61-540 días	541 días-3 años	3,1-5 años	5,1-10 años	10,1-15 años	15,1-20 años		
Custodia y tratamiento	x	x	1	9	6	x	1	x	x	17	17,7
Internación	x	x	x	19	18	14	13	3	x	67	69,79
Mixtas	x	x	x	x	1	x	1	x	x	2	2,08
Absoluciones	x	x	x	x	x	x	x	x	x	10	10,41
<b>TOTAL</b>	x	x	1	28	25	14	15	3	x	96	100
%	x	x	8,601	32,55	29,06%	16,27	17,44	3,4	x	86	100

## Anexo 2.

Mapa de Macro Red de Psiquiatría Forense Chilena, según integrantes de la Comisión Nacional de Psiquiatría Forense.



**VII. Lista de sentencias analizadas.**

N°	ICA	TJOP	RIT	RUC	FECHA
1	Arica	Arica	125-2015	1400708606-8	29-abr-15
2	Iquique	Iquique	448-2014	1210027897-7	29-abr-15
3	Iquique	Iquique	504-2015	1301238763-0	28-10-2015
4	Iquique	Iquique	676-2016	1500801091-6	13-06-2017
5	Iquique	Iquique	55-2017	1510025158-K	12-05-2017
6	Antofagasta	Antofagasta	137-2012	1200231863-4	22-06-2012
7	Antofagasta	Antofagasta	344-2012	1100795655-1	21-12-2012
8	Antofagasta	Antofagasta	165-2013	1200560411-5	01-06-2013
9	Antofagasta	Antofagasta	9-2014	1200129684-K	27-01-2014
10	Antofagasta	Antofagasta	4-2015	1400254551-K	10-02-2015
11	Antofagasta	Antofagasta	324-2015	1500433047-9	30-11-2015
12	Antofagasta	Antofagasta	420-2015	1500420091-5	20-02-2016
13	Antofagasta	Antofagasta	160-2016	1501016106-9	08-06-2016
14	Antofagasta	Antofagasta	306-2016	1600049529-1	20-08-2016
15	La Serena	La Serena	189-2006	0600127272-K	31-03-2007
16	La Serena	La Serena	272-2015	1400888238-0	10-08-2015
17	La Serena	La Serena	33-2016	1500301672-K	09-03-2016
18	La Serena	La Serena	77-2016	1401214675-3	25-04-2016
19	La Serena	La Serena	116-2017	1600592328-3	19-05-2017
20	Valparaíso	Quillota	197-2015	1500394906-8	08-04-2016
21	Valparaíso	Los Andes	15-2016	1500992275-7	08-04-2016
22	Valparaíso	Valparaíso	78-2015	1400319639-K	25-04-2015
23	Valparaíso	Valparaíso	187-2017	1600282970-7	14-06-2017
24	Valparaíso	Viña del Mar	215-2013	1201121275-K	17-07-2013

N°	ICA	TJOP	RIT	RUC	FECHA
25	Valparaíso	Viña del Mar	240-2013	1200347399-4	06-09-2013
26	Valparaíso	Viña del Mar	244-2013	1300068120-7	09-09-2013
27	Valparaíso	Viña del Mar	85-2014	1300672744-6	29-08-2014
28	Valparaíso	Viña del Mar	84-2016	1500493926-0	25-04-2016
29	Valparaíso	San Felipe	62-2012	1001129782-5	23-01-2013
30	Valparaíso	San Antonio	114-2014	1600529636-K	23-06-2017
31	Valparaíso	San Antonio	203-2016	1500414952-9	03-12-2016
32	Santiago	Colina	26-2006	1500414952-9	23-02-2007
33	Santiago	Colina	55-2007	0600618844-1	13-02-2008
34	Santiago	1° de Santiago	75-2015	1400738172-8	05-05-2015
35	Santiago	1° de Santiago	215-2015	1400829212-5	23-11-2015
36	Santiago	1° de Santiago	252-2016	1501041450-1	18-01-2016
37	Santiago	2° de Santiago	362-2016	1500517615-5	22-08-2016
38	Santiago	2° de Santiago	228-2017	1600084652-3	28-06-2017
39	Santiago	3° de Santiago	140-2010	1000078765-0	23-11-2011
40	Santiago	3° de Santiago	128-2016	1401213211-6	23-07-2016
41	Santiago	3° de Santiago	121-2017	1600445235-K	04-07-2017
42	Santiago	5° de Santiago	146-2009	0900183622-3	22-12-2009
43	Santiago	5° de Santiago	18-2010	0801088020-4	15-04-2010
44	Santiago	5° de Santiago	111-2010	0900143458-3	18-04-2011
45	Santiago	5° de Santiago	3-2016	1300818206-4	12-02-2016
46	Santiago	5° de Santiago	120-2016	1500370789-7	14-07-2016
47	Santiago	5° de Santiago	5-2017	1600376648-2	20-04-2017
48	Santiago	6° de Santiago	502-2007	0700476277-0	24-01-2008

N°	ICA	TJOP	RIT	RUC	FECHA
49	Santiago	6° de Santiago	562-2010	0700476277-0	18-10-2010
50	Santiago	6° de Santiago	118-2014	1300469539-3	07-05-2014
51	Santiago	7° de Santiago	72-2012	100094614-7	31-08-2012
52	Santiago	7° de Santiago	295-2013	1400525192-4	29-01-2016
53	Santiago	7° de Santiago	54-2017	1600410843-8	28-04-2017
54	Santiago	7° de Santiago	63-2017	1501174373-8	03-05-2017
55	San Miguel	Puente Alto	72-2007	0600347755-8	08-08-2007
56	San Miguel	Puente Alto	87-2009	0800514189-4	07-07-2009
57	San Miguel	San Bernardo	93-2006	0600066290-7	19-12-2006
58	San Miguel	Talagante	145-2014	1400245045-4	13-12-2014
59	Rancagua	Rancagua	223-2011	1000130755-5	17-09-2011
60	Rancagua	Rancagua	162-2012	1101196770-3	13-07-2012
61	Rancagua	Rancagua	537-2015	1510003518-6	12-04-2016
62	Rancagua	Rancagua	58-2016	1500289533-9	08-04-2016
63	Rancagua	Rancagua	152-2016	1500075211-5	14-06-2016
64	Rancagua	Rancagua	164-2016	1500837434-9	20-06-2016
65	Rancagua	Rancagua	387-2016	1400960593-3	28-11-2016
66	Rancagua	Santa Cruz	86-2015	1400111261-K	18-6-2017
67	Rancagua	Santa Cruz	140-2015	1500367327-5	18-07-2014
68	Rancagua	San Fernando	64-2016	130076430-8	04-11-2015
69	Talca	Cauquenes	7-2006	0500375845-3	25-02-2015
70	Talca	Cauquenes	10-2007	0400336439-4	14-06-2006
71	Talca	Talca	55-2011	1000521646-5	16-10-2007
72	Talca	Talca	103-2013	1210012127-K	13-06-2011

N°	ICA	TJOP	RIT	RUC	FECHA
73	Talca	Linares	120-2015	1300943623-K	01-12-2015
74	Talca	Linares	13-2016	1500153166-K	15-02-2016
75	Talca	Curicó	3-2006	0400122480-3	08-03-2006
76	Talca	Curicó	75-2009	0801078743-3	12-11-2009
77	Chillán	Chillán	104-2016	1500156701-K	08-07-2016
78	Chillán	Chillán	165-2016	1600587968-3	23-09-2016
79	Chillán	Chilán	265-2016	1500875984-4	12-01-2017
80	Concepción	Concepción	544-2013	1210001087-7	23-01-2014
81	Concepción	Concepción	164-2015	1410011933-2	28-04-2015
82	Temuco	Angol	13-2008	0700579743-2	18-03-2008
83	Temuco	Angol	33-2012	1101270284-3	22-05-2012
84	Temuco	Angol	2-2015	1400324120-4	10-02-2015
85	Temuco	Temuco	248-2014	1300621994-7	25-05-2005
86	Temuco	Temuco	61-2015	1400111602-K	29-04-2015
87	Temuco	Temuco	323-2016	1610000187-3	06-01-2017
88	Valdivia	Valdivia	43-2009	0800211865-4	14-12-2009
89	Valdivia	Valdivia	82-2010	0900241740-2	19-10-2010
90	Valdivia	Valdivia	131-2016	1500991411-8	19-12-2016
91	Valdivia	Osorno	96-2014	1201019153-8	14-08-2014
92	Valdivia	Osorno	51-2015	1400196354-7	20-05-2015
93	Valdivia	Osorno	78-2016	1501093604-4	26-09-2016
94	Puerto Montt	Puerto Montt	58-2016	1301021088-1	30-05-2016
95	Puerto Montt	Castro	4-2017	1510002906-2	13-03-2017
96	Coyhaique	Coyhaique	37-2009	0700721034-K	01-12-2009



## VIII. Bibliografía.

- ANDRÉS-PUELLO, Antonio. "Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico". Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad / coord. por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.). (2013)
- BUSTOS Ramírez, Juan y HORMAZÁBAL Malarée, Hernán. "*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*". Editorial Trotta. (2006).
- CURY Urzúa, Enrique. "*Derecho Penal. Parte General*". Ed. Universidad Católica. (2009).
- ETCHEVERRY, Alfredo. "*Derecho Penal. Parte General*". Ed. Jurídica de Chile. (1998)
- FALCONE Salas, Diego. "*Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile*". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX. (2007).
- GÓMEZ Raby, Alejandro. "*Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la Ley N° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación y otras cuestiones no resueltas*". Justicia y Derechos del Niño. N° 8, Santiago, UNICEF. (2008).
- GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. "*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*". Ed. Legal Publishing. 6° Edición.
- HORVITS Lennon, María Inés. "*El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno*". Revista de Estudios de la Justicia (REJ). N° 10. (2008).
- HORVITS Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. "*Derecho Procesal Penal Chileno*". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p. 556. (2004).
- JAKOBS, Günther. "*Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y teorías de investigación)*" trad. J. Cuello C. y L. Serrano G., Madrid, Marcial Pons. (1995).
- LEVENE, Ricardo. "*Temas criminológicos*". Fondo Editorial de Derecho y Economía. (1992).
- MATUS, POLITOFF y RAMÍREZ, "*Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*". Editorial Jurídica de Chile. 2° Edición, (2016).

- MIR, Santiago. "*Derecho penal, parte general*". Editorial Reppertor 6° Edición. (2002).
- NOVOA Monreal, Eduardo. "*Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*". Editorial Jurídica de Chile. (1960).
- ORTIZ Quiroga, Luis y ARÉVALO Cunich, Javier. "*Las consecuencias jurídicas del delito*". Editorial jurídica de Chile. (2013).
- RAMOS, César y otros, "Penas Sustitutivas de la Ley 18.216", Defensoría Penal Pública, Departamento de estudios. (2014).
- ROJAS, Luis Emilio. "¿Procedimiento especial para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad?". Boletín Ministerio Público. No. 3 (2001).
- SERRANO Maíllo, Alfonso. "*Introducción a la criminología*". Editorial Dykison. 5° Edición. (2008).
- SILVA Sánchez, José María. "*Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi\_imputables (con especial referencia al Proyecto CP 1994)*". Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Vol 2. (1998).
- VERA Vega, Jaime, "*Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente (un análisis de sus disposiciones desde la perspectiva de la peligrosidad criminal)*", Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 12. (2013)
- VIDAL, Rubén y otros, "*La inserción aboral de personas con discapacidad intelectual en Chile*". (2013).
- ZIFFER, Patricia. "*Medidas de Seguridad*". Ed. Hammurabi. (2008).

