

Estado constitucional, medida de seguridad y derecho de igualdad y no discriminación en el sistema penal

The Constitutional State, security measures, equality and non-discrimination in the criminal justice system

Viviane Monteiro

Doctoranda en Criminología, Universidad de Granada, España. Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

Correo electrónico: wanems@hotmail.com

Resumen

Las relaciones entre el Estado, el derecho de igualdad y no discriminación y la forma en la que se comprende el trastorno mental, así como el tratamiento que recibe por parte del sistema penal, han evolucionado. De esta manera, es esencial comprender cómo se teje su dinámica para evidenciar que su interacción ha producido la discriminación sistemática y en forma persistente de los enfermos mentales en las diversas épocas. Esta situación no puede permanecer impune en los días actuales, ya que la discriminación de los enfermos mentales en el sistema penal es incompatible con el Estado constitucional de derechos y justicia. La solución está en el respeto y la promoción del derecho a la salud mental de forma universal, con la utilización del tratamiento idóneo conforme los estándares internacionales y dejando de lado el internamiento, que es un tratamiento ineficiente.

Palabras clave: Estado constitucional; medida de seguridad; igualdad y no discriminación; salud mental; Ecuador.

Abstract

The relationship between State, the right to equality and non-discrimination and the way in which mental health is comprehend, as well as its treatment within the criminal justice system have come a long way. As such it is essential to comprehend how its dynamics are intertwined in order to highlight how their interactions have produced systemic discrimination towards people with mental health disorders in various epochs. Such a situation may not go on unpunished in current times, as discrimination towards people with mental health disorders in the criminal justice system is incompatible with a Constitutional State of Rights and Justice. The solution is to respect and promote the right to universal mental health through the application of adequate treatments that adhere to international standards and that dismiss the possibility of committing a patient as it has proven to be inefficient.

Keywords: constitutional State; security measures; equality and non-discrimination; mental health; Ecuador.

Recibido: 1-septiembre-2015. Aprobado: 24-septiembre-2015.

¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medida, no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviatán estatal?

Francisco Muñoz Conde

1. Introducción

La medida de seguridad, en cuanto sanción penal aplicada a las personas con trastorno mental¹ que cometieron crímenes, constituye una forma de discriminación de los enfermos mentales en el sistema penal y dicha situación es incompatible con el Estado constitucional de derechos y justicia. Para comprender la dinámica entre los siguientes institutos jurídicos: Estado, igualdad y medida de seguridad, en la primera parte del artículo se realiza un análisis histórico comparativo de estos conceptos clave con la finalidad de determinar el ritmo de su evolución histórica y si estuvieron en compás entre ellos.

Al respecto, es importante precisar que ninguno de los conceptos que trataremos es una construcción reciente. De esta manera, se tiene noticia de formas de Estado desde la Antigüedad, los llamados Estados primitivos, teocráticos o imperiales, de la misma forma en que la idea de igualdad reclamaría un estudio por lo menos desde la formulación clásica aristotélica y; en lo que toca a las concepciones de la locura, de igual forma se podría regresar a la concepción religiosa dominante desde la Antigüedad clásica hasta la Edad Media; respecto de la punición de la locura, esta se remonta a la aplicación de la custodia por el derecho romano.

No obstante, para los objetivos de este artículo se tendrá como punto de inicio el siglo XVIII, cuando nace la primera versión de Estado de derecho: el Estado liberal, para analizar paralelamente cómo avanzaron las concepciones que son objeto de estudio, entre las principales, el Estado, el derecho a la no discriminación, las concepciones modernas de locura y la forma en la que el sistema penal interactúa con la locura, es decir, la inimputabilidad del sujeto y su consecuencia jurídica, la medida de seguridad.

Posteriormente se realizará un análisis de la relación entre la concepción y aplicación de las medidas de seguridad en Ecuador y la vulneración al principio de igualdad y no discriminación, justificando la flagrante incompatibilidad con el Estado constitucional de derechos y justicia, para finalmente proponer la adopción en el ámbito penal del Modelo de Atención de Salud Mental, en el marco del Modelo de Atención Integral de Salud (MAIS) —con enfoque familiar,

1 Cabe aclarar que a lo largo de este artículo son también utilizados los términos *enfermedad mental*, *locura* y *sufrimiento mental* como equivalentes a la expresión *trastorno mental*, puesto que los instrumentos internacionales, las normas ecuatorianas y la doctrina médica y legal utilizan todos ellos indistintamente. El uso de estos términos varía conforme el contexto histórico, no obstante, es perceptible en la psiquiatría moderna la preferencia del uso del término *trastorno mental* sobre los demás.

comunitario e intercultural—, como modelo de atención a la salud mental universal en el país, siguiendo los estándares internacionales sobre el tema.

2. El inicio del Estado moderno: el Estado absolutista

El Estado moderno, que resurgió después del fin de la Edad Media, nace con un perfil absolutista en el que se adscribía al emperador o monarca como el Estado y en el que estaba vigente la unión entre la Iglesia y la monarquía. El Tratado de Westfalia de 1648 establece que se debe respetar la unidad e identidad territorial de cada nación y además determina la necesidad de reconocer un poder central soberano con capacidad de oposición a los demás Estados (Dallari, 1989). En consecuencia, el poder estaba concentrado en una persona o clase y se autolimitaba, mientras que las demás personas tenían calidad de súbditos, es decir, no poseían derechos (Ávila, 2008).

Este modelo de Estado, llamado por Ferrajoli Estado paleoliberal, se identificó con lo que llama el autor *indiferencia jurídica ante las diferencias*. La marca característica de esta concepción es que las diferencias son simplemente ignoradas, dejando que las relaciones de fuerza y de poder en la sociedad se encarguen de ellas, según el paradigma del Estado de naturaleza (Ferrajoli, 2010).

En lo que toca a las personas con trastorno mental y de manera coherente con esa concepción histórica, se mantenía la hegemonía del fundamento religioso de comprensión de la locura. En efecto, entre los siglos xv y xvi se retomaron las ideas predominantes desde la Antigüedad clásica, con algunas variaciones trascendentales fundadas en el establecimiento de las doctrinas cristianas. La causa de la locura sería entonces una obra directa del demonio² o indirecta a través de la brujería o hechicería, que se apodera de la parte física de la persona, instalándose en su cerebro, puesto que el alma está reservada para Dios (Monteiro, 2015). Como consecuencia de este proceso de *demonización* surgen los procedimientos de exorcismo, pues existía la creencia de que esta posesión demoníaca era sinónimo de un castigo divino, como relata Pessoti “la pérdida de razón o descontrol emocional tienen una marca de condenación y culpa” (1997: 206). De esta forma, en esta etapa la locura comienza a ser estigmatizada moralmente, lo que no acontecía en la Antigüedad (Monteiro, 2015).

La enfermedad mental, para este modelo, tiene una causa sobrenatural, divina, benigna o maligna, condición que determina que un enfermo mental no tenga la obligación de responder por sus actos. No obstante la ausencia de un control estatal o jurídico de las personas con trastorno mental, la cohesión de fuerzas sociales actuaba libremente para excluir a estas personas del convivio social, sin la intervención del Estado. El mencionado reconocimiento, por lo tanto, no absolvió a los locos del control social, de hecho, tanto el loco que cometió crímenes, cuanto el que no lo hizo, recibían igual tratamiento (Monteiro, 2015). Michel Foucault

2 El término locura es reemplazado por el de ‘demonismo’.

hace un interesante relato en el cual menciona rituales de exclusión presentes en la Edad Media: “En uno de estos rituales, los locos son perseguidos por la ciudad, con la población armada hasta que dejen el lugar. Otra forma de alejamiento es la entrega de locos a mercaderes y marineros, que los abandonan en locales lejos, para que no encuentren más el camino de vuelta” (Foucault, 1995: 11-12).

Desde el punto de vista penal, estructura con la que se conoce la medida de seguridad es una creación que empieza a delinearse en el cientificismo del siglo XIX, aunque la historia del control jurídico de la locura tiene precedentes igualmente mucho más antiguos. Como ejemplo se observa la presencia de medidas preventivas que fueron aplicadas a las personas que sufrían de un trastorno mental desde el derecho romano, a las cuales no se aplicaba la pena, pero sí la custodia. En este particular, destaca Marco Polo Levorin que la custodia fue un importante precedente de la internación, una de las peculiaridades más notorias de la medida de seguridad (2003). El mismo autor describe, además, las varias medidas preventivas extremas que desde la Antigüedad se han aplicado a los considerados locos, prostitutas, criminales habituales, homosexuales y vagos con el objetivo de excluirlos y así tratar de impedir la reincidencia. A ejemplo del tratamiento dado a los extranjeros por el mismo derecho romano, una vez que eran vistos como aquellos que, aunque convivían en la sociedad, no poseían ningún derecho, pues eran los extraños, los que estaban fuera de la comunidad, como enseña Zaffaroni (2006).

3. El Estado legal de derecho o Estado liberal

El modelo de Estado absolutista comenzó a declinar con la Revolución burguesa en el siglo XVIII, hecho que generó la hegemonía del Estado liberal. A su turno, este modelo de Estado es considerado como la primera expresión del Estado de derecho. Aquí es necesario subrayar que para la mayor parte de la doctrina el Estado de derecho es verdadero género, del cual el Estado liberal —surge en el siglo XVIII—, también conocido como Estado legal de derecho, y el Estado social, emergente entre el fin del siglo XIX y comienzos del siglo XX, son especie. Estos dos momentos históricos tuvieron en común el hecho de que el Estado actuaba por medio de un bloque coherente de normas generales y se organizaba mediante la separación de poderes (Díaz, 1975). Aunque en el Estado legal de derecho existe una constitución, no es suyo el protagonismo del ordenamiento jurídico, ya que la hegemonía es conferida a la ley en sí misma. Veamos la descripción que realiza Ávila:

Los límites del Estado los impone el Parlamento: el Ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “la boca de la ley”. El Parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente Código Civil y Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia el reconocerlos y protegerlos (2008: 20).

En lo que toca a las particularidades del Estado liberal, este va a distinguirse por la concepción burguesa del imperio de la ley que emana de los representantes del pueblo, que postula la no intervención del Estado en la economía y tiene una concepción de derechos encarada desde el punto de vista meramente individual. El derecho es el instrumento para la limitación del Estado y la manutención de los derechos y las garantías individuales, aspecto que representó un importante avance en este entonces. La minimización de la actuación del Estado también permitió el avance de la iniciativa privada y del capitalismo y la jerarquización del interés individual sobre el colectivo.

Por otra parte, y con fundamento en el contractualismo, el Estado liberal se destaca por el no intervencionismo en la economía y tiene en común con fenómenos recientes como el neoliberalismo y la globalización, el individualismo, la protección a la libertad, la limitación a la intervención estatal, el control del poder Ejecutivo por el Legislativo, entre otras (Leopoldino, 2000). En este contexto nace lo que llamó la doctrina tradicional de primera generación de derechos humanos con franca predominancia de las libertades individuales.

Según Ferrajoli, en el comienzo del desarrollo del Estado liberal se produjo una primera etapa de *diferenciación jurídica de las diferencias* (2010), en la que existe una “jerarquización de las diferentes identidades”, lo que significa que las diferencias son utilizadas para posicionar a unos en la cima de la estructura de poder, gozando de privilegios por sus características personales, y a los demás en un estatus de sumisión. Se trata de un paradigma formal discriminatorio, puesto que las normas liberales eran pensadas para *el sujeto macho, blanco y propietario* y justificaba la discriminación formal e, incluso, la esclavitud de los que no estaban en el padrón (*Ibid.*).

Pero la concepción de la igualdad que se constituyó en el modelo por excelencia del Estado liberal, proclamando la igualdad formal y abstracta, que anulaba las diferencias y las identidades en nombre de una artificial homogenización, en realidad fue la *homologación jurídica de las diferencias*. La consecuencia directa de la adopción de este modelo es que no existe discriminación en el plano jurídico, ya que todos eran simplemente considerados iguales ante la ley, aunque el desconocimiento de las singularidades y consecuentes necesidades generó una “penalización de hecho por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad” (*Ibid.*: 10).

En esta misma época, la concepción de la locura sufrió un gran impacto del cientificismo propio del siglo XIX, que trajo consigo la hegemonía de su concepción orgánica. Este modelo pretendía encontrar una causa física para la explicación de la locura, entendida por la doctrina de la época como originada en el sistema nervioso, y consecuentemente buscó su cura por medio de la utilización de fármacos y medicinas.

En este momento histórico los locos se encontraban confinados en las prisiones, mezclados con todos los excluidos de la sociedad. En el siglo XVII se crearon los grandes hospitales y la masa de diferentes fue trasladada hacia estos. Sin embargo, aún no existían criterios distintivos para la internación y en estas instituciones se

recibían tanto a los pobres y miserables como a todos los tipos de enfermos mentales. La finalidad fue, una vez más, su aislamiento, buscando consiguientemente la purificación u homogeneización de la sociedad (Monteiro, 2015).

Según Gomes, dos acontecimientos tienen mucha importancia para la forma prejuiciosa como entendemos la locura hasta la actualidad, uno es la reforma protestante y el otro tiene que ver con las ideas de la selección natural de Darwin:

La reforma protestante se sostiene en que la salvación viene a través del trabajo [...]. Los locos y los pobres comienzan a ser cuestionados por vivir en ociosidad. Juzgase que se encuentran en el ocio y no producen riquezas [...]. Pasan a ser temidos como amenaza social [...]. Hay la prohibición para que sean ayudados, a no ser por las instituciones oficiales. El loco es mirado como un ser inferior, incompetente y desadaptado para el trabajo. Las ideas de selección natural de Darwin sirven para ver al loco como un ser más débil (Monteiro, 2006: 18-19).

El surgimiento, a partir de la mitad del siglo xvii, de la definición médica de la locura no mejoró su comprensión, sirviendo solamente como una legitimación científica de la exclusión sistemática con la que fueron tratados quienes con ella sufrían.

Paralelamente a la nueva concepción orgánica de la locura, el derecho penal ve nacer en el siglo xviii la escuela clásica que reclamó principalmente la humanización de las penas, la proporcionalidad entre ellas y el delito, el principio de la legalidad estricta y el debido proceso. Las prisiones que inicialmente fueron denominadas como casas de corrección ya eran una realidad y esta escuela veía en el cumplimiento de la pena privativa de libertad la prevención general. En otras palabras, se buscaba la intimidación que la amenaza de la pena ejerce en la sociedad y, de esta forma, la pena tendría un carácter preponderantemente retributivo (Monteiro, 2015).

Con el siglo xix y la escuela positivista del derecho penal, la pena viene a ser comprendida no con el objetivo de retribuir un mal, sino con el de evitar que el agente vuelva a cometer otro delito. Como se puede apreciar, la premisa cambia radicalmente, puesto que anteriormente en el análisis del derecho penal el hecho criminoso era el protagonista y ahora el centro de atención es la persona que cometió el delito. Esta concepción es fundamental para comprender la lógica de la medida de seguridad. En este momento histórico se nota la poca efectividad de la pena ante los altos niveles de reincidencia y se impone la necesidad de crear alternativas para ella (*Ibid.*).

La escuela científicista o positivista creía que todo podría ser explicado por la causalidad, incluso —y sobre todo— el delito, comprendido por las determinantes biológicas, sociales y psicológicas. La necesidad de defensa social impulsaba entonces la concepción determinista del hombre que llevó a la consideración de dos posibilidades: a) la resignificación de la pena, mantenida como única sanción penal, pasando a ser comprendida como tratamiento y no como punición y, b) el mantenimiento de la pena como retribución y la creación de otra respuesta penal paralela, de carácter preventivo, para el tratamiento de los delincuentes habituales, los reincidentes, los menores y los locos. El delito pasa a ser visto como una enfermedad social que, por lo tanto, necesita de tratamiento (*Ibid.*).

Según Eduardo Reale Ferrari “al adoptar la ideología del tratamiento, optaban por una concepción preventista, seleccionando en la defensa social, en el determinismo, en la peligrosidad y en el utilitarismo los principios para esta categoría de respuesta sancionatoria” (2001: 20). En verdad, para los positivistas, la defensa social permitiría la segregación de los que no se adaptan a la sociedad y, en nombre de este objetivo, el control social debería ser una forma de remedio social ejercida por el derecho penal.

El criminal es considerado un no adaptado que no tendría opción, ya que es determinado por la sociedad y por sí mismo, psicológica y biológica u orgánicamente, en coherencia con la concepción de locura de su tiempo. En ese sentido, si la sanción no podría basarse en la culpabilidad, puesto que está ausente el libre albedrío, sería necesario buscar otro fundamento. Así nace la moderna versión de la peligrosidad, una vez que la delincuencia fue entendida como una fatalidad biológica para estas personas —y no una opción—, al respecto se debe recordar la concepción de criminal nato. La peligrosidad entonces justifica el tratamiento y pasa a ser la razón de ser de la sanción penal que tiene por finalidad la no reincidencia y la protección social.

Según Zaffaroni, en esta época el criminal y los individuos con trastorno mental que cometieron crímenes fueron vistos como *extraños*, siendo concebidos como alguien “biológicamente inferior, no en razón del género como en el caso de las brujas, sino por un criterio patológico o porque se consideraba que pertenecía a una raza no suficientemente evolucionada o por ser un degenerado” (2006: 128).

4. El Estado social: transitando entre el Estado legal y el Estado constitucional de derecho

El fin del siglo XIX y comienzo del siglo XX trae a la escena al Estado social, preocupado por contrarrestar “el dominio de los procedimientos (aspecto formal) sobre los aspectos materiales (contenidos)” (Barreto, 2006: 151), con un Estado intervencionista reclamado por el gran contingente proletario que la Revolución industrial y el avance acelerado del capitalismo generaron. El reclamo por una igualdad material cobra protagonismo y reclama por un modelo de Estado que intervenga en las cuestiones sociales y económicas y combata las desigualdades. Históricamente se reconoce como primera versión de Estado social el que fue plasmado en la Constitución mexicana de 1917.

No obstante, más allá de su postura diversa frente a los derechos sociales, el Estado social nace estructuralmente como una nueva versión del Estado legal de derecho. El Estado constitucional (y social) de derecho solamente sería viable en Europa después del fin de la Segunda Guerra Mundial como expresión de la necesidad de limitar de forma más eficiente el poder del mismo Estado, ya que el Estado legal fue importante colaborador para la ascensión de los Estados totalitarios.

Como ejemplo, cabe recordar la Constitución alemana de Weimar, primera versión formal de un Estado de derecho moderno, símbolo de la crisis del Estado liberal y de la ascensión del Estado social, que existió desde 1918 hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de su relevancia y del protagonismo de los derechos sociales, no hubo obstáculo para que el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, mediante varias reformas legales, invalidara el contenido constitucional y estableciera el Estado nazi legalmente.

Una vez más, según la lección de Ferrajoli, en este momento histórico emerge lo que él llama el cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, en el cual comienza a diseñarse la *igual valoración de las diferencias*. Según el autor en este modelo “no se desconoce (sic) las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás” (Ferrajoli, 2010: 4). A partir de este momento y con el robustecimiento del fenómeno de la internacionalización desde 1945, el sistema de protección de derechos humanos pasa de una primera fase de insuficiente de protección general de los derechos hacia la protección especial de los sujetos vulnerables.

Al respecto, Flavia Piovesan considera que junto al derecho a la igualdad surge el derecho a la diferencia, ya que las personas deben ser respetadas y protegidas en su particularidad (2006). Esto es exactamente lo que defiende Boaventura de Sousa Santos cuando enuncia que “tenemos el derecho de ser iguales cuando nuestra diferencia nos inferioriza; y a ser diferentes cuando nuestra igualdad nos descaracteriza. De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades” (2003: 458).

En este mismo momento histórico, en lo que respecta a las concepciones de la locura, entra en vigencia un nuevo modelo: el modelo psicológico que, originado en la tragedia griega, fue retomado en la modernidad por Philippe Pinel. Su teoría se basó en el tratamiento moral, así, el origen de la locura estaba en las pasiones y su cura en una práctica terapéutica sin el uso de medicinas. Hay entonces una nueva visión de la psiquiatría sobre el paciente, alejándose de los patrones puramente orgánicos y *científicos* hasta entonces utilizados como absolutos (Monteiro, 2015).

Sobre este particular, Foucault observa un cambio importante en la concepción de los manicomios, ya que para el éxito del tratamiento pasan a ser considerados otros factores como las condiciones físicas de la institución y la relación afectiva entre el médico y el enfermo mental: “Abandonada la finalidad de pura exclusión y custodia, cambiase el papel de la medicina. El equipo médico pasa a tener finalidades de sanación y terapia. Así tiene gran importancia, ya que debe quedarse el mayor tiempo posible con el paciente, interactuando con él, para buscar traer de vuelta su racionalidad” (1995: 503).

Las propuestas de Pinel, continuadas por Jean-Étienne Esquirol, representaron en su tiempo un gran avance, pero no se puede dejar de estar de acuerdo con

la crítica de Michael Foucault, para quien las consecuencias del modelo de Pinel son tres:

a) Se permite que la libertad del loco actúe, pero en un espacio cerrado y rígido; b) Si hay la liberación de las consecuencias de la práctica del delito, por otro lado el loco es mirado como preso en un determinismo de los mecanismos que sobre él actúan, tornándolo irresponsable. Su irresponsabilidad es algo de la competencia médica. El loco vive la inocencia del delito, en una situación de no libertad; c) Las corrientes que impiden el ejercicio de la libre voluntad del loco son abiertas. Todavía, la voluntad de este es sustituida por la del médico (*Ibid.*: 507).

5. El Estado constitucional

En Europa, como ya se señaló, el Estado constitucional se instaura después del fin de la Segunda Guerra Mundial. A su turno, en América Latina este proceso se hizo mucho más tardíamente ya que en el período posguerra hubo un predominio de dictaduras en todo el continente y, después de culminar esta fase, con el surgimiento de las nóveles democracias en Sudamérica y la consolidación del modelo económico neoliberal en la década de los noventa —formulado en el denominado Consenso de Washington e implementado a través del Fondo Monetario Internacional—, el continente, salvo Brasil y Colombia como excepciones, vio postergado el debate sobre el establecimiento del Estado constitucional. En efecto, en Ecuador la Constitución del 2008 inaugura la existencia del Estado constitucional, autodefiniéndose de esta manera en la misma Carta Magna, hecho que no se repite en ninguna de las constituciones de la región.

En el Estado de derecho legislativo la Constitución era una carta política que no poseía el estatus de norma jurídica, representando meras recomendaciones no impositivas al Estado, vulnerable a cambios por medio de la ley e incluso en circunstancias de no aplicación, de acuerdo con la discrecionalidad del poder público (Barroso, 2015). El principal cambio en el Estado constitucional es que “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder” (Ávila, 2008: 22). A esta vinculatoriedad formal de la norma constitucional que se expresa en el principio de supremacía constitucional, se añade la garantía jurisdiccional, que significa la existencia de un órgano de control con capacidad para aplicar sanciones en caso de incumplimiento, como órgano máximo de la función judicial.

La Constitución también es material y de aplicación inmediata, es decir, establece los derechos como fines del propio Estado, limitadores de su actuación y fuente de obligaciones una vez que el Estado está obligado a hacer efectivos estos derechos (materialidad); y como norma de carácter vinculante somete todo el ordenamiento jurídico y toda la actuación estatal, debiendo ser aplicada directamente por cualquier persona autoridad o juez (aplicación inmediata) (Ávila, 2008).

Pero además de ser un Estado constitucional, el Estado ecuatoriano se define como un Estado constitucional de derechos y justicia. Un Estado constitucional de derechos, según argumenta Ávila, significa un paso más en la construcción del Estado, ya que los derechos son “creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, que someten y limitan a todos los poderes” (*Ibid.*: 29). Además, los derechos protegidos no se agotan en la Carta Magna, ya que el contenido de los tratados de derechos humanos amplían significativamente el ámbito de protección una vez incorporados en el bloque de constitucionalidad (artículo 11, inciso 3 de la Constitución de la República del Ecuador). Al definir que el poder está sometido no únicamente al derecho como expresión amplísima, sino concretamente por los derechos individuales y colectivos, la Constitución cambia el eje una vez más y pone las luces de la interpretación sobre la persona y sus derechos más que en el mismo Estado o en la ley. Este es un cambio de paradigma que, sumado a la finalidad esencial de justicia, debe dar norte a toda interpretación normativa y a toda actuación del Estado y de los particulares (Ávila, 2008).

De forma muy semejante a la evolución del Estado, la igualdad, en cuanto principio y derecho humano, sufrió el mismo proceso que los demás derechos desde la segunda mitad del siglo xx: la no efectividad de las normas universalistas del inicio de la internacionalización de los derechos humanos en la posguerra promovió una constante especialización de los sujetos protegidos, personas o grupos considerados en particular situación de vulnerabilidad. Las especificidades o diferencias de estos sujetos, por lo tanto, no fueron utilizados como forma de discriminación, sino de protección. Por otro lado, la igualdad comenzó a ser llamada derecho de igualdad y no discriminación, entendiéndose a la no discriminación como una igualdad material, o sea, el derecho a no ser discriminado a pesar de la diferencia (Piovesan, 2006). Flavia Piovesan entiende que se forma estructuralmente el derecho a la igualdad de la siguiente manera:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconómico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros) (*Ibid.*: 47).

La concepción de igualdad en la Constitución ecuatoriana está prevista, primero, como principio transversal en el artículo 11 y, posteriormente, se dispone en otras 35 oportunidades como derecho, en aplicaciones específicas como la igualdad aplicada al acceso a medios de comunicación e información o su previsión de aplicación a la educación.

Enseguida, el artículo 11, inciso 2, trata específicamente del derecho de no discriminación y, en la disposición no exhaustiva de razones por las cuales no debe ser aceptada la discriminación están, entre otros: la condición socioeconómica,

el estado de salud y la discapacidad, como tampoco “cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce o ejercicio de los derechos” (*Ibid.*). En la misma disposición legal se hace mención a las medidas de acción afirmativa para los que se encuentren en situación de desigualdad.

El artículo 35 distingue las personas o grupos de atención prioritaria, entre los cuales se encuentran las personas con discapacidad y las personas privadas de libertad, a quienes se debe brindar atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Concluye la redacción del artículo afirmando que “el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”, como son las personas que cumplen una medida de seguridad: aquellas que padecen de un trastorno mental y que están privada de libertad.

A su vez, en el artículo 66, en el momento de desarrollar los derechos de libertad, el Estado ecuatoriano se obliga a reconocer y garantizar el derecho a una vida digna y el primer criterio de definición de una vida digna es una vida que tenga asegurada la salud. En el numeral 3 del mismo artículo asegura el derecho a la integridad personal definiéndola como la integridad física, psíquica, moral y sexual, además de incluir una vida libre de violencia. Sobre este particular, el Estado se compromete a tomar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial en contra de determinados grupos como son “las personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad” (*Ibid.*).

Aún en relación con los derechos de libertad, vale la pena destacar que en el artículo 66 existe el compromiso del Estado ecuatoriano a reconocer y garantizar a las personas el: “4. Derecho a la igualdad formal, a la igualdad material y no discriminación. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás” (*Ibid.*).

Ahora bien, es menester destacar que en cuanto evolucionaba el Estado constitucional de derecho en el ámbito penal se establecieron las bases conceptuales para el surgimiento de la medida de seguridad en las primeras décadas del siglo xx. En este entonces la escuela de la defensa social, comandada por Adolfo Prins, según comenta Ferrari, afirmaba que, “el fin perseguido consistía en la necesidad de protección del patrimonio y de la moral sociales, por medio de instrumentos que no fueran retributivos, destacándose entre ellos las medidas de seguridad” (2001: 25). La intervención del Estado entonces se fundamentaba en la peligrosidad y el mismo autor afirma que la intervención estatal debía darse inclusive sin que se haya practicado el delito. De hecho, Garófalo reconoce la insuficiencia de la pena —en su concepción clásica— para la “defensa contra los enemigos naturales de la sociedad”, justificando que, “los códigos, los procedimientos y el mismo poder judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad”, mientras lo que debería hacer era lo contrario. Para este autor en particular, se justificaba cualquier actitud en nombre de la defensa social, argumentando que “mediante una matanza en el campo de batalla la nación se

defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores” (1976: 7-11, 14 y 15).

En este escenario Von Liszt (1984) concibe igualmente la pena con el fin preventivo, buscando la protección de los bienes jurídicos, basado nítidamente en la teoría de la defensa social. Su discurso reproduce los parámetros positivistas y de defensa social, trayendo para la dogmática penal la propuesta de penas resocializantes para la categoría de personas a la cual llamó *incorregibles*, como es la exclusión social por tiempo indeterminado. En las palabras del propio autor: “La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida” (*Ibid.*: 120). Bajo su influencia, Karl Stoos crea el mecanismo de la medida de seguridad como una medida “curativa impuesta a los delincuentes peligrosos” (Ferrari, 2001: 29).

De esta forma, al mismo tiempo en que en la vecina Alemania florecía la doctrina Nazi, Karl Stoos, coherente con su tiempo, sistematizó entonces la nueva sanción penal en el Proyecto de Código Penal Suizo que entró en vigencia en 1937 y contemplada a los reincidentes, los alcohólicos habituales, los peligrosos y los delincuentes juveniles. En estos casos la medida sería aplicada siempre que la pena no fuera eficaz, actuando como un sustituto para proteger a la sociedad y dar un tratamiento al individuo.

Ferrari expone las características de esta primera versión de la medida de seguridad:

a) Se atribuye prioritariamente al juez; b) se pronuncia en forma de sentencia relativamente indeterminada, con duración condicionada a la cesación de la peligrosidad; c) se basa en la peligrosidad del criminal; d) se ejecuta en establecimientos especializados y adecuados al tratamiento del peligroso; e) se constituye en medida complementaria, algunas veces sustitutiva de la pena, ampliándose a aquellos delincuentes incorregibles para los cuales la ejecución de la pena sería ineficaz (2001: 30).

En Ecuador se pudo sentir, aunque de forma tímida, el efecto de la labor de Stoos. En el Código Penal de 1938, siguiendo las tendencias internacionales sobre la materia, se trató la medida de seguridad, aunque de forma embrionaria (Jimenez de Asúa, 1956: 1240). De hecho, en la primera versión del Código, de forma muy semejante a lo que sucedió recientemente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), se optó por desarrollar mucho más el contenido de las *medidas de corrección*, como se llamó en esta época a las medidas socioeducativas en relación con los menores infractores, mientras que en relación con las medidas de seguridad casi nada se dijo. Ernesto Albán, en su *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, llega a firmar que “la legislación penal ecuatoriana no contiene normas expresas sobre la materia, aunque podríamos decir que sí establece, así sea de forma embrionaria, algunas medidas de seguridad” (2005: 54). La única mención está en la redacción original del artículo 34 que dispone que los locos debían ser enviados al *Hospital de alienados*, al paso que en el artículo 38 se destinaba a los sordomudos a la *casa de educación* (*Ibid.*: 54).

Fue solamente con la reforma de 1971 que se insertó la medida de seguridad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de forma más directa, a pesar de no haber sido utilizado todavía este término. En el título III, que trataba de la imputabilidad y de las personas responsables de las infracciones, estaba definida la medida de seguridad en los artículos 34 y 35. Estructuralmente el artículo 34 establecía la inimputabilidad, caso en que el juez debe decretar el internamiento de *alienado mental* en un hospital psiquiátrico, de donde solo podría salir bajo dos condiciones: que tuviera el juez un informe de dos médicos, preferencialmente psiquiatras, y que hubiera existido una audiencia con el Ministerio Público para decidir sobre la libertad de la persona. El objetivo del informe sería dar noticia sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado. A su turno, el artículo 35 describió la semiimputabilidad, o sea, la capacidad disminuida, lo que traería como consecuencia la igual disminución de la pena, conforme enseñaba el artículo 50,³ con una supresión de un cuarto hasta la mitad de la pena (hipótesis de atenuante general).

6. Estado constitucional y medida de seguridad: la discriminación de las personas con trastorno mental en el sistema penal ecuatoriano

En los días actuales, la medida de seguridad encuentra su disposición legal en el artículo 76 del COIP: “el internamiento en un hospital psiquiátrico se aplica a la persona inimputable por trastorno mental. Su finalidad es lograr la superación de su perturbación y la inclusión social”. No se puede decir que exista un concepto legal de medida de seguridad, lo que se percibe es que el legislador prefirió disponer sus elementos constitutivos, además de solo prever la posibilidad de medida de seguridad de internamiento (art. 76, COIP), en cuanto que en otros países son posibles distintos tratamientos como la opción de tratamiento ambulatorial en Brasil y España o el tratamiento comunitario en Italia.

La aplicación de medida de seguridad presupone que exista un injusto penal —hecho típico e ilícito— cometido por un sujeto no culpable, hecho que implica que no se puede hablar de delito ante la falta uno de sus elementos, la culpabilidad. Entendiendo que la causa de exclusión de la imputabilidad es la presencia de un trastorno mental, entonces se verifica la peligrosidad real⁴ de la persona y se debe aplicar, en consecuencia, una medida de seguridad. En este particular

3 Art. 50. “En el caso de conocimiento limitado por enfermedad, contemplado en el artículo 35, la pena aplicable al infractor será de un cuarto a la mitad de la señalada a la infracción, de acuerdo con las circunstancias que serán debidamente apreciadas por el juez”.

4 En Ecuador, al contrario de otros países como Brasil, se ha avanzado en considerar la peligrosidad verificada por el perito en cada caso —peligrosidad real—, al contrario de la peligrosidad presumida (en Brasil es una presunción legal absoluta), que significa que la inimputabilidad es sinónimo de peligrosidad. En la peligrosidad presumida la discriminación al enfermo mental comienza al considerar que el simple hecho de sufrir de trastorno mental ya implica que la persona es peligrosa para la sociedad (comparar artículos 36 del COIP y 97 del Código Penal brasileño).

llama la atención el hecho de que en el párrafo segundo del artículo 76 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se dispone que el informe psiquiátrico deba acreditar la necesidad y la duración de la medida. En este caso la peligrosidad es real, o sea, comprobada por el perito psiquiatra, lo que representa un gran avance en este tema.

Lamentablemente el legislador ecuatoriano no se preocupó en especificar el término del cumplimiento de la medida, una vez que no hay ninguna norma procesal o sustantiva que reglamente como debe finalizar el internamiento. En rigor de verdad, ni siquiera se designó a la autoridad responsable para la ejecución de la medida de seguridad y mucho menos se delineó un mecanismo de control. Lo que se infiere de la interpretación sistemática de los dispositivos del COIP, a partir del análisis de la disposición transitoria vigésimo primera, es que el responsable sería el Juez de Garantías Penitenciarias.

Dada la falta de previsión de límites temporales de aplicación de la medida de seguridad, el COIP se circunscribe a establecer que el informe psiquiátrico que fundamenta la necesidad de la medida también debe establecer su duración. Aunque en la Constitución del Ecuador no hay previsión de restricción a las penas perpetuas, el artículo 59 del mismo COIP impone un límite de cuarenta años para las penas privativas de libertad, por lo que la analogía con las medidas de seguridad sería muy pertinente, como un mínimo que se podría garantizar.

Sobre este particular, es posible mencionar por lo menos un ejemplo de que otros límites más coherentes con los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas pueden ser utilizados, como es el caso del Código Penal español.

En el caso de España tres puntos llaman la atención. Primero: la disposición expresa en el Código Penal de que no se puede aplicar medida de seguridad de internamiento y, por lo tanto, privativa de libertad, si el delito cometido puede tener como pena otra posibilidad que no sea la privación de libertad (art. 95, inciso 2). En segundo lugar, conforme al artículo 95 del mismo Código, la peligrosidad necesariamente debe ser comprobada por el peritaje psiquiátrico para que sea aplicada la medida de seguridad, lo que lleva a la conclusión de que “una persona declarada inimputable por la comisión de una infracción penal y de la que cuyo hecho y circunstancias personales no pueda deducirse peligrosidad, no puede ser sentenciada a cumplir una medida de seguridad y debe ser puesta en libertad”, como señala Campos Páez (2013: 651). Y en tercer lugar, el artículo 102 prevé además que el tiempo de la medida de seguridad no puede exceder la pena que sería aplicada a la persona si fuera imputable, debiendo el juez fijar este plazo en la sentencia.⁵

Por otra parte, si recordamos el análisis histórico del concepto de locura, es evidente que su comprensión ha variado de acuerdo con la realidad de cada período, tratándose de ciclos que buscan una justificación específica, de acuerdo

5 Artículo 102, inciso 1: “At los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2.º del art. 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia”.

con lo que fue más o menos adecuado o aceptable para cada sociedad, ya sea establecida sobre una base teológica, biológica o síquica. De acuerdo con cada concepción fueron agregándose modelos de control que, sin embargo, no han diferido en relación a los resultados que producían: la marginación y la segregación.

En efecto, según Carrara, la locura es un lenguaje utilizado para el control social basado en la construcción de lo que es normal y lo que es anormal y este control es tradicionalmente destinado a la segregación de los diferentes y, en la actualidad, a pesar de los avances de la ciencia médica y la farmacología, no es diferente (1998). El resultado de esta actuación sistemática es la marginalización y la segregación, a las cuales se suma el sufrimiento mental que ya viven estas personas (Monteiro, 2015).

Si traemos este análisis al contexto jurídico penal percibimos que este no escapa a la lógica descrita cuando establece lo que Zaffaroni llama de *dualidad de los tratos penales*, ejerciendo un control penal diferenciado de acuerdo con la calificación del sujeto que cometió el delito: amigo o enemigo, igual o diferente o, como prefiere el autor, “la represión penal siempre se ejerció de modo diferente, según sus destinatarios fuesen *iguales o extraños*” (2006: 1122). En estos regímenes, donde se destacan, especialmente, el nazismo, el fascismo y el estalinismo, el derecho penal establecía criterios muy variables, destinando las garantías y beneficios a los iguales y la exclusión, que llegó hasta la muerte sumaria en los regímenes dictatoriales.

La escuela positivista, creadora de la medida de seguridad, fue una gran motivadora del trato desigual que fue puesto en práctica por el Derecho Penal, considerando al criminal como alguien biológicamente inferior y afirmando que el derecho penal actúa en favor del criminal y no de la sociedad, como debería. Tristemente en la actualidad se mantiene la misma actuación penal excluyente del siglo XIX, en contra de todos los logros de las ciencias humanas, de la medicina y del derecho, sobre todo en lo que se refiere a los derechos humanos (Monteiro, 2015).

La existencia de la medida de seguridad refleja que el derecho penal tiene claramente dos medidas: los iguales tienen acceso a los derechos y garantías del sistema jurídico nacional e internacional, mientras que los diferentes, los que tienen trastornos mentales, son vistos como peligrosos, como amenazas —no como seres humanos—, y consecuentemente, son vistos y tratados por el derecho de la misma forma determinista de siglos atrás. Véanse las palabras de Zaffaroni:

Desde el proyecto suizo de Stoos se teoriza un Derecho Penal para *iguales* y otro para *extraños*, destinando a los primeros penas retributivas y a los segundos *medidas* que están con un pie en el penal y otro en la coerción administrativa directa, pues responden a la *peligrosidad positivista*. En definitiva, son penas sin los límites ni garantías de las penas (2006: 131).

Se debe tomar en cuenta que no hay lugar en el Estado constitucional para tal trato discriminatorio. Esto implicaría el forzoso reconocimiento de que el

Código Penal está por encima de la Constitución y de los parámetros normativos internacionales para los derechos humanos. Lo que se observa es una ofensa a los principios del Estado constitucional de derechos y justicia, los cuales garantizan el respeto a la dignidad de la persona humana sin excepción, no comportando ningún tipo de discriminación (Monteiro, 2015).

De esta forma, los principios de la proporcionalidad y de la igualdad, fundamentales para el Estado constitucional, se encuentran flagrantemente vulnerados, una vez que una persona imputable, que entiende sus actos y los elige libremente, si comete un delito grave, como un homicidio o una violación, aun así tendrá derecho a todas las garantías penales (una pena fija conocida, progresión de régimen, libertad condicional, entre otras); y a la vez el inimputable, incapaz de entender sus actos o no siendo libre para elegir su conducta, sin importar la gravedad del delito, un pequeño hurto o un homicidio, recibe la misma respuesta penal, una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico por tiempo indeterminado. Sobre este tema en particular, Ary Queiroz Vieira Júnior alerta que “debemos analizar tanto la desmesurada desproporcionalidad, tanto cuanto denunciar y repudiar la inicua discriminación que se hace entre imputable e inimputable, impidiendo este de saber cuáles son los límites de la actuación estatal en la ejecución de la medida preventiva que va estar el sujeto a cumplir” (2007: 5).

¿Cuál sería la realidad que espera a quien es declarado inimputable en Ecuador? Según información del Ministerio de Salud Pública, en el año de 2014 el 88% de las personas internadas actualmente en la ciudad de Quito no tienen una sentencia judicial que imponga tal medida. De estas, el 65% entraron en los últimos dos años y el 35% está internada por más de tres años, destacándose que el 9% de estas personas se encuentra en medida de seguridad con más de diez años sin que su proceso haya culminado (MSP, 2014).

Otro punto que se destaca es la centralización de la atención, una vez que 61% de las personas que están cumpliendo medida de seguridad en Quito provienen de otras provincias. Este escenario genera dos consecuencias principales: una es la pérdida gradual de los vínculos sociales y familiares, pérdida que impacta directamente en el aplazamiento del internamiento, una vez que el sujeto pierde las referencias de contacto afectivo y, la otra es que no tiene quién reclame su presencia en el mundo externo al hospital (MSP, 2014).

Zaffaroni afirma que se trata de un verdadero ejemplo del derecho penal del enemigo, definiendo las medidas de seguridad como *penas sin los límites ni garantías de las penas* (2006). El mismo autor explica que en la lógica de Jakobs, el creador y defensor del derecho penal del enemigo, quien es calificado como enemigo no es considerado como persona, admitiendo que algunas personas son peligrosas y, por lo tanto, deben ser tratadas de forma diferente y más severa, cosificando a estos seres humanos, sacándoles la condición de personas y, consecuentemente, no son asegurados por el ordenamiento jurídico como los demás. La tendencia es un derecho penal extendido al máximo para estas consideradas como *no personas*, en donde todo es permitido en nombre de la seguridad, de la prevención (Monteiro, 2015).

El derecho penal debería ser un sistema de garantías para todos como entiendo Ferrajoli, no siendo aceptable un doble orden jurídico que segrega y sanciona casi ilimitadamente a una persona que, reconocidamente, no es culpable por sus actos (2001). De esta manera, la propia idea de medida de seguridad, de la forma como la conocemos, no es compatible con el Estado constitucional de derechos y justicia, actuando como un verdadero mecanismo paralelo de control social de los indeseables y los falsamente entendidos como incorregibles. Se trata de una medida desproporcional, desigual e inhumana, que no se somete a los principios del Estado constitucional, viola derechos fundamentales y produce injusticia (Monteiro, 2015).

A lo anterior se debe añadir el hecho de que los estándares internacionales para el tratamiento de la salud mental reconocen desde hace mucho tiempo que el tratamiento a través del internamiento manicomial no solo es ineficiente sino que se constituye como un verdadero mecanismo de violación de la dignidad de los pacientes, puesto que no solamente no ayuda sino que cronifica los síntomas y causa daños irreversibles a las personas.⁶ Sobre este particular, la Declaración de Caracas reconoce que la atención psiquiátrica convencional, o sea, la internación en un hospital, no es compatible con el respeto a los derechos humanos de los pacientes y que el sometimiento de las personas a esta forma de tratamiento, en vez de constituir una ayuda para su resocialización, disminuye su capacidad para vivir en sociedad (OMS, 1990). Tales críticas reafirman el argumento de que la hospitalización psiquiátrica, tal como ocurre con las personas sometidas a la medida de seguridad, no es capaz de tratar o recuperar a estas personas, sino de hacerles daño. Así se pronuncia la mencionada declaración en su discurso de apertura:

Que el hospital psiquiátrico como el único tipo de atención no permite la consecución de los objetivos mencionados al: a) aislar al paciente del medio social, generando así una mayor discapacidad social; b) crear condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles de los enfermos; c) exigir a la mayoría de los recursos humanos y financieros a los países a los servicios de salud mental y, d) proporcionar una educación insuficiente vinculada con las necesidades de salud mental de las poblaciones, los servicios de salud y otros sectores (OMS, 1990: 1).

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos plantea que las organizaciones internacionales de derechos humanos reconocen que los hospitales psiquiátricos son violadores de estos derechos y realizan una labor ineficaz en el tratamiento de enfermedades mentales. A saber:

6 Son estándares internacionales mínimos en tratamiento de salud mental: Declaración de los derechos de los discapacitados mentales; Principios para la protección de las personas con enfermedades mentales y el mejoramiento de la atención en salud mental; Legislación de atención a la salud mental: diez principios básicos; Informe sobre la salud en el mundo; Declaración de Caracas; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; Informe N.º 63/99 de la CIDH; Recomendaciones sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad intelectual; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, CIDH; Principios y prácticas para la protección de personas privadas de libertad en las Américas.

De acuerdo con la OPS/OMS, el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, las libertades fundamentales y derechos más frecuentemente violados en hospitales psiquiátricos incluyen el derecho a ser tratado con humanidad y respeto, el derecho a una admisión voluntaria, el derecho a la privacidad, la libertad de comunicación, derecho a recibir tratamiento en la comunidad, derecho a proporcionar consentimiento informado antes de recibir cualquier tratamiento y el derecho a recurrir a un tribunal independiente e imparcial que determine la legalidad de la detención en un hospital psiquiátrico (CIDH, 2001: 2).

La Declaración de Caracas concluye afirmando que es necesario revisar el modelo basado en la hegemonía del hospital psiquiátrico, ya que el tratamiento de la enfermedad mental debe estar direccionado a *salvaguardar la dignidad personal e invariablemente los derechos humanos y civiles* y también a *fomentar la permanencia del paciente en su medio comunitario* (OMS, 1990).

Bajo estos parámetros, el 25 de julio de 2014, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador adoptó el Modelo de Atención de Salud Mental y el Plan Estratégico Nacional de Salud Mental, descrito como “un modelo comunitario de atención en salud mental, basado en la descentralización, la participación social y la inserción del componente de salud mental en la atención primaria de salud”, con vistas “a transformar el enfoque médico biologista, hacia un enfoque integral en salud centrado en el cuidado y recuperación de la salud individual, familiar, comunitaria como un derecho humano” (MSP, 2014: 46).

Asimismo, el modelo de atención a la salud mental tiene como principios la equidad, la integralidad, la participación social, la intersectorialidad y los derechos. Eso implica el reconocimiento de que el acceso a la salud mental es visto bajo un enfoque de derechos humanos y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de viabilizar el ejercicio de los mismos. La salud mental es un instrumento irrenunciable para la efectividad de la ciudadanía y los ciudadanos deben hacerse corresponsables de la promoción de la misma, por esto la participación social es uno de los principios que guían la actuación del Estado, pero no es el único responsable, el individuo debe también ser responsable de su salud mental conjuntamente con la familia y la sociedad. Es relevante notar que esto representa un gran cambio en el paradigma de la atención a la salud mental en la medida en que significa nada menos que el rescate del protagonismo del paciente que sufre de trastorno mental, considerado ahora como parte corresponsable por su tratamiento y no más como un objeto del mismo (MSP, 2014).

7. Consideraciones finales

De lo expuesto, se puede observar que el Estado y los derechos humanos, en especial el derecho de igualdad y no discriminación, evolucionaron desde la indiferencia total a las diferencias y necesidades de los pueblos, propio de la hegemonía del Estado absolutista, en el que las personas eran simples súbditos sin derechos,

hasta los días actuales cuando se identifican y se valoran las diferencias individuales utilizándolas, incluso, para ofrecer protección especial a grupos vulnerables o de atención prioritaria, como prefiere la Constitución ecuatoriana.

Por otra parte, se evidencia que la ciencia también avanzó en lo que toca al conocimiento sobre los trastornos mentales, sus causas y posibilidades terapéuticas, desde la creencia de que la locura tenía una causa divina, pasando por la justificación biológica y psíquica, hasta la comprensión actual de las determinantes sociales de los trastornos mentales y una visión mucho más amplia y compleja. Este modelo está basado en las orientaciones de la Organización Mundial de Salud (OMS) y ya fue desarrollado en América Latina, especialmente en Argentina, Chile y Brasil, entre otros. De hecho, la OMS hace las siguientes recomendaciones sobre la atención a la salud mental: reducir el número de hospitales psiquiátricos, establecer servicios comunitarios de salud mental, crear servicios de salud mental en hospitales generales, integrar la salud mental en la atención primaria de salud, colaborar con los servicios comunitarios de salud no formales, promover el autocuidado, y fomentar la colaboración intersectorial e intrasectorial (OMS, 2008).

A su turno el derecho penal parece haber quedado congelado en el tiempo, inmune a los avances de la ciencia médica, de los derechos humanos y del Estado constitucional. En efecto, las legislaciones penales siguen utilizando la medida de seguridad como si aún estuviéramos viviendo en el siglo XIX. Ante este escenario nos permitimos cuestionar con Virgilio de Mattos: “¿Qué especie de diferencia permite que el portador de sufrimiento o trastorno mental pueda ser visto solamente como objeto y no como sujeto de derechos?” (2006: 16).

La Constitución ecuatoriana establece tanto la obligación del Estado de garantizar la salud a los ciudadanos como los grupos de atención prioritaria, entre los que se encuentran las personas con discapacidades (como la mental) y las personas en privación de libertad. La Carta Magna fija la obligación estatal de dar atención prioritaria a la salud mental y esta obligación se ve robustecida en lo que toca a la particular situación de las personas con medida de seguridad, por ser parte al mismo tiempo de dos categorías de prioridad.

El Plan Nacional para el Buen Vivir, al referirse al cumplimiento de los derechos fundamentales y la potenciación de las capacidades humanas, como enfatiza el Plan Estratégico Nacional de Salud Mental 2015-2017 (MSP, 2014), se pronuncia respecto a temas que son de extrema relevancia para la salud mental. A su turno la Ley Orgánica de Salud de 2006, en el artículo 3, define la salud como un estado de bienestar físico, mental y social, enfatizando la promoción de la salud y no en la ausencia de enfermedades. Posteriormente, la Ley Orgánica de Discapacidades del 2012, como ya pudimos destacar en este informe, incluye en la definición de personas con discapacidad a los sujetos con trastorno mental (en el artículo 6), “para los efectos de esta Ley se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria”. De esta forma, se añade

a todos los programas e iniciativas sobre este tema las personas con sufrimiento mental como obligación impuesta al Estado.

Del mismo modo, se debe enfatizar que además de estar en consonancia con los estándares internacionales para los cuidados en salud mental, el contenido de estos documentos guarda coherencia con del garantismo constitucional plasmado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una vez que se armoniza con el contenido de la Constitución, el Plan Nacional del Buen Vivir, la Ley Orgánica de Salud y la Ley Orgánica de Discapacidades.

Finalmente, interpretando sistemáticamente las normas expuestas, no se puede argumentar a favor de que estas personas sigan detenidas por tiempo indeterminado, sometidas a un tratamiento sabidamente ineficaz, sin que siquiera hayan sido culpables de sus actos. Se impone, por lo tanto, la conclusión de que para ser coherentes con el principio de igualdad y no discriminación y todos los demás presentes en la Constitución, el Estado tiene la obligación de administrar el tratamiento de salud mental según el modelo vigente a los ciudadanos ecuatorianos que cumplen medida de seguridad. En otras palabras, el Estado ecuatoriano no está autorizado a administrar a estas personas tratamiento de salud sabidamente generador de violaciones a sus derechos humanos y no apto para alcanzar el fin a que se destinan las medidas de seguridad: *superar la perturbación y la inclusión social* (art. 76, COIP).

De hecho, si las medidas de seguridad tienen como objetivo el tratamiento de la enfermedad y viabilizar la inserción social de las personas, el Estado tiene que utilizar los medios eficaces y eficientes para lograrlo. La respuesta ya fue dada por el mismo Estado por medio del Modelo de Atención a la Salud Mental y este debe ser aplicado sin restricciones a todas las personas actualmente sometidas a la institucionalización manicomial.

8. Bibliografía

- Albán Gómez, E. (2005). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Parte General, Tomo I. Quito: Ediciones Legales, 13.^a ed.
- Ávila Ramiro (2008). "Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia". En Ávila, R: *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Barroso Luis Roberto (2015). *Curso de direito Constitucional contemporâneo*. San Paulo, Brasil: Saraiva.
- Campos Fabián (2013). "La enfermedad mental en el Derecho Penal". En Ansean A: *Manual de Gestión Clínica y Sanitaria en Salud Mental*. Madrid: Edicomplet S.L.
- Carrara Sergio (1998). *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Río de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). “Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental”, En *Informe Anual 2000*, cap. Vid, Discapacidad Mental, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev.
- Dallari Dalmo (1989). *Elementos da Teoria Geral do Estado*. San Paulo: Saraiva.
- De Matos Virgilio (2006). *Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Río de Janeiro: Revan.
- Díaz Elías (1975). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Cuadernos para el diálogo Edicusa.
- Ferrajoli Luigi (2001). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- _____ (2010). “Igualdad y Diferencia”. En Caicedo, D. y Porras, A., *Igualdad y no Discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Foucault Michael (1995). *História da Loucura*. San Paulo: Perspectiva.
- _____ (2007). *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes.
- Garófalo Rafael (1976). *La criminología*, trad. de Pedro Dorado Montero. Madrid: Espasa.
- Gomes, Karina (2006). “Modelos históricos de compreensão da loucura. Da Antigüidade Clássica a Philippe Pinel”. *Jus Navigandi*, año 10, n.º. 1.135, Teresina, Jus Navigandi. Recuperado el 5/10/2008 de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8777>
- Jiménez de Asúa Luis (1956). *Tratado de derecho penal*. Tomo I, 2.ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- Leopoldino Joao (2005). *Direito Econômico*. Río de Janeiro: Forense.
- Levorin, M. (2003). *Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. San Paulo: Juarez de Oliveira.
- Ley 67 (2006). Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre.
- Ministerio de Salud Pública (2014). *Modelo de Atención de Salud Mental, en el marco del Modelo de Atención Integral de Salud (MAIS) – con enfoque familiar, comunitario e intercultural*. Ecuador: MSP.
- Ministerio de Salud Pública (2014). Oficio n.º MSP-VAIS-2014-0389-O del 1 de septiembre.
- Ministerio de Salud Pública (2014). *Plan Estratégico Nacional de Salud Mental 2015-2017*. Ecuador: MSP.
- Monteiro Viviane (2015). *Enfermedad mental, crimen y dignidad humana: Un estudio sobre la medida de seguridad en Brasil*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Muñoz Conde Francisco (2006). “De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’”. *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2. Buenos Aires: Euros.

- Organización Mundial de la Salud (1990). *Declaración de Caracas*, Conferencia sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud (Silos). Caracas: Organización Mundial de Salud / Organización Panamericana de la Salud.
- _____. *World Organization of Family Doctors. Integrating mental health into primary care: a global experience*. Suiza: OMS/Wonca.
- Paladines Jorge (2014). “El Código Orgánico Integral Penal y el castigo manicomial”. *Defensa y Justicia*, vol. 8, febrero de 2014: 11-13.
- Pessoti, Isaias (1997). *A Loucura e as Épocas*. Río de Janeiro: Editora 34.
- Piovesan Flavia (2006). “Ações Afirmativas e Direitos Humanos”. *Revista USP*, n.º 69: 36-43, marzo/mayo.
- Queiroz, Ary (2007). “Indeterminação temporal da medida de segurança. Uma análise Constitucional”. *Jus Navigandi*, año 12, n.º. 1.602. Recuperado el 10/02/2009 de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10677>.
- Reale Ferrari Eduardo (2001). *Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. San Paulo: RT.
- Sanchez Ménthor (1997). *Poder y Locura*. Quito: Abya-Yala.
- Santos Boaventura (2003). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Río de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Szasz Thomas (1977). *Ideologia e doença mental*. Río de Janeiro: Zahar.
- Vasconcelos Jacobina Paulo (2008). *Direito Penal da Loucura*. Brasília: Esmpu.
- Verdugo Alonso Miguel Ángel (2003). “Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la asociación americana sobre retraso mental de 2002”. *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 34, n.º 205: 5-19.
- Vilhena Oscar (2007). “La desigualdad y la subversión del Estado de derecho”. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 6, vol. 4: 40-51.
- Von Liszt Franz (1984). *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Edeval.
- Zaffaroni Eugenio (2006). “La legitimación del control de los ‘extraños’”. En Canci Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2. Buenos Aires: Euros.