

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

THE PRESIDENT ET PRO

Revista

Julio 2024

54

Revista Penal

Penal

Julio 2024



Revista Penal

Número 54

Sumario

Doctrina:

- Somnolencia, sueño, conducción errática: reflexiones sobre ausencia de acción, imprudencia y *actio libera in causa*, por Mercedes Alonso Álamo 5
- Criminalidad Estatal-Corporativa en la Industria Extractiva, por María Laura Böhm..... 13
- El verdadero talón de Aquiles del decomiso ampliado, por Beatriz Escudero García-Calderón..... 33
- La nueva regulación de las infracciones (no solo) penales en materia de maltrato a los animales (LO 3/2023, de 28 de marzo), por Pastora García Álvarez 60
- El lado oscuro del Derecho penal: una respuesta criminológica a la predisposición punitiva en la política criminal de las ciencias penales, por Ralf Kölbel..... 84
- Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma, por José León Alapont 97
- Remisiones normativas vacías e ineficacia de los delitos de contrabando, por Ángela Matallín Evangelio..... 118
- Sobre la revisión del sistema de aplicación de medidas de seguridad contra pacientes psiquiátricos infractores en el sistema italiano. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 22 de 2022, por Mena Minafra 138
- Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, por Francisco Muñoz Conde 169
- El modelo germano de compliance cuasi-penal: análisis en clave de eficacia, por Marina Oliveira Teixeira dos Santos 178
- El delito de enriquecimiento ilícito en Portugal. Desobediencia cualificada y ocultación intencional, por María Quintas Pérez 197
- La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH, por Margarita Roig Torres 216
- La pena de ergastolo o cadena perpetua italiana tras la reforma legislativa de la modalidad agravada (*ostativa*), por Cristian Sánchez Benítez..... 238
- Autonomía de la responsabilidad (casi-)penal de las personas jurídicas y *compliance* anticorrupción: la lección del sector público, por Vico Valentini..... 270

Sistemas Penales Comparados:

- Plutofilia y Derecho Penal (*Plutophilia and Criminal Law*) 277

Jurisprudencia:

- La pena de prisión permanente revisable como pena proporcionada, taxativa y no contraria a la resocialización: Comentario a la STC 169/2021, de 6 de octubre, por Wendy Pena González 363

- Obituario:** Sergio García Ramírez, por Luis Arroyo Zapatero 367

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Damien Nippen (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
María Soledad Gil Nobajas y Demelsa Benito Sánchez
(España)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo y Rubén Etcheverry (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



Sobre la revisión del sistema de aplicación de medidas de seguridad contra pacientes psiquiátricos infractores en el sistema italiano. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 22 de 2022

Mena Minafra

Revista Penal, n.º 54 - Julio 2024

Ficha Técnica

Autor: Mena Minafra

Adscripción institucional: Investigadora. Universidad degli Studi della Campania (Italia)

Title: On the review of the system of application of security measures against offending psychiatric patients in the Italian system. Regarding the judgment of the Italian Constitutional Court n. 22 of 2022

Sumario: 1. Introducción. 2. El auto de instrucción núm. 131 de 2021 del Tribunal Constitucional. 3. El *mal funcionamiento estructural* del R.E.M.S. Las *sugerencias* del Tribunal Constitucional. 4. Entre “pena” y “cura”. 5. Las nuevas líneas del acuerdo de la Conferencia Estado-Comunidades para el manejo de pacientes con medidas de seguridad. Luces y sombras. 6. Conclusiones.

Summary: 1. Introduction. 2. The Constitutional Court’s instruction order no. 131 of 2021. 3. The structural malfunction of the R.E.M.S. The suggestions of the Constitutional Court. 4. Between “punishment” and “cure”. 5. The new lines of the agreement of the State-Communities Conference for the management of patients with security measures. Lights and shadows. 6. Conclusions.

Resumen: el camino hacia la superación de los hospitales psiquiátricos judiciales, que se inició con el art. 3-ter del decreto legislativo de 22 de diciembre de 2011, n. 211, todavía se caracteriza por contradicciones y cuestiones críticas, que conciernen, *primero*, el actual sistema de asignación de pacientes psiquiátricos que han cometido delitos a las residencias para la ejecución de medidas de seguridad (R.E.M.S.) introducido desde 2015 en el territorio nacional. Con la reciente sentencia n. 22 de 2022, la Corte Constitucional italiana, al tiempo que declara inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez de instrucción del Tribunal de Tívoli, ha lanzado una advertencia con relación a la necesaria identificación de soluciones de carácter estructural para las diversas cuestiones jurídico-organizativas relativas a esta materia que, en definitiva, revela la necesidad de una revisión del sistema de aplicación de medidas de seguridad contra pacientes psiquiátricos que han cometido un delito. Esta contribución pretende abordar el fondo de las complejas cuestiones planteadas por la cuestión prejudicial efectuada a la Corte, comenzando por un examen de las causas que han llevado al actual estancamiento del sistema de aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad a personas no imputables, y finalizando por el análisis de las luces y sombras de las nuevas líneas del acuerdo de la Conferencia del Estado-Regiones para la gestión de pacientes con medidas de seguridad de 30 de noviembre de 2022.

Palabras clave: medidas de seguridad; hospitales psiquiátricos para personas inimputables; medidas privativas de libertad para personas inimputables.

Abstract: On the way to overcoming the judicial psychiatric hospitals, started with the art. 3-ter of the decree-law of 22 December 2011, n. 211, is still characterized by contradictions and critical issues, which concern, first of all, the current system of assigning psychiatric patients who are offenders to the Residences for the execution of the safety measures (R.E.M.S.) introduced since 2015 on the national territory. With sentence no. 22 of 2022, the Constitutional Court, while declaring inadmissible the questions raised by the judge for the preliminary investigations of the Court of Tivoli,

nevertheless issued an indispensable warning so that solutions of a structural nature are immediately identified for the various legal-organisational aspects concerning the matter. This contribution intends to address the merits of the articulated questions also posed by the Consulta, starting from an examination of the causes that have determined the current stalemate in the system of application of detention security measures against non-chargeable persons, up to analyzing for the lights and shadows of the new lines of the agreement of the State-Regions Conference for the management of patients with safety measures of 30 November 2022.

Key words: security measures; psychiatric hospitals for persons who cannot be held liable; custodial measures for persons who cannot be held liable.

Rec.: 17/02/2024 **Fav.:** 21/05/2024

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional italiano, con sentencia núm. 22 de 2022, se ha pronunciado recientemente sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con los artículos 206 y 222 del código penal. y el arte. 3-ter del decreto legislativo de 22 de diciembre de 2011, n. 211¹ convertida, con modificaciones, en ley el 17 de febrero de 2012, n. 9, modificado por el art. 1, apartado 1, letra a), del decreto legislativo de 31 de marzo de 2014, n. 52² convertida, con modificaciones, en ley el 30 de mayo de 2014, n. 81, en lo que respecta a los artículos. 2, 3, 25, 27, 32 y 110 de la Constitución, declarando inadmisibles —por *aberratio ictus*— las cuestiones de legitimidad constitucional planteadas por el juez de instrucción del Tribunal de Tívoli.

Esta decisión no debe inducir a error, ya que el Pleno consideró que no podía declarar ilegítima la legislación en cuestión, incluso aunque fuera acertada³, dado que tal pronunciamiento daría lugar a la caducidad completa del sistema de R.E.M.S.⁴. Que constituye «el resultado de un arduo pero inevitable proceso de superación de los antiguos O.P.G. —hospitales psiquiátricos judi-

ciales—, con la consecuencia de una intolerable laguna en la protección de intereses constitucionalmente relevantes, y llevaría además a un resultado diametralmente opuesto al deseado por el tribunal remitente, que pretendía hacer más eficiente el sistema existente, superando las dificultades que impiden la oportuna distribución de los interesados en una estructura adecuada»⁵. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional optó, en última instancia, por una severa advertencia al legislador para que «proceda a una reforma global del sistema».

En efecto, además de lo indicado por Ermellini, hay que destacar en primer lugar que, de forma insólita, el objetivo de superar los hospitales psiquiátricos judiciales —en adelante, O.P.G.— apareció en el contexto de un decreto-ley que preveía su supresión, aunque las disposiciones sobre la materia, unos años antes, se habían limitado a simbolizar la transferencia de las funciones relativas a los hospitales psiquiátricos judiciales antes mencionados del Estado a la Regiones⁶.

No solo esto. Lo sorprendente es la constante ausencia de normas ordinarias sobre la gestión concreta de las residencias para la ejecución de medidas de segu-

1 Decreto-Ley transformado con modificaciones en la ley 17 febrero 2012, n. 9, publicado en la G.U. 20 de febrero 2012, n. 42.

2 Decreto-Ley transformado con modificaciones en la Ley 30 de mayo de 2014, n. 81, publicado en la G.U. de 31 mayo de 2014, n. 125.

3 Cfr., G. Monaco, "R.E.M.S.: riserva di legge e competenze del Ministro della giustizia. Dopo un'ampia istruttoria, ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata", in Osservatorio Costituzionale, fasc. 3, 2022.

4 Sobre este tema, extensamente, Dieci anni di R.E.M.S. Un'analisi interdisciplinare, M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente (editado por), ESI, Nápoles, 2022. Sobre la cuestión de los R.E.M.S. se puede hacer referencia a los datos dados a conocer por el Garante Nacional de los derechos de las personas privadas de libertad, Prof. Mauro Palma, en su informe al Parlamento de junio de 2023. Una situación que preocupa: «El número total de personas declaradas como beneficiarias de esta medida supera ampliamente el número de las alojadas en los Hospitales Psiquiátricos Judiciales (OPG) en el momento de su cierre en 2015 (698 entonces frente a las 632 actualmente en Rems + las 675 en lista de espera)».

5 Así, literalmente, en la sentencia bajo comentario. Sobre la inadmisión de cuestiones cuya aceptación produciría un resultado incongruente con el objetivo perseguido, Tribunal Constitucional, Sentencias núm. 21 de 2020, 239 de 2019 y 280 de 2016, en www.cortecostituzionale.it

6 Sobre este punto resulta interesante la contribución de G. Latte, L. Avvisati, S. Calandro, C. Di Filippo, M. Di Genio, G. Di Iorio, V. Gilardi, S. Giordano, A.M. Pagano, Dagli OPG alle R.E.M.S.: il ruolo del servizio sanitario territoriale nell'esecuzione delle misure detentive e non, nei confronti degli autori di reato con problemi psichici, in Rivista psichiatrica, 2018.

ridad (—en adelante, R.E.M.S.— tanto en el contexto de los servicios exclusivamente sanitarios como en lo que respecta a la ejecución de las medidas de seguridad, a las que se vinculan los decretos del Presidente del Consejo de Ministros, los decretos ministeriales y los Acuerdos que se estipularán durante la Conferencia Estado-Regiones. El legislador, de hecho, con el art. 3-*tener*, párrafos 2 y 3, letra a), del d.l. 211/2011, convertido en ley 9/2012, sólo prestó atención a la exclusiva gestión *sanitaria* del R.E.M.S., tanto es así que, el Ministro de Salud, de acuerdo con el Ministro de Justicia y habiendo obtenido el acuerdo de la Conferencia Unificada, en aplicación de las disposiciones antes mencionadas, dictó el decreto de 1 de octubre de 2012⁷, norma con la que se acordaron los requisitos estructurales, tecnológicos y organizativos de de los centros residenciales destinados a alojar a personas sujetas a las medidas de seguridad de ingreso en un hospital psiquiátrico judicial y de asignación a una residencia de guarda y custodia. En este decreto, en el Anexo A, se regularon las características de las zonas habitables de estas estructuras, previendo en particular un número máximo de veinte camas por residencia y disponiendo que a través de acuerdos específicos entre el Departamento de Administración Penitenciaria —en adelante, D.A.P.—, el Ministerio de Salud, las Regiones y las Provincias autónomas se regularía el ejercicio de las funciones previstas en la ley de 26 de julio de 1975, n. 354⁸ y en el Decreto Presidencial 30 de junio de 2000, n. 230⁹, también en referencia a los aspectos de la ejecución de la medida de seguridad y las formas de relación con el poder judicial. La disposición, como se ha mencionado, regula también el tipo de equipamiento necesario, el número y clasificación de los trabajadores sanitarios que deben estar presentes en cada residencia, así como la organización del trabajo de los propios trabajadores, «sin perjuicio de lo que se reglamente por los Acuerdos específicos en la materia, [y remitiendo] la organización de las estructuras residenciales a la competencia de las Regiones y Provincias Autónomas, de conformidad con el Título V de la Constitución»¹⁰.

Nuevamente según lo dispuesto en el citado Anexo A, de 26 de febrero de 2015¹¹ la Conferencia Unificada

estableció mediante acuerdo específico entre el Gobierno, las Regiones, las Provincias autónomas y las autoridades locales la regulación del R.E.M.S.¹².

El documento demuestra inevitablemente el papel de hecho pasivo del D.A.P. en el sistema R.E.M.S., al no tener, en términos concretos, facultades de intervención, ni siquiera suplementarias, para subsanar posibles deficiencias del propio sistema.

Es cierto, en efecto, que formalmente el art. 1, párrafo ¹³, del Acuerdo parecería conferir al D.A.P. el poder-deber de *ceder y transferir al R.E.M.S. internados y cuidadores*, en cumplimiento del principio de territorialidad a que se refiere el art. 3-*tener*, apartado 3, letra c) decreto legislativo 211/2011 y, por tanto, en función del domicilio de los afectados. Sin embargo, la misma disposición establece que las citadas actividades podrán realizarse en función de la disponibilidad de plazas en las instalaciones, atribuyendo exclusivamente a las Regiones y Provincias autónomas la tarea de verificar su disponibilidad progresiva, cuyo número es de 20 como obligatorio por parte del citado Acuerdo.

En conclusión, en este aspecto, se hace inevitable la derogación de hecho de la *potestades* del D.A.P.

2. EL AUTO DE INSTRUCCIÓN NÚM. 131 DE 2021 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las denuncias del Juez de Tivoli se basaron en la normativa relativa a R.E.M.S., ya que estas disposiciones constituirían una violación de los artículos. 2, 3, 25, 32 y 110 de la Constitución, en la parte en que permiten la adopción, por actos administrativos, de disposiciones generales sobre medidas de seguridad, lo que vulneraría la reserva legal en la materia; asimismo, estas disposiciones violarían los artículos 27 y 110 de la Constitución en la parte en que, atribuyéndose la ejecución del internamiento temporal en un R.E.M.S. a las Regiones y a los órganos administrativos coordinados y supervisados por ellas, se excluye la competencia del Ministro de Justicia en relación con la ejecución de dicha medida de seguridad de detención temporal.

En el presente caso, el juez remitente, el 11 de junio de 2019, dictó un auto contra del sospechoso ordenan-

7 Publicado en la G. U. Serie Generale n. 270 del 19 novembre 2012. Sobre este tema, ampliamente, Aa. Vv., La totale della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno al carcere, R.E.M.S. e CPR, Antonella Massaro (a cura di), Roma Tre Press, Roma, 2017.

8 Norma relativa al sistema penitenciario y sobre la ejecución de las medidas privativas y limitativas de libertad, publicado en Boletín Oficial Serie General n.212 del 09 de agosto de 1975 - Supl. Común.

9 Regulación que contiene normas sobre el sistema penitenciario y sobre las medidas privativas y limitativas de libertad, publicado en la G.U. n. 195 del 22 agosto 2000.

10 Así se señala literalmente en el decreto del 1º de octubre de 2012.

11 Repertorio Acto n. 17/CU/2015.

12 Revisado el 30 de noviembre 2022 en el acto Repertorio acto n. 188/CU/2022.

13 Art. 1. 2: El Departamento de la Administración Penitenciaria, sobre la base de las indicaciones anteriores, se obliga a asignar y a transferir en el sistema R.E.M.S. a los internados en los O.P.G.

do, por delitos de violencia y amenazas, su internamiento en un R.E.M.S., a determinar por el D.A.P. ya que, «dadas las indicaciones clínicas del consultor designado y la conducta disfuncional pasada, una medida diferente habría sido insuficiente para contrarrestar la peligrosidad, la ausencia tanto de conciencia de la enfermedad como de la *cumplimiento* en tratamiento.».

Por lo tanto, el fiscal solicitó al D.A.P. la indicación del R.E.M.S. donde se podría realizar el internamiento.

Con referencia a esta solicitud, el D.A.P. había comunicado una lista de estructuras, precisando sin embargo que, dado que su gestión estaba confiada al servicio regional de salud (SSR), de conformidad con el decreto emitido el 1 de octubre de 2012 por el Ministerio de Salud de acuerdo con el Ministerio de Justicia, la responsabilidad de hacerse cargo del sujeto correspondía a la Región del Lacio y a su RSS correspondiente; asimismo, el D.A.P. señaló que no tenía ninguna posibilidad con arreglo a la legislación vigente —de «influir en las manifestaciones de voluntad de aquellos R.E.M.S. que [...] se negaran a recibir al internado por no ejecutar la orden dictada por la autoridad judicial». Durante los diez meses siguientes, el fiscal intentó en vano ejecutar la orden de internamiento, recibiendo siempre negativas de las autoridades sanitarias locales debido a la falta de disponibilidad de plazas.

A la espera de una plaza disponible en el R.E.M.S., con el fin de contener los perfiles de peligrosidad del sujeto hasta su ingreso, el juez ordenó la aplicación temporal de la libertad vigilada *terapéutica* en un centro psiquiátrico residencial para tratamientos de rehabilitación (SRTR) de la región del Lacio, que sería concretado por el Centro de Salud Mental (CSM) competente. Sin embargo, la referida medida temporal le fue revocada al sospechoso, ya que no se sometió reiteradamen-

te a ninguna de las terapias impuestas¹⁴ y bien, el juez *a quo* llega a creer que la imposibilidad de realizar el internamiento en R.E.M.S. depende de la legislación que regula su destino, pero también de que la hospitalización en estas residencias se distingue de otras medidas sanitarias obligatorias, como el tratamiento sanitario obligatorio¹⁵, ya que este último permite la limitación de la libertad exclusivamente para la protección de la salud del paciente *ex art.* 32 de la Constitución, hasta el punto de que sólo se prevé una intervención *ex post* del juez, encaminada a validar las intervenciones de tratamiento coercitivo ya implementado.

A diferencia de lo anterior, en el caso del internamiento en R.E.M.S., según el juez *a quo*, concurren ulteriores necesidades adicionales de orden público y protección de terceros, de conformidad con los artículos 2 y 25 de la Constitución, ya que interviene el juez *ex ante* para evaluar la concurrencia de los presupuestos tales como la comisión de un delito o cuasi delito y la peligrosidad social del incapaz, así como para acordar la medida concreta.

En definitiva, a juicio del juez remitente, «el sistema así planteado [...] determina (ba) la inejecutabilidad de la medida de seguridad de internamiento provisional ordenada en el presente procedimiento, además de otras numerosas medidas de seguridad definitivas y provisionales dictadas por otros órganos judiciales, provocando una aplicación desigual en el territorio nacional de las normas de tratamiento penitenciario previstas para proteger los derechos inviolables de los internos con enfermedades mentales, poniendo en riesgo la vida o la seguridad de los propios enfermos mentales, así como las de los operadores y terceros, con violación adicional de los derechos fundamentales relativos a las obligaciones del Estado de protección a los ciudadanos

14 Cfr., A. Calcaterra, M. Passione, "Idee sparse intorno alla sentenza 22 del 2022. Un punto di arrivo sul non ritorno. Almeno si spera", in *Diritto di Difesa*, 2022.

15 Con la sentencia comentada y la sentencia n. 127/2022 —por la que se resuelve la cuestión de la constitucionalidad de los artículos 1, párrafo 6, y 2, párrafo 3, del decreto-ley n. 33, de 16 de mayo de 2020 (Sobre otras medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica causada por el COVID-19), convertido, con modificaciones, en la ley n. 74, de 14 de julio de 2020, planteada, con referencia al art. 13 de la Constitución, por el Tribunal Ordinario de Reggio Calabria, sección penal— el Tribunal Constitucional estableció una taxonomía precisa de los tratamientos sanitarios impuestos por la ley, incorporando a su jurisprudencia, de forma clara y explícita, la *summa divisio* operada por la doctrina entre tratamientos sanitarios obligatorios y delimitando, al mismo tiempo, el radio de acción de las normas de los artículos 13 y 32 de la Constitución. En efecto, según el Tribunal, la garantía del artículo 13 de la Constitución alcanza ciertamente a las medidas ordenadas o prolongadas coactivamente, aunque se apoyen en la finalidad del tratamiento, porque "al menos cuando un determinado tratamiento se configura por ley no sólo como "obligatorio" —con la posible previsión de sanciones contra quienes no se sometan voluntariamente al mismo—, sino también como "coactivo"— ya que su destinatario puede ser obligado por la fuerza a someterse al mismo, aunque dentro del límite marcado por el respeto a la persona humana —las garantías del artículo 32, párrafo segundo, de la Constitución deben añadirse a las del artículo 13 de la Constitución, que protege de forma general la libertad personal, que está en juego en todo caso de coacción que tenga por objeto el cuerpo de la persona" (sentencia nº 22 de 2022). Sobre la noción de T.S.O., véase, *ex multis*, G. Pelegatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, CISU, 1995; D. Morana, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte*. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura, Milán, 2007; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana*, Milán, 2002; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Turín, 2018. Una contribución muy reciente sobre el tema es la de M. Ferrara, *La quarantena obbligatoria come "istituto che limita la libertà di circolazione, anziché restringere la libertà personale"* (Corte Cost., sent. n. 127/2022) e il ruolo della Corte costituzionale nella fase di metabolizzazione dell'emergenza, en *Osservatorio A.I.C.*, fasc. 6, 2022.

frente a personas socialmente peligrosas». La complejidad de las cuestiones planteadas por el Tribunal de Tivoli se pone de manifiesto en la cuestión prejudicial núm. 131 de 2021, presentada el 24 de junio de 2021, por la que el Tribunal Constitucional ordena, al Ministro de Justicia, al Ministro de Sanidad, al Presidente de la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas, así como al Presidente de la Oficina parlamentaria presupuestaria, la presentación, dentro de los noventa días siguientes a la notificación de dicha resolución, de un informe, en la medida de sus respectivas competencias, sobre las 14 cuestiones formuladas en el mismo auto: «a) cuántos y cuáles son los R.E.M.S. actualmente activos en el territorio de cada Región y cuántos pacientes están efectivamente alojados en cada una de ellos; b) cuántos pacientes de diferentes regiones se encuentran actualmente alojados en el R.E.M.S. de cada Región, y cómo se regula el mecanismo de excepción al principio de territorialidad de la ejecución de la medida de internamiento en R.E.M.S., previsto por el art. 3-*tener*, apartado 3, letra c), del decreto legislativo de 22 de diciembre de 2011, n. 211, convertida, con modificaciones, en ley el 17 de febrero de 2012, n. 9; c) cuántas personas se encuentran actualmente, en cada Región, en listas de espera para el ingreso en un R.E.M.S. y ¿cuál es el tiempo promedio de permanencia en estas listas?; d) cuántos, a escala nacional, son los beneficiarios de una orden de asignación a un R.E.M.S.; e) cuáles son, o han sido, tratándose de personas definitivamente absueltas por enfermedad mental, los delitos imputados a las personas a que se refiere la letra d) anterior; f) cuántas de estas personas se encuentran actualmente internadas en un centro penitenciario en virtud de órdenes de custodia cautelar, o en departamentos de hospitales psiquiátricos en base a órdenes de custodia cautelar en un lugar de tratamiento (art. 286 c.p.p.), o están sometidas a mientras tanto, a la medida de seguridad de la libertad vigilada, como en el asunto principal; g) cuáles son las principales dificultades en el funcionamiento de los lugares de tratamiento de salud mental fuera de los R.E.M.S. para los acusados y personas definitivamente absueltas que padezcan una enfermedad mental; h) si existen, y en caso afirmativo, cómo funcionan, formas de coordinación entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, las autoridades sanitarias locales (ASL) y los departamentos de salud mental, destinados a garantizar una ejecución rápida y eficaz, a nivel regional o nacional, las órdenes para la aplicación, provisional o definitiva, de medidas

de seguridad basadas en una doble valoración de la enfermedad mental y la peligrosidad social del interesado; i) qué competencias específicas ejercen el Ministro de Justicia y el Ministro de Salud, en particular, con respecto a este objetivo; j) si la hospitalización en el R.E.M.S., cuando sea ordenada por el juez, así como otros tratamientos de salud mental ordenados con base en una orden de libertad condicional, están dentro de los niveles esenciales de asistencia (LEA) que las Regiones están obligadas a garantizar; k) si actualmente el Gobierno realiza un seguimiento específico de la oportuna ejecución de las disposiciones para la aplicación de las medidas de seguridad en cuestión; l) si se prevé la posibilidad de ejercer competencias sustitutivas del Gobierno en caso de incapacidad comprobada para garantizar la ejecución oportuna de tales medidas en el territorio de determinadas Regiones; m) si las dificultades encontradas se deben a obstáculos en la aplicación, insuficiencia de recursos financieros u otras razones; n) si actualmente hay algún proyecto en estudio»¹⁶.

En respuesta a las peticiones del Tribunal Constitucional, el Ministro de Justicia, el Ministro de Salud y el Presidente de la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas presentaron un único informe, elaborado conjuntamente. El citado documento, en el que el Ministerio de Justicia reconocía cómo «el principio [de la medida de seguridad privativa de libertad como último recurso] aún no ha logrado avances suficientes en el ámbito jurisdiccional, que todavía está parcialmente impregnado por una cultura [...] excesivamente privativa de libertad que, como tal, todavía tiene muy poca confianza en la eficacia real de las medidas de seguridad no privativas de libertad»¹⁷, permitió analizar el marco general del funcionamiento del R.E.M.S. y, sobre todo, la gestión conjunta, por parte de las Regiones y de Justicia, de los pacientes psiquiátricos implicados en el circuito penal, como destinatarios de medidas de seguridad.

3. EL MAL FUNCIONAMIENTO ESTRUCTURAL DEL R.E.M.S. LAS SUGERENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Corte, al declarar la inadmisibilidad de las preguntas¹⁸ se encargó de ofrecer a *sugerencias* al legislador, para una revisión completa del sistema de aplicación de medidas de seguridad hacia los pacientes psiquiátricos que cometen delitos.

16 Tal como se señala literalmente en Corte cost., ordenanza n. 131 del 2021, su www.cortecostituzionale.it.

17 Como señala la Corte cost., ordenanza n. 131 del 2021, su www.cortecostituzionale.it.

18 Como en otras ocasiones similares. Concretamente en este punto, el Tribunal Constitucional. sentencia no. 279 de 2013; así como recientemente, en un contexto diferente, la sentencia núm. 32 de 2021, son www.cortecostituzionale.it.

De hecho, el TCit., centrándose en la admisibilidad de la actual estructura organizativa con el art. 110 de la Constitución que encomienda la organización y funcionamiento de los servicios relativos a la justicia al Ministro de Justicia, en el 5.1 del *Considerado en la ley*, aclaró cuál es la verdadera naturaleza de la medida de adscripción a un R.E.M.S. destacando que, ciertamente, «No puede considerarse una medida de carácter exclusivamente sanitario».

Pues bien, la Corté afirmó que el apartado 4 del art. 3-ter del decreto legislativo norte. 211 de 2011, en su versión modificada, dispone que, a partir de la fecha de cierre definitivo de la O.P.G., «las medidas de seguridad de ingreso en un hospital psiquiátrico judicial y de internamiento en una residencia de ancianos y custodia se llevarán a cabo exclusivamente dentro de los establecimientos de salud a que se refiere en el apartado 2», siempre que subsista el peligro social del interesado.

La referida disposición, según la Corte, aunque no muy clara en su tenor literal (que también podría entenderse referida únicamente a las medidas ya ordenadas al momento del cierre de la O.P.G.), constituye la base regulatoria que hoy nos permite sustituir automáticamente las referencias a las medidas de seguridad de hospitalización en O.P.G. o adscripción a residencia de ancianos y custodia, todavía presente en el código penal y normativa penitenciaria, con adscripción a un R.E.M.S.

Esto último constituye así, a todos los efectos, una nueva medida de seguridad, inspirada en una lógica subyacente muy diferente a la de la hospitalización en un O.P.G. o al internamiento en un centro de reclusión, pero aplicable en presencia de las mismas condiciones, salvo el nuevo requisito de la improcedencia de cualquier medida menos afflictiva que introduce el art. 3-ter, apartado 4, del decreto legislativo norte. 211 de 2011, modificado. Hasta el punto de que el art. 1, párrafo 1-*quater*, del decreto legislativo n. 52 de 2014, modificado por ley núm. 81 de 2014, incluye expresamente entre las «medidas de seguridad de detención provisional o definitiva» el «ingreso en residencias para la ejecución de medidas de seguridad».

El análisis del contenido de la adscripción a un R.E.M.S., según el Tribunal, confirma su distinción de cualquier tratamiento ordinario de salud mental, en armonía con su caracterización también como medida de seguridad.

También según la rte, la asignación objeto de estudio consiste, en primer lugar, en una medida que limita la libertad personal, característica ya puesta de relieve por

la circunstancia de que se puede impedir legítimamente al interesado abandonar el R.E.M.S. Además, está previsto que durante su ejecución se puedan administrar al paciente tratamientos de salud obligatorios, es decir, aquellos que pueden implementarse a pesar de posibles deseos contrarios del paciente. Junto a ello, se distingue del tratamiento sanitario obligatorio de las enfermedades mentales regulado por los artículos 33 a 35 de la ley por la que se crea el Servicio Nacional de Salud de 23 de diciembre de 1978, n. 833¹⁹, que también tiene un carácter coercitivo, ya que presupone no sólo una situación de enfermedad mental —un “defecto psíquico”, según la terminología del código penal—, sino también la comisión previa de un acto constitutivo de delito por parte del sujeto. quién debe ser sometido (art. 202 c.p.), así como una valoración de la peligrosidad social de este último (nuevamente, art. 202 c.p.), entendida como la probabilidad de cometer nuevos hechos previstos por la ley como delitos (art. 203 c.p.).

No solo esto. No se aplica por la autoridad administrativa con posterior validación judicial, como en el caso regulado por el art. 35 de la ley núm. 833 de 1978, sino por el juez penal, con la sentencia que delimita el hecho (art. 222 c.p.) o provisionalmente (art. 206 c.p.) y su ejecución concreta es supervisada por el magistrado de control (art. 679, inciso 2, c.p.p.; art. 69, párrafo 3, O.P. que «[a] prueba la revisión de la peligrosidad conforme al primer y segundo párrafo del art. 208 c.p., así como la aplicación, ejecución, transformación o revocación, incluso anticipada, del medidas de seguridad» (art. 69, párrafo 4, O.P.), y por lo tanto siempre puede revocar la asignación a un R.E.M.S. o sustituirla por la medida menos afflictiva de libertad condicional²⁰, con correlativa encomienda del interesado a los servicios locales de atención de salud mental.

Como medida de seguridad, la asignación al R.E.M.S. sólo puede encontrar su peculiar razón de ser —frente a la generalidad de los tratamientos sanitarios para las enfermedades mentales— en una función específica de contener la peligrosidad social de quienes ya han cometido un delito, o son seriamente sospechosos de haberlo cometido, en condición de vicio mental total o parcial.

Esta función, por otra parte, no es incompatible con la finalidad de tratar las enfermedades mentales: de hecho, precisamente en esta finalidad concurrente —a su vez expresiva del deber primario del sistema de asistencia sanitaria a cada individuo, consagrado en el art. 32 de la Constitución— respecto de esta categoría específica de infractores, se realiza la vocación natural de toda medida de seguridad hacia su recuperación social,

19 Ley que establece el establecimiento del servicio nacional de salud, publicada en Boletín Oficial Serie General n.360 del 28 de diciembre de 1978 - Supl. Común.

20 Tribunal Constitucional, sentencia núm. 253 de 2003, su www.cortecostituzionale.it.

que reúne, en el marco constitucional vigente, sanciones y medidas de seguridad²¹.

El aspecto penal de la medida de seguridad personal de detención también se desprende del conjunto de disposiciones que regulan su ejecución, que está encomendada al Ministerio Público y que se lleva a cabo con la aplicación de las disposiciones compatibles previstas por el sistema penitenciario y la normativa penitenciaria, que regulan los derechos reconocidos a los internados en la R.E.M.S. [...] y su tratamiento durante la aplicación de la medida de seguridad.

Partiendo de estas premisas, la Corte afirma que el carácter anticipado de una medida de seguridad con un fuerte contenido terapéutico que la asignación en un R.E.M.S. conserva en la legislación vigente conlleva, además, la necesidad de que ésta cumpla con los principios constitucionales dictados, por un lado, en materia de medidas de seguridad y, por otro, en materia de tratamientos sanitarios obligatorios, que deben

identificarse en el art. 13 Constitución²², así como en el artículo 25, apartado 3²³ y 32, apartado 2²⁴.

Por tanto, según el Tribunal, la normativa vigente en materia de adscripción a R.E.M.S. —como señala acertadamente la resolución de remisión— revela aspectos evidentes de fricción con estos principios.

En particular, la sentencia subraya cómo, en estos momentos, la mayor parte de la normativa vigente del R.E.M.S. se basa en actos distintos de la ley: en el decreto ministerial del 1 de octubre de 2012, en el acuerdo adoptado en la Conferencia Unificada el 26 de febrero de 2015, que se discutirá más adelante en referencia a su revisión de 2022, y, en cascada, en todos los actos consiguientes adoptados a nivel de las distintas Regiones y Provincias autónomas. La única norma ordinaria que regula la materia, por tanto, puede encontrarse en el art. 3-ter, d.l. 211/2011, conv. en derecho 9/2012 así como en *vieas* reglas del código que, sin embargo, se limitan a regular los casos en los que las

21 Tribunal Constitucional, sentencias núm. 197 de 2021, punto 4 de la Consideración de Derecho, y n. 73 de 2020, punto 4.4. de los considerados en derecho, sobre www.cortecostituzionale.it.

22 Ver, Corte Constitucional, sentencias n. 250 de 2018, punto 6 del considerando de Derecho, en relación con las medidas de seguridad de detención; norte. 179 de 2017, punto 4.4. del considerando de Derecho, en relación con la pena de prisión; norte. 265 de 2010, punto 13 del considerando de Derecho, en relación con las medidas cautelares, sobre www.cortecostituzionale.it. En doctrina, G. Riccio, A. De Caro, S. Marotta, Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988, ESI, Nápoles, 1991.

23 Esta disposición constitucional declina el principio de legalidad respecto de las medidas de seguridad de manera diferente a lo previsto en el párrafo segundo respecto de las sanciones, al no prever —en particular— la garantía de su irretroactividad en peor. Sin embargo, no hay razón para creer que el distinto corolario de la reserva legal, expresamente establecido tanto en el párrafo segundo como en el tercero, tenga un contenido diferente en materia de sanciones y medidas de seguridad, siendo siempre, por tanto, reserva de ley estatal, que debe entenderse como absoluto (sobre el carácter absoluto de la reserva legal en materia penal, auto de la Corte Constitucional n.º 24 de 2017 y sentencias n.º 333 de 1991, n.º 282 de 1990 y n.º 26 de 1966; sobre la insuficiencia de una ley regional para satisfacer la reserva a que se refiere el artículo 25 párrafo 2 de la Constitución, sentencias n.º 5 de 2021, n.º 134 de 2019 y n.º 487 de 1989, sobre www.cortecostituzionale.it). Además, en lo que respecta al art. 25 apartado 3 de la Constitución exige expresamente únicamente que la ley prevea los “casos” en los que puede aplicarse una medida de seguridad, una lectura de esta disposición a la luz del art. 13, segundo párrafo, de la Constitución no puede dejar de llevar a la conclusión de que la ley debe prever también, al menos en su esencia esencial, los “modos” mediante los cuales la medida de seguridad puede restringir la libertad personal del sujeto que es sometido a él. De hecho, es impensable que la Constitución pretendiera, en términos generales, cargar a la ley con la carga de especificar los métodos de posibles restricciones a la libertad del personal, y luego renunciara a esta exigencia precisamente en relación con las sanciones y las medidas de seguridad, y que es decir, medidas que suelen restringir la libertad personal de las personas y, de hecho, privarlas de su libertad, a menudo durante períodos prolongados o, incluso, durante toda su vida residual. Precisamente para satisfacer esta exigencia constitucional, además, el legislador intervino, a través de la Ley sobre el sistema penitenciario de 1975, para dictar normas oportunas y detalladas sobre la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, que durante demasiado tiempo habían permanecido confiadas a meras fuentes secundarias. (debido a la ya antigua afirmación, en la jurisprudencia de la Consulta, según la cual el sistema penitenciario es materia de derecho, de conformidad con el art. 13 Constitución. Sobre este punto, Corte Constitucional, sentencia núm. 26 de 1999; sobre la extensión de un corolario diferente de la legalidad de la pena —en particular, la prohibición de su aplicación retroactiva para peor— la regulación de los métodos de ejecución de la sentencia, sentencias núm. 32 de 2020 y, posteriormente, n. 183 de 2021 y núm. 193 de 2020, arriba www.cortecostituzionale.it).

24 Consideraciones parcialmente similares también deben llevarse a cabo en el otro lado de la reserva legal relativa a los tratamientos sanitarios obligatorios, a que se refiere el art. 32 párrafo 2 de la Constitución, al menos cuando un determinado tratamiento está configurado por la ley no sólo como obligatorio —con la posible previsión de sanciones para quienes no se sometan espontáneamente a ella—, pero también como coactivo —pues su destinatario puede ser obligado a someterse a ella por la fuerza, aunque dentro de los límites marcados por el respeto a la persona humana—, las garantías del art. A los del art. 32 apartado 2 de la Constitución hay que añadirlos. 13 de la Constitución, que protege con carácter general la libertad personal, que se pone en duda en todo caso de coacción que tenga por objeto el cuerpo de la persona (Tribunal Constitucional, sentencia n.º 238 de 1996). Con la consiguiente necesidad de que la ley prevea también las “formas”, así como los “casos”, en los que dicho tratamiento —que el mismo art. Además, el artículo 32, apartado 2 de la Constitución exige que esté “determinado” y, por tanto, descrito y regulado por la ley: puede llevarse a cabo contra la voluntad del paciente.

medidas de seguridad de detención —todavía mal llamada hospitalización en la O.P.G. y en residencias de ancianos y centros de custodia— pueden encontrar aplicaciones concretas; por otra parte, faltan disposiciones sobre los modos a través de los cuales deben llevarse a cabo dichas medidas, y por tanto, las adscripciones a la R.E.M.S., dado que, como reitera el Tribunal, la regulación precisa de las hospitalizaciones ha sido encomendada a fuentes secundarias, como decretos ministeriales y acuerdos entre administraciones centrales y autonomías territoriales.

De ello se deduce que la estructura descrita parecería contraria al principio de reserva legal en materia de medidas de seguridad, consagrado en el art. 25 párrafo 3 de la Constitución.

Por ello, la Corte señala en primer lugar la necesidad de que una fuente primaria regule orgánicamente esta medida a nivel estatal, establecida por la Constitución, respondiendo a las necesidades ineludibles de proteger los derechos fundamentales de sus destinatarios, que son particularmente vulnerables debido a su enfermedad, establece sí y en qué medida el uso de la contención dentro del R.E.M.S. es legítimo y, en todo caso, cuáles son los métodos aceptables de ejecución²⁵.

En segundo lugar, nuevamente según los argumentos de la Corte, la ley no puede dejar de asumir la necesidad de regular de manera clara y uniforme para todo el territorio italiano, el papel y las competencias de la autoridad judicial, y en particular del poder judicial de control, con respecto al tratamiento de los reclusos en el R.E.M.S. y sus instrumentos de tutela judicial frente a las decisiones de las Administraciones correspondientes²⁶. La acentuada vocación terapéutica de estas estructuras, de hecho, no excluye que el tratamiento practicado en ellas tenga lugar en una situación en la que el paciente se encuentre gravemente limitado en su libertad personal; y por tanto no elimina la necesidad de protegerlo eficazmente contra posibles abusos.

No solo. Según el Tribunal, tanto el Código Penal como la Ley del Sistema Penitenciario y el Reglamento Penitenciario siguen hoy mencionando y regulando las medidas de seguridad de la hospitalización en los O.P.G. y el internamiento en una residencia de ancianos y la custodia, que ahora han desaparecido del ordenamiento jurídico a raíz de la disposición criticada por el Tribunal, sin que el legislador se haya encargado todavía de modificar estas referencias y de llevar a

cabo la necesaria coordinación disciplinaria, coordinación, además, no sólo formal, dada la profunda diferencia en estructura, funcionamiento y lógica general del R.E.M.S. en comparación con instituciones anteriores.

Subyace, pues, en todo el auto de remisión la apreciación de un grave mal funcionamiento estructural del sistema de aplicación de la asignación en R.E.M.S., que quedaría demostrado en el caso objeto de la sentencia por la imposibilidad de ejecutar la medida contra el interesado, casi un año después del auto que la había ordenado provisionalmente por primera vez, a pesar de los innumerables intentos realizados por el fiscal, de los que la decisión da precisa cuenta.

En este último sentido, la Corte parte de los resultados de la investigación realizada con el citado auto núm. 131 de 24 de junio de 2021, que demuestra que un número de personas al menos igual a las alojadas en los 36 R.E.M.S. actualmente activos —en concreto, entre aproximadamente 670 (según los cálculos del Ministerio de Sanidad y de la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas) y 750 (según los cálculos del Ministerio de Justicia)— están a la espera de encontrar una plaza en un R.E.M.S., en la propia región o en otra parte: la estancia media en lista de espera es de aproximadamente diez meses, pero en algunas Regiones el tiempo necesario para la inclusión en un R.E.M.S. pueden ser mucho más largos. Además, afirma el Tribunal, las personas que se encuentran en la lista de espera son a menudo acusadas, o ahora definitivamente consideradas autoras, de delitos muy graves —entre otros, abuso familiar, actos de persecución, violencia sexual, robo, extorsión, daños personales lesiones e incluso intento y asesinato cometido.

Por tanto, sin entrar en el fondo de las posibles soluciones ofrecidas por las Administraciones consultadas con el citado auto de instrucción, el Tribunal no ha podido evitar dejar de señalar la problemática existencia de listas de espera en la ejecución de medidas dictadas por la autoridad judicial contra los autores de delitos, bajo el supuesto de su peligrosidad social, y por tanto, de conformidad con el art. 203 c.p. sobre la base de una evaluación de la probabilidad de que cometan nuevos actos previstos por la ley como delitos. Por su naturaleza, tales medidas deben ejecutarse inmediatamente, del mismo modo que las medidas cautelares previstas por el código de procedimiento penal están destinadas a aplicarse con prontitud y se basan en la necesidad de

25 Sobre los límites de la legitimidad de la inmovilización física del paciente psiquiátrico desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, TEDH, sentencias de 19 de febrero de 2015, M.S. contra Croacia 2, §§ 98 y 103-105, así como, más recientemente, de 15 de septiembre de 2020, Aggerholm c. Dinamarca, §§ 81-85; en el derecho alemán, recientemente sobre el tema del Tribunal Constitucional Federal, sentencia de 24 de julio de 2018, 2 BvR 309/15 y 2 BvR 502/16.

26 Tribunal Constitucional, n.º 26 de 1999, relativa a la obligación constitucional, que grava el ordenamiento jurídico, de garantizar «garantías jurisdiccionales en el seno de las instituciones encargadas de la ejecución de medidas restrictivas de la libertad personal».

prevenir riesgos como, en particular, el peligro de comisión de delitos graves por parte del acusado²⁷.

Una situación, por tanto, que pone de manifiesto una falta sistémica de eficacia en la protección de todo el conjunto de derechos fundamentales²⁸ que la asignación a un R.E.M.S. tiene como objetivo proteger; defecto respecto del cual, señala el Tribunal²⁹ no podemos permanecer indiferentes, ni siquiera a la luz del art. 3, párrafo 3, Constitución³⁰. Está claro que la solución a tales *déficits* de protección de los derechos fundamentales, según el Tribunal, no puede ser el de adscripción supernumeraria de personas en lista de espera al R.E.M.S. existente: tal remedio sólo terminaría creando una situación de hacinamiento de estas estructuras, distorsionando su función y socavando fundamentalmente su funcionalidad con respecto a sus fines terapéuticos-rehabilitadores. Y también está claro que la alternativa no puede ser internar temporalmente a estas personas en instituciones penitenciarias, que requieren una terapia y un proceso de rehabilitación que la prisión de ninguna manera es adecuada para brindarles.

El problema de las listas de espera requiere, más bien, abordarse sin demora —sobre la base de una financiación adecuada por parte del Estado y de las autonomías territoriales— a través de las diferentes estrategias propuestas en su informe por los propios Ministerios de Justicia y Sanidad y por la Conferencia de las Regiones y Provincias autónomas que apuntan a reducir progresivamente, hasta el punto de eliminar, la brecha actual entre el número de plazas disponibles y el número de medidas de asignación. Y esto a través del complejo abanico de intervenciones ya indicadas

por los distintos actores institucionales: desde la valorización y fortalecimiento de las alternativas terapéuticas para la salud mental existentes en la zona, para contener en lo posible la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad en el R.E.M.S.; a iniciativas encaminadas a la definición de *estándares* compartidos en la elección de la medida más adecuada en relación con la situación clínica y el peligro social de las personas afectadas; hasta posiblemente la creación de nuevos R.E.M.S., donde se destaca que son esenciales para hacer frente a una demanda que se muestra incapaz de seguir reduciéndose.

En conclusión, para el Tribunal es necesario intervenir, ya que, literalmente, «no sería tolerable una continuación excesiva de la inercia legislativa respecto de los graves problemas que atañen a la R.E.M.S.»

4. ENTRE “PENA” Y “CURA”

El fallo de la Corte se presentó los mismos días en los que Italia sufrió la condena definitiva³¹, con la Sentencia Sy v. Italia³², de 24 de enero de 2022, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de artículos. 3 Prohibición de tratos inhumanos o degradantes, 5§1 Derecho a la libertad y seguridad personal, 5§5 Derecho a indemnización, 6§1 Derecho a un juicio justo. La decisión se refiere al caso de un ciudadano italiano, que padece un trastorno de personalidad y un trastorno bipolar, que permaneció en prisión durante casi dos años, a pesar de que el juez italiano había comprobado que su estado de salud mental era incom-

27 Así como las medidas cautelares previstas por el código de procedimiento penal están destinadas a ser aplicadas de forma inmediata y se basan en la necesidad de prevenir riesgos como, en particular, el peligro de que el acusado cometa delitos graves (art. 274, párrafo 1, letra c, c.p.p.).

28 El Tribunal, en su examen, explica cómo, por un lado, existe un retraso generalizado y significativo en la ejecución de las medidas en cuestión implica una falta de protección efectiva de los derechos fundamentales de las posibles víctimas de ataques, que el sujeto que padece patologías mentales, y a menudo ya autor de delitos graves o muy graves, podría implementar nuevamente, y que el ordenamiento jurídico tiene el deber de prevenir; por otra parte, la no aplicación oportuna de estas medidas socava, al mismo tiempo, el derecho a la salud del paciente, que entretanto no recibe los tratamientos —incluidos plenamente entre las LEA— que, en cambio, deberían garantizarse él, para ayudarle a superar su patología y reintegrarse progresivamente a la sociedad.

29 Nada menos que el Tribunal de Estrasburgo, que desde hace muchas décadas subraya cómo el Convenio pretende proteger los derechos en su dimensión de eficacia (al menos a partir de la sentencia del TEDH de 9 de octubre de 1979, Airey c. Irlanda, § 24: «El Convenio pretende garantizar no derechos que sean teóricos o ilusorios, sino derechos que sean prácticos y efectivos»).

30 Como ya ha subrayado el Tribunal Constitucional. en la frase nro. 215 de 1987, sobre la efectividad del derecho a la educación; sobre el principio de efectividad de la tutela judicial, Tribunal Constitucional. frases nro. 10 de 2022, n. 157 y n. 48 de 2021 y anteriores a que se refiere el mismo, así como la sentencia núm. 26 de 1999, son www.cortecostituzionale.it.

31 Cf. M.P. Costantini, La Corte Costituzionale rileva un difetto sistemico nella tutela dei diritti fondamentali delle persone sottoposte alle misure di sicurezza nelle R.E.M.S. Non è più tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa”, in *Unione forense per la tutela dei diritti umani*, 2022.

32 Cf. E. Robotti, Sy c. Italia: la condanna definitiva della Corte di Strasburgo all'Italia sulla detenzione in carcere di pazienti psichiatrici gravi, in *Unione forense per la tutela dei diritti umani*, 2022. No sólo eso. El 10 de noviembre de 2022, Italia fue nuevamente condenada por el recurso núm. 42627/20 Preusschoff v. Italia. En esta ocasión, Italia admitió su responsabilidad por todas las violaciones controvertidas, admitiendo también que “adoptar todas las iniciativas para regular el problema de las plazas disponibles en el R.E.M.S.”. Sobre este punto, D. Aliprandi, Un tedesco messo in carcere invece che in R.E.M.S.: alla Cedu l'Italia ammette la violazione dei diritti, en www.ildubbio.it, 2 noviembre de 2022.

patible con la reclusión en prisión y había ordenado el traslado a un R.E.M.S.

El Sr. Sy había sido transferido a un R.E.M.S. sólo siguiendo una disposición *en el intermedio* solicitada por el recurrente, que además, únicamente como consecuencia de una medida cautelar solicitada por el demandante, que, además, fue ejecutada con un retraso inadmisibles de más de 35 días, en violación del artículo 34 del Convenio, como constató el TEDH, con un retraso inaceptable de más de 35 días, violando el art. 34 del Convenio. El TEDH, en su decisión, recuerda que en numerosas ocasiones³³ «que los gobiernos nacionales deben organizar su sistema penitenciario de manera que se garantice el respeto a la dignidad de los presos, independientemente de cualquier dificultad económica o logística y que a la luz de esta obligación», y destacó que el gobierno italiano ha omitido, en la ausencia de plazas disponibles en R.E.M.S. —la razón que de hecho determinó para el Sr. Sy detención en prisión durante casi dos años—, para encontrar cualquier solución alternativa a la prisión³⁴.

Sobre este punto, según el *Juez europeo*, el retraso en la obtención de una plaza no puede durar indefinidamente y es aceptable³⁵ sólo si está debidamente justificado, ya que la inaceptable continuación del tiempo «implica un cierto perjuicio moral por permanecer

detenido sin un programa de tratamiento adecuado al estado de salud del sujeto, en violación de los artículos 3 y 5 § 1 del Convenio».

Sin embargo, según el TEDH, «en Italia, la relación y el difícil equilibrio entre la salud mental, que a veces desemboca en patología, y la ejecución de la pena³⁶, más en general, la protección que el Estado debe brindar a sus miembros frente a los sujetos que cometen delitos y que padecen trastornos psiquiátricos confirmados ha interesado tanto al legislador como a la jurisprudencia³⁷. De hecho, según el TEDH, «Italia fue el primer país de Europa que cerró, con la ley núm. 180 de 1978, denominada Ley Basaglia, cuyo contenido se fusionó con la ley núm. 833 de 1978, asilos mentales³⁸, aunque los asilos criminales han sobrevivido a estos³⁹ posteriormente suprimidos por los conocidos cambios legislativos». Aún. «Se planteó el problema de encontrar lugares donde los individuos, los autores de delitos y los que padecen enfermedades mentales graves pudieran cumplir sus condenas y al mismo tiempo recibir la asistencia y el tratamiento necesarios. Y las medidas alternativas al internamiento también encajan en este perfil⁴⁰, funcional a la resocialización del delincuente, con especial referencia a la detención domiciliaria⁴¹ a que se refiere el art. 47-*tener*, coma 1-*tener*, O.P.⁴², que ha sido modificado varias veces a lo largo de los años⁴³,

33 En la jurisprudencia europea, véase, para todos, *Muršić v. Croacia* [GC], n. 7334/13, § 99, de 20 de octubre de 2016, y *Neshkov y otros c. Bulgaria*, no. 36925/10 y 5 otros, § 229, 27 de enero de 2015. En doctrina, C. Fiorio, *Strasburgo chiama. Roma non risponde, en Diritto penale e processo*, 2013; C. Fiorio, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, en *Processo penale e giustizia*, 2014.

34 Sobre el tema, *Sy v. Italia*. La sentencia definitiva del Tribunal de Estrasburgo a Italia sobre el internamiento en prisión de pacientes psiquiátricos graves, en www.unionedirittiumani.it.

35 *Mutatis mutandis*, *Morsink v. Países Bajos*, n. 48865/99, § 67, 11 de mayo de 2004.

36 R. Turrini Vita, *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, en *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2005.

37 F. Peroni - A. Scafati, *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Giuffrè, Milán, 2006.

38 El primer hospital psiquiátrico se fundó ya en 1876 en Aversa (Caserta), con el objetivo en realidad de acoger a los condenados. loco en prisión, la llamada criminales locos. Para referencias más extensas sobre la evolución histórica de los asilos criminales, ver P. Cappelli, *Manicomio giudiziario*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, 1975, 427.

39 Cf. F. Corleone, *La fine degli O.P.G. e il cambiamento radicale*, en *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, F. Corleone (editado por), in *Quaderni del Circolo Rosselli*, Ed. Pacini, Pisa, 2018.

40 Ampliamente, A. Pennisi, *Le misure alternative alla detenzione*, en P.M. Corso (editado por) *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Milán, 2013; F. Martín, *Esecuzione della pena e tutela della salute: la detenzione domiciliare al detenuto affetto da grave infermità psichica*, en www.iusnittiner.it, 2022.

41 G. Piero, *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema dell'esecuzione penale*, en A.A. Dalia (editado por), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Giuffrè, Milán, 1998.

42 Artículo 47-*tener*, coma 1-*tener*, O. P. «Cuando el aplazamiento obligatorio o facultativo de la ejecución de la pena pueda ordenarse con arreglo a los artículos 146 y 147 del Código Penal, el tribunal de control, incluso si la pena excede del límite previsto en el apartado 1, podrá ordenar la solicitud de la prisión domiciliaria, fijándose un plazo mientras dure dicha aplicación, plazo que podrá ser prorrogado. La ejecución de la pena continúa durante la ejecución de la prisión domiciliaria». 1 ter. «Cuando pueda ordenarse el aplazamiento obligatorio u facultativo de la ejecución de la pena conforme a los artículos. 146 y 147 del Código Penal, el tribunal de control, incluso si la pena supera el límite previsto en el apartado 1, podrá ordenar la aplicación de la prisión domiciliaria, fijando un plazo para la duración de dicha aplicación, plazo que podrá ser ampliado. La ejecución de la pena continúa durante la ejecución de la prisión domiciliaria»

43 El legislador con el art. 2 del decreto legislativo núm. 28 de 2020 en Disposiciones urgentes en materia de detención domiciliaria y permisos, convertido con modificaciones por ley. 25 de junio de 2020, n. 70, publicado en el Diario Oficial. 29 de junio de 2020, n. 162, modificó las reglas del art. 30-hasta y 47-*tener*, coma 1-*tener* O.P., en relación con los denominados permisos de necesidad y a la llamada detención domiciliaria humanitario o sustituto.

aplicable cuando la situación sanitaria y la posibilidad de realizar un proceso reeducativo sean incompatibles con la permanencia en el interior de la institución penitenciaria».

Se especifica que esta medida alternativa⁴⁴, introducido por ley de 10 de octubre de 1986, n. 663, —el llamado “Ley Gozzini”— estrictamente aplicable a sujetos mayores de 70 años⁴⁵, incluso si son reincidentes, siempre que no hayan sido condenados por los llamados delitos sexuales (*ex* artículos 609-*hasta*, 609-*quater* y 609-*octies* código penal) o no han sido declarados delincuentes habituales o profesionales y a otras categorías (mujeres embarazadas, personas que se encuentran en un estado de salud particularmente grave que requiere un contacto constante con los servicios de salud locales, personas mayores de sesenta años que padecen patologías graves y con discapacidad), permite al condenado cumplir la pena de prisión, o el resto de ella, ya no en la institución penitenciaria, sino en su propio domicilio, en otro lugar de residencia privada o en un lugar público de atención, asistencia o acogida.

En cuanto a las condiciones inherentes a la patología mental del recluso⁴⁶, a la luz de la orientación expresada recientemente por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 99 de 2019⁴⁷, la institución puede aplicarse a los condenados a prisión domiciliaria, también en excepción de los límites establecidos en el art. 47-*ter*, coma 1-*ter*, O.P.

Con esta sentencia, la Corte vuelve sobre la evolución reglamentaria, de hecho incompleta, con la ley

habilitante del 23 de junio de 2017, n. 103⁴⁸ que perjudicaba particularmente a los presos que sufrían enfermedades mentales sobrevenidas, que no tenían acceso ni al R.E.M.S. ni a otras medidas alternativas a la prisión preventiva, en caso de que permaneciera una pena superior a cuatro años. Estos sujetos también podrían tener acceso a la prisión domiciliaria ordinaria de conformidad con el art. 47-*ter*, apartado 1, carta. c), O.P., preveía para todos los reclusos con una pena residual inferior a cuatro años, que padecieran una patología física o mental. Ni siquiera se aplicaba la institución obligatoria de la ejecución de la pena a que se refiere el art. 146, párrafo 1, n. 3, código penal, así como el aplazamiento facultativo de la ejecución de la pena a que se refiere el art. 147, párrafo 1, n. 2, Código Penal, o la hipótesis a que se refiere el art. 47-*ter*, coma 1-*ter*, O.P.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consideró que la imposibilidad de acceder a medidas alternativas por parte de esta categoría de sujetos representa una comprensión injustificada de los derechos fundamentales que estaba en conflicto con los principios constitucionales a que se refieren los artículos. 2, 3, 27, párrafo 3, 32 y 117, párrafo 1 de la Constitución, y, en referencia a esta última disposición, en relación con el art. 3 CEDH⁴⁹.

4.1. *Sigue: La responsabilidad es terapéutica: superar el código Rocco a través del proyecto de ley Magi*

Por tanto, el debate jurisprudencial nacional y europeo⁵⁰ tanto sobre el problema de la salud mental como,

44 Las otras medidas alternativas al internamiento son la libertad vigilada a los servicios sociales, a que se refiere el art. 47 O.P., semilibertad, prevista por el art. 48 OP y libertad anticipada, regulada por el art. 54 O.P. Para un análisis en profundidad de los institutos, AA. VV., *Manuale di diritto penitenziario*, F. Della Casa, G. Giostra (editado por) Giappichelli, Turín, 2023.

45 El Tribunal Constitucional, con sentencia de 31 de marzo de 2021 n. 56 declaró la ilegitimidad constitucional del art. 47-tener párrafo, 1 O.P. limitado a las palabras “ni nunca ha sido condenado con las circunstancias agravantes a que se refiere el art. 99 del código penal”. Por tanto, los mayores de setenta años condenados a pena de prisión pueden ser admitidos en prisión domiciliaria aunque sean declarados reincidentes. Cae, por tanto, la exclusión absoluta establecida contra ellos por el sistema penitenciario. El Tribunal observó que la detención domiciliaria para los mayores de setenta años se inspira en el principio de humanidad de la pena, consagrado en el artículo 27 de la Constitución y subrayó la anomalía de la disposición examinada: la única, en todo el sistema penitenciario, que conduce a una radical consecuencias preclusivas de una medida alternativa para quienes hayan sido condenados con el agravante de reincidencia. Por tanto, la exclusión absoluta establecida por la ley se consideró irrazonable, también en relación con los principios de reeducación y de humanidad de la pena, de acuerdo con una jurisprudencia constante que considera contrarias a los artículos 3 y 27 las exclusiones absolutas al acceso a los beneficios penitenciarios. párrafo 3 de la Constitución y medidas alternativas a la detención.

46 Sobre enfermedades psiquiátricas, ver Corte Constitucional, entre muchas, sentencias no. 169 de 2017, n. 162 de 2014, n. 251 de 2008, n. 359 de 2003, n. 282 de 2002 y n. 167 de 1999, son www.cortecostituzionale.it.

47 Recientemente recordado por el Cass. sección I, 12 de julio de 2022, n. 26851, en www.cortecassazione.it.

48 AA. VV., *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, A. Scalfati (editado por), Giappichelli, Turín, 2017.

49 Como también se desprende de la jurisprudencia del TEDH, entre otras, sección II, sentencia de 17 de noviembre de 2015, *Bamouhammad c. Bélgica*, § 119, y TEDH, Gran Sala, sentencia de 26 de abril de 2016, *Murray c. Países Bajos*, § 105, en algunos casos, mantener detenida a una persona que padece una enfermedad mental grave constituye un trato verdaderamente inhumano o degradante, en el lenguaje del art. 3 CEDH, o trato contrario al sentido de humanidad, según las expresiones utilizadas por el art. 27 párrafo 3 de la Constitución.

50 Por disposición de 13 de junio de 2022, publicado el 4 de julio de 2022, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha iniciado el contrainterrogatorio del recurso presentado en marzo de 2022 por un joven paciente psiquiátrico para denunciar la privación ilegal

en términos más significativos, sobre la cuestión de las listas de espera⁵¹ para hospitalización en R.E.M.S. pacientes psiquiátricos que cometieron delitos, absueltos definitivamente por *incapacidad para comprender y querer* y reconocido *socialmente peligroso* resalta una vez más qué y cuántas dificultades ha tenido el deseado y auspiciado proceso de superación de los Hospitales Psiquiátricos Judiciales (O.P.G.) desde 2008 hasta hoy.

En referencia a los problemas de salud mental del sujeto, sin lugar a dudas, como medida de seguridad, la asignación en R.E.M.S. sólo se puede aplicar si se cumplen dos condiciones, una objetiva, es decir, la comisión de un acto previsto *en la Ley* como delito y otro subjetivo, es decir, la peligrosidad social y criminal del sujeto. Es precisamente este segundo requisito el que se presenta como condición esencial no sólo para la aplicación, sino también para el mantenimiento de la medida de seguridad, hasta el punto de que, si no se cumple, el infractor pasa a ser preso y cumple su pena

en instituciones penitenciarias ordinarias, obviamente, siempre que se den todas las condiciones.

También es conveniente precisar que el principio de la necesaria comisión de un acto delictivo conoce una excepción en dos hipótesis perentorias unidas por la nomenclatura del *cuasi-crimen*.

Se trata del delito imposible, regulado en el art.49 del Código Penal, según el cual, independientemente de la comisión real de un delito, se supone la inadecuación de la acción o la inexistencia del objeto del mismo, es imposible el hecho dañoso o peligroso, se trata también del acuerdo delictivo no realizado o la instigación a cometer un delito, si no se acepta *ex art.115 c.p.*

Tales hipótesis representan situaciones cercanas al delito, a las que no se les puede aplicar la pena, ya que los hechos no constituyen delito, pero el agente puede ser sometido a medidas de seguridad, si el juez las considera peligrosas.

Por tanto, asignado al R.E.M.S. son los sujetos no imputables⁵² debido a una enfermedad mental⁵³, intoxi-

de libertad tras no haber sido trasladado a una Residencia para la Ejecución de Medidas de Seguridad (" R.E.M.S.") y la falta de administración por parte de las autoridades italianas de los tratamientos médico-sanitarios que requiere su patología psiquiátrica. Mientras esperaba su traslado, el recurrente permaneció detenido durante mucho tiempo, primero en prisión y posteriormente en el departamento de psiquiatría de un hospital. En la primera sentencia sobre el asunto —Syc. Italia, 24 de enero de 2022— hemos visto que el Tribunal Europeo ya ha concluido que la falta de implementación de una disposición de aplicación del R.E.M.S. y la consiguiente prolongación indebida de la detención de un paciente psiquiátrico en prisión constituyen una violación de la prohibición de someterlo a penas o tratamientos inhumanos o degradantes consagrada en el art. 3 CEDH, así como el derecho a la libertad y a la seguridad consagrado por el art. 5 CEDH. En el presente caso, se pedirá al Tribunal que evalúe si estas consideraciones pueden extenderse también a las distintas hipótesis de internamiento en el departamento psiquiátrico de un hospital, lugar abstractamente destinado a acoger —por períodos meramente transitorios— a pacientes agudos. El Tribunal pidió al Estado italiano que adoptara una posición específica sobre este punto, preguntando al Gobierno demandado si el internamiento del recurrente en la sala psiquiátrica de un hospital era compatible con su estado de salud. El caso examinado por el Tribunal representa, por tanto, el emblema de las múltiples cuestiones críticas en las que el defecto estructural que caracteriza el sistema italiano de ejecución de medidas de seguridad para los pacientes psiquiátricos que necesitan tratamiento y la excepcionalidad la celeridad con la que la Corte decidió dar seguimiento a las solicitudes formuladas por el recurrente confirma su relevancia, que trasciende el caso concreto.

51 Una importante herramienta de monitoreo R.E.M.S. está constituido por el Observatorio para la superación del O.P.G. y sobre el R.E.M.S., fundado por el Comité StopOPG, que desde 2016 visita periódicamente las Residencias para la Ejecución de Medidas de Seguridad en territorio italiano, publicando interesantes informes que recogen información sobre los pacientes, el personal y las características estructurales de las residencias. Todos los informes están publicados y disponibles en www.stopO.P.G.it.

52 Sobre la noción de imputabilidad desde una perspectiva jurídica y psiquiátrico-forense, véase, en detalle, D. Curtotti Nappi, *Accertamenti sulla personalità dell'imputato, acquisizione di documenti e divieto di perizia psicologica*, en M. Montagna (editado por), *Il processo penale. La giustizia penale differenziata. Vol. 3: Gli accertamenti complementari*, Giappichelli, Turín, 2011.

53 Tradicionalmente, el defecto mental constituye la causa más frecuente de exclusión o limitación de la imputabilidad. El arte. 88 del Código Penal, que regula la deficiencia mental total, establece: «Cualquiera que, en el momento en que cometió el acto, se encontrara, a causa de una enfermedad, en tal estado de ánimo que excluya la capacidad de entender o de querer, es no imputable»; mientras que el siguiente art. 89 del código penal, relativo a la deficiencia mental parcial, establece: «Quien, en el momento en que cometió el acto, se encontraba, debido a su enfermedad, en tal estado de ánimo que disminuyera mucho, sin excluirla, la capacidad entender o querer, es responsable del delito cometido; pero el castigo ha sido reducido». La diferencia entre las dos formas de vicio se basa en un criterio cuantitativo, con referencia explícita al grado de alteración mental, y no a su extensión. La valoración de cualquier dolencia, incluso transitoria, debe realizarse en relación con el acto alegado, en el momento en que se cometió. En este sentido, la investigación pericial juega un papel crucial. De las disposiciones reglamentarias se desprende que la imputabilidad se configura «como una construcción en dos niveles: el primero, relativo al sustrato patológico (enfermedad); el segundo, relativo a la consiguiente incapacidad de entender o de querer». Por tanto, el perito encargado de comprobar la imputabilidad deberá realizar una doble valoración de mérito: la primera de carácter diagnóstico, encaminada a comprobar la presencia o no de una condición de "enfermedad"; el segundo de carácter criminológico, para evaluar el posible impacto de dicha dolencia en la capacidad de comprensión y voluntad del sujeto en el momento del delito. En doctrina, M. T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, Turín, 2007, 42.

cación crónica por alcohol o drogas⁵⁴, sordomudez⁵⁵ y sujetos sometidos a otras medidas de seguridad de detención afectados por una enfermedad mental que requiera hospitalización.

En otras palabras, se trata de sujetos que padecen trastornos mentales *psiquiátricos* que representa una biografía, expresada en términos de una historia criminal y, al mismo tiempo, una historia clínica que —en conjunto— determinan el perímetro dentro del cual interactúan los factores sanitarios y judiciales. Se trata de una complejidad epistemológica que obliga al conocimiento clínico, psiquiátrico y psicológico a brindar respuestas que persigan la protección de la salud mental a partir de un contrato de tratamiento que se implementa con la fuerte intermediación del sistema judicial en sus diversas articulaciones y funciones: juzgar, procesamiento y ejecución penal.

En realidad, los conceptos de salud y enfermedad han adquirido recientemente límites tan vacilantes que han llegado a identificarse, respectivamente, con el bienestar y el malestar general del individuo⁵⁶. Pues bien, este debate entre derecho, medicina y medicina forense sólo ha afectado marginalmente a las cuestiones relativas a la salud en el R.E.M.S., aunque las modulaciones ligadas a *laestado en bonos* del individuo⁵⁷.

Ante la pluralidad de arquetipos interpretativos que se encuentran dentro de la ciencia psiquiátrica y la

consiguiente dificultad para definir la *enfermedad*, en doctrina⁵⁸ se hablaba de una verdadera crisis en el concepto de imputabilidad: «ha comenzado así la era de la máxima discrecionalidad, donde cualquier trastorno, dependiendo de la habilidad del perito, del consultor o de las variables convicciones del juez, puede convertirse en una deficiencia mental relevante para la imputabilidad»⁵⁹.

En este sentido, no han faltado propuestas para derogar esta categoría del sistema penal, que también se han materializado en diversas propuestas legislativas (*infra*). En realidad, como precisan algunos autores, «en todo caso, el concepto de enfermedad mental está en crisis (relativa), pero no el concepto de imputabilidad como capacidad de comprender y de querer que, como capacidad de culpabilidad, sigue siendo completamente fundamental y además, firmemente arraigado en la cultura, construcción y evolución del derecho penal moderno»⁶⁰.

Sobre este punto las Secciones Unidas, con el conocido fallo Raso⁶¹, han puesto fin al antiguo conflicto jurisprudencial en materia de enfermedad. Con este fallo se adoptó una *visión integrada* de enfermedad mental, que tiene en cuenta todas las variables biológicas, psicológicas, sociales y relacionales que entran en juego en el determinismo de la enfermedad: «Incluso los trastornos de la personalidad, como los resultantes de la neurosis

54 Para los actos cometidos en estado de ebriedad crónica producida por alcohol o sustancias estupefacientes, el art. 95 código penal establece que «se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 88 y 89». En este caso, de hecho, la ingesta prolongada y continua de estas sustancias provoca cambios estables en la psique del individuo, con signos demostrables de dependencia psicofísica, estableciendo un verdadero estado de enfermedad. Por tanto, el legislador se refiere expresamente a los supuestos a que se refieren los artículos. 88 y 89 del código penal, con la posibilidad de reconocer total o parcialmente la deficiencia mental y excluir o reducir la pena.

55 El arte. 96 c.p. dice: «No es imputable el sordomudo que, en el momento de cometer el delito, no tenía, por su enfermedad, capacidad de entender o de querer. Si la capacidad de comprender o querer estuviera muy disminuida, pero no excluida, la pena se reduce». Esta disposición se basa en la consideración de que la audición y el lenguaje son indispensables para el desarrollo psíquico del ser humano, de modo que su defecto provoca en la persona consecuencias similares a las de una enfermedad mental. Sin embargo, no existe una correspondencia automática entre la sordomuda y la incapacidad de comprender o querer: por lo tanto, el perito deberá evaluar, caso por caso, si el sordomudo, debido a su enfermedad, en el momento del suceso tenía una exclusión o una limitación significativa de la capacidad de comprender o de querer.

56 G. Spangher, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, en *Diritto penale e processo*, 2015.

57 Véase Cass., sección. I pluma., 1 de octubre de 2014, n. 39788, en *Diritto penale e processo*, 2016, 664 y siguientes, con nota de S. Bellino, *difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*.

58 La doctrina, que ha analizado detenidamente la evolución jurisprudencial sobre la relevancia de los llamados anomalías psicológicas, ha identificado dos direcciones: una llamada doctor (dentro del cual distinguió una orientación organicista y uno nosográfico) y uno llamado legal. Sobre este punto, para el primer discurso, Cass., sección. VI, n. 26614 de 2003. En el sentido de que las simples anomalías del carácter o los trastornos de la personalidad no afectan la capacidad de comprender y de querer, cf. Cass., sección. En. 10422 de 1997, según la cual «la enfermedad mental relevante para la exclusión o reducción de la imputabilidad es sólo la médico-legal, dependiente de un estado patológico verdaderamente grave, que implica una degeneración de la esfera intelectual y volitiva del agente». Para la segunda dirección, Cass., sección. I, 9 de abril de 2003 n. 19532 en M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. V, *L'imputabilità*, Giappichelli, Turin, 2013, 48. Véase jurisprudencia, Cass., secc. I, 6 de abril de 1987, n. 8084 «a los efectos de la existencia de defecto mental total o parcial, la enfermedad mental, aunque exprese un concepto más amplio que el de enfermedad mental, debe, sin embargo, depender de una causa patológica, que no necesariamente puede clasificarse en las figuras típicas de la nosografía clínica, pero siempre tales que alteren los procesos de la inteligencia de la voluntad».

59 G. Ponti, *Il dibattito sull'imputabilità*, A. Ceretti - I. Merzagora (editado por), *Questioni sull'imputabilità*, Cedam, Padua, 1994, 10.

60 M. Romano - G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 1996, 1.

61 Cass., Sección. Un., 8 de marzo de 2005, n. 9163.

y la psicopatía, pueden constituir una causa adecuada para excluir o disminuir en gran medida, de manera autónoma y específica, la capacidad de comprensión y la voluntad de un sujeto que actúa para los fines de los artículos. 88 y 89 del Código Penal, siempre que sean de tal consistencia, relevancia, gravedad e intensidad que afecten concretamente al mismo; por el contrario, otras anomalías de carácter y estados emocionales y pasionales que no tengan las connotaciones de impacto antes mencionadas sobre la capacidad de autodeterminación del sujeto actuante no son relevantes a los efectos de la imputabilidad; es necesario también que exista una conexión etiológica entre el trastorno mental y el delito, que permita considerar a este último causalmente determinado por el primero»⁶².

En esencia, la sentencia también incluye los trastornos de la personalidad entre las enfermedades penalmente relevantes, siempre que sean lo suficientemente graves como para reducir las *suitas*, este último, supuesto para todo sujeto adulto, consiste en la capacidad de comprender el valor social negativo de la conducta y en la capacidad de controlar los propios impulsos de acción, activando mecanismos de inhibición.

En efecto, de conformidad con el art. 85 código penal nadie puede ser castigado por un hecho previsto *en la Ley* como delito, si en el momento de su comisión no es imputable y es considerado como tal precisamente por quienes tienen capacidad de entender y querer, es decir, las *suitas*. No es casualidad que el concepto de imputabilidad se base en el supuesto de que un hombre puede ser considerado responsable de violaciones penales sólo si es capaz de percibir el valor social de los actos que lleva a cabo.

Cabe aclarar que *la capacidad de comprender y querer* es una función psíquica que, si bien es objeto del conocimiento médico-psiquiátrico, está predeterminada por definiciones de la doctrina jurídica, consolidadas a través de la jurisprudencia de legitimidad de la Corte Suprema: esto no significa que el conocimiento jurídico quede cristalizado: la historia de la ciencia jurídica enseña de hecho, que en la base de todo intento de hacer la terminología más precisa y actual está el esfuerzo por racionalizar y científicizar el derecho⁶³.

La doctrina moderna va más allá de la concepción psicológica de la culpa, identificada en el vínculo psíquico que vincula el hecho con el infractor, adhiriéndose a la normativa, que la entiende como un juicio de culpabilidad por haber mantenido una conducta antideber. Dado que la reprobación está subordinada a la posibilidad real de adoptar una conducta conforme a los preceptos, la culpabilidad queda excluida en el caso de sujetos no imputables, además es lógico reeducar sólo a un sujeto efectivamente reprobable.

La jurisprudencia dominante afirma reiteradamente el principio según el cual «el delito imputado al sujeto que se declara no imputable por defecto mental total debe ser siempre considerado en su objetividad, como si hubiera sido cometido por una persona capaz de comprender y entender», «verificándose en todos los elementos, así como para la calificación de dolo o negligencia [...], también a los efectos de establecer la duración mínima de cualquier medida de seguridad»⁶⁴.

Por tanto, una sentencia absolutoria que en el juicio se impone por la falta de imputabilidad no impide la comprobación del hecho, necesaria para luego evaluar la existencia, así como la intensidad, de la peligrosidad social del sujeto.

Y luego, la noción de enfermedad mental es jurídicamente relevante cuando revela la convergencia de un trastorno funcional resultante de una disfunción mental, tan grave como para crear una situación psíquica ingobernable, capaz de comprometer incisivamente la capacidad de autodeterminación del sujeto.

Específicamente, los trastornos de la personalidad entran en la categoría amplia de psicopatías y están definidos por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, DSM, creado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, y también se dividen en tres grupos, según los diagnósticos comunes⁶⁵.

Del primer grupo A incluyen el trastorno de personalidad paranoide, el trastorno esquizoide y el trastorno esquizotípico, el grupo B incluye el trastorno de personalidad límite, narcisista, histriónico y antisocial y, finalmente, el grupo C incluye el trastorno de personalidad obsesivo compulsivo, el trastorno de persona-

62 De nuevo, Cass., Sección. Un., 8 de marzo de 2005 n. 9163.

63 El tema fue abordado extensamente en AA. Vv., Il sistema R.E.M.S. nella realtà italiana: autori di reato, disturbi mentali e PDTA, en Rivista di psichiatria, vol. 55, Supl. 3 al n. 6, 2019.

64 Véase Cass., sección. I, 22 de mayo de 2018, n. 51190.

65 El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, también conocido por el acrónimo DSM que deriva del título original de la edición estadounidense Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, es un sistema nosográfico para los trastornos mentales. Enumera los principales trastornos mentales en diecisiete clases diagnósticas, con una nomenclatura nosográfica que hace referencia a síntomas y no a enfermedades. La CIE, Clasificación Internacional de Enfermedades, es la clasificación internacional de enfermedades, elaborada por la Organización Mundial de la Salud.

lidad dependiente y el trastorno de personalidad por evitación⁶⁶.

Además, no es despreciable la circunstancia por la que la enfermedad mental se conecta con las disfunciones de la relación existente entre el individuo y la sociedad con la que entra en contacto⁶⁷.

De lo contrario, las anomalías de carácter, las desarmonías de personalidad, los desvíos sentimentales, los estados emocionales y pasionales son completamente irrelevantes, siempre que no se enmarquen en un contexto general de enfermedad.

Las Secciones Unidas de la Corte Suprema precisan también que el juicio de imputabilidad consta de dos fases: una descriptiva, encaminada a diagnosticar el trastorno, y otra evaluativa, en la que el juez comprueba la relación causal entre el trastorno y el delito.

En definitiva, la sentencia Raso señala que el concepto de enfermedad es más amplio que el de enfermedad mental, ya que incluye también los trastornos de la personalidad, en la medida en que son determinantes, en el caso concreto, de la comisión del delito, además debe ser de un trastorno capaz de determinar una situación de estructura psíquica incontrolable e inmanejable que, sin culpa, vuelve al agente incapaz de ejercer el debido control de sus propias acciones, de dirigir las en consecuencia, de percibir el desvalor social del hecho, de autodeterminarse autónoma y libremente determinando.

La actual orientación predominante tras la jurisprudencia de las Sezioni Unite en el asunto Raso, se alinea con las disposiciones antes mencionadas, reconociendo la relevancia de los trastornos de la personalidad

en las mismas condiciones⁶⁸. En aras de la exhaustividad, cabe señalar que a raíz de la sentencia raso, el problema del uso de la llamada *neurociencia* en procesos penales⁶⁹; en particular la neurociencia del comportamiento, que tiene por objeto el estudio del funcionamiento de los sistemas neuronales que subyacen al comportamiento humano y, en particular, el análisis genético de la estructura del cerebro en relación con el comportamiento mismo⁷⁰. En particular, en relación con la fase diagnóstica del trastorno mental, la neurociencia permite formular no sólo un “diagnóstico descriptivo” de los síntomas de la enfermedad, sino también un *diagnóstico del sitio*, orientado a identificar el sitio de una alteración anatómico-funcional; así como un *diagnóstico estructural*, destinado a identificar la condición patológica atribuible a causas conocidas; y finalmente un *diagnóstico funcional*, dirigido a indicar las consecuencias de un determinado trastorno sobre la conducta, especialmente en el ámbito forense. Sin embargo, el modelo propuesto por la neurociencia, por su carácter meramente descriptivo —y no explicativo—, no es capaz de garantizar también el examen del impacto patológico en la capacidad de comprensión y de voluntad del sujeto, ya que se limita a descubrir las correlaciones entre las funciones cerebrales del acusado y su comportamiento⁷¹.

En cualquier caso, el legislador italiano, con motivo de estos avances, nunca ha intervenido para modificar las normas relativas a la capacidad de entendimiento y a la voluntad del criminal, ni ha considerado abolir el llamado sistema de derecho penal de *doble vía*, intro-

66 Cfr. Asociación Americana de Psiquiatría, DSM-5, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, Raffaello Cortina Ed., Milan, 2015, 109.

67 Cf. A. Palumbo, Cos'è il «vizio di mente»? All'origine della non imputabilità secondo l'aspirante legislatore riformista What is «insanity»? At the origin of non-imputability, according to the aspiring reforming legislator, en *Diritto penale e Uomo*, 2020.

68 Véase Cass., sección. II, 20 de noviembre de 2018, n. 188, en *Dejure*, Cass., sección. VI, 27 de abril de 2018, n. 30733, en *Dejure*; Cass., sección. I, 31 de marzo de 2016, n. 26779, en *Dejure*; Cass., sección. II, 2 de diciembre de 2008, n. 2774, en *Dejure*.

69 La sentencia Bayout, de 18 de septiembre de 2009, n. 5, representa el primer reconocimiento en Italia, y uno de los primeros en Europa, de la validez de las técnicas neurocientíficas y de la genética del comportamiento en términos de juicio de imputabilidad. También la sentencia del Trib. Como, 20 de mayo de 2011, n. 536 se caracteriza por el uso, junto a los métodos psiquiátricos tradicionales, de la neurociencia cognitiva y de la genética conductual para comprobar la imputabilidad: «No se trata de introducir una revolución copernicana en términos de valoración, valoración y diagnóstico de las patologías mentales, ni de introducir criterios deterministas a partir de los cuales inferir automáticamente que una determinada alteración morfológica del cerebro da lugar a determinadas conductas y no a otras, sino más bien capitalizar las adquisiciones compartidas sobre la morfología cerebral y la estructura genética [...] sintomática de la creciente dificultad para el mundo actual la psiquiatría, transformada en una especie de reconocimiento resignado, para distinguir con certeza y precisión entre salud y enfermedad mental”. En el último caso examinado, Trib. Cremona, 29 de julio de 2011, n. 109, la valoración neurocientífica no se utilizó para evaluar la capacidad de comprensión y de voluntad del imputado, sino para validar las declaraciones realizadas por la persona ofendida. El experimento, implementado a través de prueba YO EN, y T.A.R.A., demostraron «la existencia de un recuerdo que parece tener potencial nocivo y es congruente con el síntoma postraumático denunciado por la persona ofendida».

70 P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milán, 2014, 192. Sobre el autor afirma que dentro de la neurociencia existen ciertos niveles de análisis e investigación. El nivel de estudio más básico es la neurociencia molecular; en una etapa posterior está la neurociencia celular, que analiza el funcionamiento y la naturaleza de las neuronas; en un nivel aún más alto se encuentra la neurociencia cognitiva, que estudia los mecanismos neuronales de las principales actividades de la mente humana.

71 Además, la neurociencia proporciona un apoyo válido para verificar la fiabilidad de la declaración de un testigo. En este ámbito se pueden realizar los estudios neuropsicológicos más recientes sobre la memoria y su mantenimiento, así como algunas pruebas específicas, como las denominadas Prueba de asociación implícita (I.A.T.) y el cd Aletiómetro de respuesta antagonista del tiempo (TARA).

ducido en el código penal Rocco, acogiendo la posición neutral Eclettica⁷², con el fin de conciliar los principios de la Escuela Clásica⁷³ del derecho penal con los de la Escuela Positiva⁷⁴. En concreto, por un lado, la concepción del hombre como libre y responsable de ser castigado con un castigo retributivo⁷⁵, ya que el delito es el resultado de su libre elección y la pena es proporcional al valor negativo del delito, por otro el del hombre peligroso, como condicionado por factores sociales, ambientales y patológicos, que deben ser controlados y contenidos mediante medidas adecuadas. medidas de seguridad, con las cuales el Estado ejerce una función preventiva para la defensa social. De hecho, el desarrollo de la teoría de las medidas de seguridad se debe precisamente a la Escuela Positiva⁷⁶, lo cual tiene su justificación en la cultura de la antropología criminal del siglo XIX.

Sustancialmente, el código Rocco atribuye la función represiva a la pena, que encuentra su fundamento y su límite en la culpabilidad e imputabilidad del delincuente, mientras que la de prevención social del delincuente a las medidas de seguridad, aplicables a los sujetos imputables cuando se ejecuta la pena. se considera insuficiente, y a las no imputables como medida sancionadora exclusiva⁷⁷.

De ahí la necesidad de revisar el concepto de peligrosidad social psiquiátrica, también con el fin de reducir las listas de espera de hospitalización en el R.E.M.S., reemplazándolas por evaluaciones de las posibilidades terapéuticas del sujeto, aboliendo la rigidez que no permite el tratamiento de personas criminales y peligrosas en lugares de detención (instituciones penitenciarias) al menos hasta que su colaboración sea suficiente para realizar el camino hasta los establecimientos de salud que, para algunos serán los R.E.M.S., mientras que para la mayoría serán lugares de tratamiento iguales a los de los pacientes no autores de delitos, también porque son los llamados *cripto-imputables*, es decir, personas que no presentan patologías psiquiátricas graves, sino problemas distintos y no estrictamente de salud (adic-

ción a sustancias, marginalidad social, biografías delictivas) que, sin embargo, se encuentran hospitalizados en R.E.M.S., eludiendo su función terapéutico-rehabilitadora: un efecto secundario de la bulimia diagnóstica que ha marcado las últimas décadas de desarrollo de la psiquiatría, alcanzando su punto máximo en la última versión del manual de diagnóstico internacionalmente reconocido (DSM V), donde cada vez se indican un mayor número de patologías y trastornos psiquiátricos.

Italia, como se demostró anteriormente, siempre ha tenido una sensibilidad particular en lo que respecta a la salud mental.

Esta sensibilidad constante no ha dejado de resonar en muchos sectores y a menudo ha estimulado diversas propuestas de reforma, también desde el punto de vista del derecho material, que constituyen, hasta la fecha, un mero legado para referencia futura.

De hecho, la cuestión de la salud mental y en particular la O.P.G. llegó a la atención de las instituciones gracias a la región de Toscana que, en 1997, presentó al Senado de la República un proyecto de reforma elaborado por Sandro Margara con un grupo de trabajo de la Fundación Michelucci⁷⁸. El proyecto de ley, que no abolió la distinción entre personas imputables y no imputables, eliminó sin embargo la O.P.G. y proporcionó estructuras de base regional para aquellos sujetos a medidas de seguridad que duraron diez años o más. Sin embargo, el proyecto de reforma más radical en la materia fue presentado por el senador Vinci Grossi en 1983⁷⁹, y luego revivido por Corleone en 1991⁸⁰ y en 1996⁸¹ con el objetivo de eliminar la incapacidad de comprender y querer y, en consecuencia, la *dobles vía* consistente en la pena y la medida de seguridad previstas por el código Rocco, que dirige al *incapaz* en la vía especial de la medida de seguridad, especial respecto de la vía ordinaria de la pena, que se aplica, en cambio, a las personas *capaces*.

En los proyectos de ley antes mencionados se proponía abolir la absolución y la medida de seguridad que la seguía, que a menudo implicaba una *cadena perpetua*

72 Basado en el dualismo responsabilidad-castigo, peligro-medida de seguridad. Véase S. Arcieri - F. Basile - R. Bianchetti - L. Santa María, *Imputabilità, colpevolezza e libero arbitrio. Le linee direttrici del Cantiere*, en *Diritto penale e Uomo*, 2021.

73 F. Carrara fundamenta la responsabilidad en el hecho consumado, valorando el libre albedrío y la proporcionalidad de la pena a la gravedad del hecho. La función del castigo estaría ligada a necesidades de mera expresión del acto nocivo o peligroso cometido, y su duración proporcional al mal cometido.

74 E. Ferri - C. Lombroso ven el delito como expresión de la peligrosidad social del delincuente, debida al entorno social y a la conformación psicofísica: La pena se basaría en la necesidad de impedir nuevos delitos por parte del "autor" del delito, y su duración estaría indeterminadamente ligada a la peligrosidad del infractor".

75 Véase A. Pagliaro, *Sanzione*, en *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, Treccani, 1982.

76 Cf. P. Pittaro, *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, EUT Universidad de Trieste, 1982.

77 Cfr. MT Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile pericoloso*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

78 Ley del Senado n. 2746 de la XIII legislatura.

79 Ley del Senado n. 177 de la IX legislatura.

80 Ley del Senado n. 2894 de la X legislatura.

81 Ley de Cámara n. 151 de la XIII legislatura.

blanca o, en todo caso, duró más que la pena de prisión que se habría cumplido en caso de *capacidad*⁸².

Aún.

La comisión parlamentaria de investigación sobre la eficacia y la eficiencia del Servicio Nacional de Salud, presidida por el senador Ignazio Marino⁸³, no sugirió resolver la cuestión de la doble vía como parte de la reforma del sistema OPG, porque requería una intervención regulatoria demasiado radical, pero identificó claramente la abolición de la inimputabilidad como el punto final de la reforma, que debía posponerse para una posterior reforma orgánica del código penal. En la perspectiva de una reforma global del sistema penitenciario, con el decreto del Ministro de Justicia de 19 de julio de 2017, la llamado a *Comisión Pelissero* para modificar el sistema de medidas de seguridad. El texto elaborado por la Comisión, si bien no suprimió la inimputabilidad, diferenció las medidas aplicables y dio centralidad a la gestión sanitaria, pero no tuvo seguimiento y no se ejerció la delegación legislativa.

De preparación muy reciente, sin embargo, es la propuesta legislativa n. 2939, presentado el 11 de marzo de 2021 por el Honorable Riccardo Magi, resultado de una elaboración colectiva, apoyada por un manifiesto-llamamiento dirigido a la sociedad civil, promovido por La Sociedad de la Razón, el Observatorio para la eliminación de los hospitales psiquiátricos judiciales, la Coordinación de las residencias para la ejecución de medidas de seguridad (R.E.M.S.) y los departamentos de salud mental (DSM), por una parte del Poder Judicial y firmado por juristas, abogados, operadores del campo psiquiátrico y militantes de asociaciones para la reforma de la justicia.

Con el llamado proyecto se decidió retomar la solución radical basándose en la experiencia de la actividad del Comisario Único para la superación de la O.P.G. y a partir de la innovación introducida por el decreto legislativo de 31 de marzo de 2014, n. 52, convertido, con modificaciones, por ley de 30 de mayo de 2014, n. 81, que vincula la medida de seguridad a la pena prevista para el delito cometido, reduciendo significativamente

la diferencia en la función concreta desempeñada por la medida de seguridad en comparación con la pena.

Su propósito central es reconocer y atribuir dignidad al enfermo mental, sobre todo, la capacidad de autodeterminación, dentro de los límites en que ésta no haya disminuido completamente debido a la patología, para superar el mencionado sistema de *doble vía* medida de seguridad-pena: el reconocimiento de responsabilidad borraría una de las estigmatizaciones que comúnmente operan hacia los locos⁸⁴.

La propuesta opera según varias líneas.

A partir de la eliminación de la inimputabilidad⁸⁵ de semiimputabilidad por defecto mental y consiguiente supresión de las correspondientes medidas de seguridad, se modifican las disposiciones relativas a defecto mental total y parcial, derogando el artículo 88 del código penal, sin modificar las normas generales de inimputabilidad y la relativa a imputabilidad de menores. Por este motivo, los redactores de la propuesta optaron por sustituir la noción de enfermo mental por la de persona con *discapacidad psicosocial*⁸⁶, con el objetivo de resaltar la circunstancia por la cual la discapacidad resulta no sólo de características psicológicas, sino también del contexto social.

Además, el proyecto prevé la supresión de medidas de seguridad específicas para los delincuentes con enfermedades mentales: hospitalización en un hospital psiquiátrico judicial y asignación a un centro de atención y custodia. En consecuencia, prevé la eliminación de la medida temporal de seguridad de hospitalización en un O.P.G. y la disposición de la transformación de la medida de seguridad de persona imputable en medida de persona no imputable a raíz de una enfermedad mental sobrevenida. Dada la igualdad entre un delincuente con discapacidad mental posterior o anterior, tras la eliminación de la inimputabilidad⁸⁷, prevé también la derogación del artículo 148 del Código Penal.

También se prevé la introducción de una circunstancia atenuante para las condiciones de desventaja derivadas de la discapacidad psicosocial ya que, según la propuesta, la condición de las personas con discapa-

82 También hubo intentos por parte del subsecretario Corleone de encontrar soluciones parciales, que sin embargo terminaron en nada.

83 Establecido por resolución del Senado de la República del 30 de julio de 2008, publicada en el Diario Oficial no. 182 de 5 de agosto de 2008.

84 M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, en *Verso un Codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (editado por), Cedam, Padua, 2002, 147.

85 Considerado por algunos psiquiatras y activistas de la salud mental, precisamente como una forma de reconocimiento de la subjetividad al enfermo mental, en este caso al autor de un delito. El reconocimiento de responsabilidad también se considera un acto que puede tener un valor terapéutico.

86 Expresión encontrada en el Manual de Implementación, elaborado por la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de Psiquiatría, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) firmada el 13 diciembre 2006 en Nueva York, ratificado por el Estado italiano, el 24 febrero 2009 con la ley n. 18 de 2009 y ratificado por la Unión Europea el 23 diciembre 2010.

87 A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, en *Indice penale*, 2005, 487.

cidad psicosocial es, en nuestra sociedad, una condición de desventaja y por ello las conductas delictivas cometidas por estas personas pueden ser considerado de menor valor social negativo, de conformidad con lo dispuesto en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional n. 73 de 24 de abril de 2020 que favorece una consideración equilibrada de las condiciones patológicas de la persona que cometió el delito al imponer la pena.

Además, a los efectos de evaluar la capacidad para participar en el juicio, también es necesario distinguir entre enfermedad mental en el momento del acto delictivo y enfermedad mental posterior.

En cambio, la propuesta incluye la preparación de medidas destinadas a evitar el encarcelamiento de presos con discapacidad psicosocial. De hecho, adaptando el texto a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional n. 99 de 19 de abril de 2019, se modifica el artículo 147 del código penal equiparando, a efectos de remisión facultativa, la discapacidad psicosocial a las enfermedades físicas. Además, se actúa en la fase cautelar, ampliando la regulación de los criterios para elegir la medida cautelar, relativa a la persona que padece sida u otra enfermedad grave, también a la persona con discapacidad psicosocial, confirmando la posibilidad de internamiento cautelar en un centro de detención preventiva. lugar de tratamiento. Para hacer efectiva y rápida la intervención del departamento de salud mental y, en consecuencia, la posibilidad del imputado de acceder a medidas cautelares no privativas de la libertad, se modifica el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, previendo que el juez podrá solicitar al departamento de salud mental que informe sobre las condiciones de salud del demandado y preparar un programa de tratamiento y asistencia individualizado⁸⁸, en el que se perfilan las vías terapéuticas más adecuadas, con especial atención a las no privativas de libertad. Para evitar el ingreso en prisión de una persona con discapacidad psicosocial, que permaneció en libertad durante el proceso o fue sometida a una medida cautelar no privativa de la libertad y que pudo acceder a una medida alternativa en la primera fase de la ejecución, se prevé una suspensión de la orden de ejecución *esto*. Además, se prevén medidas alternativas *esto* para la persona que padece una patología psiquiátrica, similar a lo que se ofrece a los toxicómanos. Para acceder a estas medidas alternativas, el estado de salud de la persona debe ser verificado por el departamento de salud mental, que también elabora un programa de tratamiento y asisten-

cia. A la solicitud de medida alternativa deberá adjuntarse la certificación del Servicio Nacional de Salud.

También se prevén normas para garantizar, en caso de detención de una persona con una discapacidad psicosocial, que pueda recibir una atención adecuada. Los centros de salud mental son heterogéneos desde el punto de vista estructural, de gestión y de nivel de servicios sanitarios garantizados y presentan numerosos problemas críticos, entre ellos: el riesgo de convertirse en «pequeños asilos mentales» dentro de la prisión y el de ser utilizados como lugar de castigo y aislamiento de las personas que realicen conductas consideradas excéntricas, extrañas, rebeldes o molestas dentro de la institución penitenciaria. Por este motivo se decidió eliminar las secciones especiales para personas con discapacidad psicosocial. La atención de estas personas debe estar garantizada por la presencia del departamento de salud mental en cada institución penitenciaria y, por ello, se ha previsto una modificación del artículo 11 de la ley de 26 de julio de 1975, n. 354, sobre el sistema penitenciario. También se establece que los reclusos con discapacidad psicosocial deberán ser atendidos por los departamentos de salud mental en salas de gestión sanitaria exclusiva dentro de las instituciones penitenciarias.

También se propone fijar un límite a la duración de las medidas de seguridad de la libertad condicional, extendiendo también a éstas el límite introducido por el citado decreto legislativo núm. 52 de 2014 sobre medidas de detención. En la perspectiva propuesta de suprimir la no imputabilidad para las personas con discapacidad psicosocial, la libertad condicional con prescripciones terapéuticas ya no debería encontrar aplicación, como está configurada hoy, sino que podría encontrar aplicación como medida para las personas imputables al final de la ejecución.

En cuanto a las R.E.M.S., objeto de este análisis en profundidad, el proyecto de ley afirma que representan un patrimonio en términos de recursos humanos, culturales y materiales, buenas prácticas de aplicación e integración con los servicios sociales y de salud. Para conservar y proteger este patrimonio, proponemos su reconversión en estructuras con alta integración socio-sanitaria como las dependencias de los departamentos de salud mental de las autoridades sanitarias locales.

A este respecto, el proyecto exige la eliminación de los términos asilos psiquiátricos y residencias de ancianos y de custodia de los artículos del código penal. Además de esto, se considera oportuno modificar la

88 Sobre este punto conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional n. 186 de 2015 que establecía principios importantes y que en el punto específico señalaba: «la ineficiencia de las administraciones sanitarias regionales a la hora de preparar programas terapéuticos individuales no puede traducirse en la aplicación de medidas de internamiento, que resultan innecesariamente gravosas para el paciente».

terminología y sustituir la noción de enfermo mental, prevista por el código penal, por la noción de persona con discapacidad psicosocial, de acuerdo también con la expresión *Discapacidad mental* utilizado por el artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, con su Protocolo Facultativo, elaborado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aplicado por la ley n° 3 de marzo de 2009 n 18. El artículo 12 de la Convención establece el principio de que las personas con discapacidad mental gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con todas las demás⁸⁹. El acceso a alternativas terapéuticas puede ser una forma de *acomodación razonable*. De ello se desprende que el derecho a la salud debe basarse en la voluntariedad, tal como lo establece la citada ley núm. 180 de 1978⁹⁰, que se expresa a través del consentimiento informado de la persona en tratamiento, según lo exige la ley 22 de diciembre de 2017, n. 219.

Estos principios no pueden ser ignorados por ningún individuo.

Por lo tanto, incluso las personas con trastornos mentales tienen *derecho a tener derechos*⁹¹ y, en particular, expresar su opinión sobre el tratamiento de salud que deseen seguir. Las únicas excepciones son las previstas por la ley con carácter general, es decir, aquellas que pueden dar lugar a la aplicación de un tratamiento sanitario obligatorio (TSO), *con todas las garantías garantizadas (como la solicitud motivada de los dos médicos, la orden del alcalde y la validación por el juez de tutela)*.

Por lo tanto, se prevé, en las normas propuestas, que toda cura o tratamiento de salud, así como todo traslado a instalaciones dedicadas al tratamiento, se base en la voluntad del sujeto, expresada mediante el consentimiento informado al tratamiento de salud y mediante la solicitud de Aplicación de una medida alternativa en un establecimiento de salud. La referencia puede ser un modelo inspirado en la ley consolidada sobre regulación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,

prevención, tratamiento y rehabilitación de los estados conexos de drogodependencia, a que se refiere el decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, n. 309, y por tanto sin obligaciones impuestas al departamento de salud mental por el juez sino derivadas de los derechos de la persona y de su compromiso con el tratamiento.

En términos generales, la reforma propuesta pretende acabar con la equivalencia ideal entre pena y prisión, pero, en lo que respecta a esta discusión, es fundamental recordar el desarrollo de una peculiar hipótesis de suspensión de la orden de ejecución, en beneficio de la persona con discapacidad psicosocial, quien se encuentra a la espera de la aplicación de una medida alternativa, a fin de excluir la posibilidad de encontrarse encarcelado injustificadamente.

La hospitalización en R.E.M.S., de hecho, implica necesariamente también la obligatoriedad del tratamiento porque, si no fuera así, el internamiento se limitaría a una connotación privativa de libertad, destinada a neutralizar el peligro social. Por tanto, a nivel jurídico, al poner de relieve los derechos fundamentales de la persona, existen límites estrictos a la justificación del uso de técnicas de contención mecánica, cuyo uso, por tanto, debe constituir una mera *razón extrema, una herramienta de último recurso, utilizable sólo cuando las medidas de seguridad no privativas de libertad son absolutamente inviables*; de ello se deduce que no es suficiente que el paciente se encuentre en un estado de agitación, sino que es necesario que exista un peligro grave y presente de que el paciente realice actos de autolésion o cometa un delito contra la persona.

4.2 Continúa: La prohibición del examen psicológico

Para llegar a un equilibrio entre los derechos procesales y las cuestiones operativas, el legislador debe leer también la relación entre el proceso penal y el peritaje⁹² psiquiatría forense⁹³ ordenados en los segmen-

89 Para describir con mayor precisión el significado jurídico y cultural del cambio terminológico, se hace referencia al citado Manual, que interpreta el artículo de la siguiente manera: Las personas con discapacidad que violan los derechos de otros tienen derecho a ser tratadas en igualdad de condiciones con las demás por la policía y los sistemas de derecho penal, incluida la provisión de ajustes razonables. Con esta definición queremos garantizar que la reforma propuesta sea también portadora de un enfoque no discriminatorio hacia las personas que padecen una patología mental y también queremos recordar la aplicabilidad de las garantías previstas por el mismo Convenio a los delincuentes con patologías mentales.

90 Normas luego incluidas en la ley del 23 de diciembre de 1978, n. 833, del Servicio Nacional de Salud.

91 S. Rodotà, *I diritto di avere diritti*, ed. Laterza, Bari, 2012.

92 P. Corso, Periti e perizia, a) Diritto processuale penale, in *Enciclopedia del diritto* XXXIII, Milano, 1983; A. Scalfati, Perizia (dir. proc. pen.), in *Enciclopedia giuridica*, VI Agg., Roma, 1997, I.

93 A. Manacorda, La perizia psichiatrica: sunti critici e nodi irrisolti, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia*, M. G. Giannicchedda, - F. Ongaro Basaglia (editado por), *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia*, ed. F. Angeli, Milano, 1987, 359. A este respecto es significativo un estudio americano que informa de las investigaciones experimentales más importantes sobre la fiabilidad y validez de la evaluación psiquiátrica a efectos del tratamiento sanitario obligatorio de la hospitalización, B.J. Ennis - T.R. Litwack, *Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom*, en *California Law Review*, 1974, 693.

tos procesales de conformidad con los artículos. 70⁹⁴, 275, coma 4 hasta, 392, apartado 1, letra f) y apartado 2; 422; 508; 467 c.p.p., así como eX arte. 603 c.p.p. en caso de necesidad o ex art. 520 c.p.p. utilidad u oficina ex arte. 214 c.p.p., según los criterios del art. 220 c.p.p.⁹⁵ y que se identifica en la valoración técnica de carácter psiquiátrico encaminada a descubrir la dinámica subyacente a cualquier conducta para explicar el motivo de esa acción u omisión que pasa a ser objeto de la investigación encomendada por el magistrado al perito auxiliar de éste, quien puede esclarecer las motivaciones conscientes o inconscientes que llevaron a ese comportamiento particular⁹⁶. El llamado perito psicólogo, psiquiatra o criminólogo, en forma híbrida, se pronuncia, en referencia a un tipo específico de delito y a un momento preciso de su proceso judicial, en cada

estado y nivel del proceso, respecto de cuestiones⁹⁷ que son propios de la cultura jurídica, como la locura, la responsabilidad penal, la capacidad procesal y la peligrosidad social⁹⁸. No es raro que, sobre todo en los delitos graves que aparecen en los titulares, la fórmula “que el perito diga cualquier otra cosa útil a los fines de la justicia” introduce la posibilidad de perfilar el llamado *perfil criminal*, a pesar de que el código procesal penal lo prohíbe. Por lo tanto, sólo a los efectos de ejecutar la pena o medida de seguridad⁹⁹ se permite la investigación de la personalidad; cuya evaluación ex arte. 133 del Código Penal, en la cuestión prejudicial, los documentos a que se refiere el artículo pueden utilizarse como único sustento probatorio 236, apartado 1, c.p.p., y las declaraciones testimoniales a que se refiere el art. 194, párrafo 1, c.p.p.¹⁰⁰.

94 La solicitud de una evaluación psiquiátrica para comprobar posibles defectos mentales, totales o parciales, no es en abstracto inconciliable con el procedimiento abreviado, cuya admisión presupone que el acusado tenga plena capacidad de entendimiento y voluntad. Sin embargo, corresponde al juez de mérito evaluar las conclusiones procesales, incluyendo la solicitud de juicio sumario como acto personal incompatible con la existencia de defectos mentales, para apreciar con un juicio incuestionable en términos de legitimidad, si está adecuadamente motivado, el admisión de la solicitud de evaluación psiquiátrica; sin embargo, si no se solicita a los jueces de mérito y no se ha ordenado ninguna investigación de oficio, la cuestión relevante es inadmisibile si se propone por primera vez en el tribunal de legitimidad, ya que son necesarias evaluaciones de mérito incompatibles con la sentencia de legitimidad, ver Cass., sección. III, 20 de noviembre de 2017, n. 52637. En Suecia se critica la evaluación psiquiátrica sobre todo en términos de la certeza del diagnóstico psiquiátrico y de los resultados periciales: no se critica tanto la forma de proceder como tal, sino los resultados obtenidos y esto quizás debido a la tradición histórica y autorizada de la técnica experta. A diferencia de Alemania, donde según Schütz-Gárdén B., Psychisch gestörte Straftäter im schwedischen und deutschen Recht, en Freiburg i Br, 1999, p. 28. Con referencia a la realidad americana, véase en particular Slobogin C., Psychiatric Evidence in Criminal Trials: To Junk or Not To Junk, en William and Mary Law Review, 1998, 40, que distingue entre el examen psiquiátrico o psicológico tradicional, es decir, el relacionado con la evaluación de la incapacidad del sujeto debido a una enfermedad mental, de los llamados no tradicionales, como los relativos a los llamados “síndrome mental de abuso” o el más conocido “síndrome de la mujer maltratada” o incluso el “síndrome de adaptación del niño abusado sexualmente” o el “de la intoxicación televisiva”, del “estrés urbano”, de las “anomalías del cromosoma XYY”. Éstas, escribe el autor, son sólo algunas de las coloridas terminologías utilizadas para describir las acusaciones que los expertos en salud mental han respaldado con sus testimonios a lo largo de los años. Pues bien, según C. Slobogin, el testimonio psiquiátrico o psicológico tradicional en realidad no se habría visto afectado por los cambios en la práctica en cuanto a la evaluación de la admisibilidad del testimonio pericial (ver postea sub par. 6). Seguiría siendo aceptado independientemente de su fiabilidad, mientras que los no tradicionales serían realmente admitidos, excluidos o limitados en sus objetivos por razones que no siempre son inmediatamente evidentes y claras. Por lo tanto, sería necesario encontrar un método mejor (en comparación con el desarrollado por la práctica en sentencias como la del caso Daubert contra Merrel Dow Pharmaceuticals, en el que se postea el apartado 6) a partir del cual llevar a cabo la investigación para la evaluación de testimonios “basura”. Además, los tribunales estadounidenses desconfían de los tests psiquiátricos y psicológicos que son por naturaleza nomotéticos y no idiopáticos, es decir, sin una contextualización de una transposición de las premisas teóricas en descripciones individualizadas, relativas al caso específico que se debe juzgar, lejos de las modelo médico tradicional y que intentan apoyar nuevas teorías con argumentos doctrinales abstractos, y esta desconfianza a menudo existe independientemente o a pesar de la confiabilidad de la evidencia.

95 En 1988, el legislador delegado volvió a proponer la prohibición ya establecida por el art. 314, párrafo 2, c.p.p. 1930.

96 Existe también una psiquiatría judicial y penitenciaria que debe ocuparse de los aspectos diagnósticos y terapéuticos inherentes al delincente que padece trastornos mentales. Una psiquiatría médico-legal que se ocupa de cuestiones y problemas relacionados con el conocimiento y la aplicación de las normas éticas y la responsabilidad de los trabajadores, consultores y expertos en salud mental.

97 La evaluación psiquiátrica debe remontarse al pasado, al momento del crimen, actualizarse en el momento de la investigación pericial y proyectarse sobre el comportamiento futuro del acusado, en M. Bertolino, Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale, en Rivista di diritto e procedura penale, 2006, 567.

98 El arte. 511, párrafo 3, c.p.p. luego dispone que “la lectura del informe pericial se ordena sólo después del examen pericial” (la obtención del informe sin el previo examen oral del perito se considera una mera irregularidad, al no existir sanción específica de nulidad y no constituye nulidad general prevista en el art. 178 c.p.p.)

99 La prohibición, establecida para el imputado, de realizar evaluaciones psicológicas que ignoren defectos patológicos de la mente (art. 220, segundo párrafo, c.p.p.) no se extiende a la persona ofendida y al testigo y en el proceso penal juvenil.

100 D. Curtotti Nappi, Accertamenti sulla personalità dell'imputato, acquisizione di documenti e divieto di perizia psicologica, en M. Montagna (editado por), Il processo penale. La giustizia penale differenziata. Vol. 3: Gli accertamenti complementari, Giappichelli,

La prohibición¹⁰¹ de la experiencia psicológica y/o criminológica¹⁰² durante el proceso que debe establecer la culpabilidad del individuo, adquiere por tanto un significado garantista en el marco general de la cultura jurídica de deriva romano-germánica, según el enfoque mediante el cual la protección de la libertad moral de la persona se eleva a un valor primordial al realizar el examen. De hecho, la investigación de la personalidad, excluida del proceso de cognición, ha sido situada en la fase ejecutiva, donde no hay peligro de contaminar la comprobación del hecho con conjeturas extraídas de un análisis personalógico¹⁰³. También es cierto que el conjunto de conocimientos propios de la psicología y, más aún, los relativos a la criminología clínica, son parte integrante de la experiencia psiquiátrica: el estudio del elemento motivacional del delito y el estudio de la dinámica ejecutiva lo son. La relación entre dinámica-criminal y genética-criminal de una conducta ilegal,

ambientada en el contexto ambiental, social y étnico —este último descuidado a pesar del fenómeno de la inmigración masiva— enriquece la experiencia hasta el punto de transmitir elementos de prueba irremplazables al proceso. Para verificar el grado de impacto causal en el delito por parte de una persona *qué hay de nuevo, que es más importante*, atribuible a un trastorno mental. Por lo tanto, la prohibición de evaluar cualidades psíquicas independientemente de causas patológicas es relevante al propósito que debe motivar la evaluación y no a los métodos que ésta debe seguir, si ésta ha sido dispuesta para comprobar la existencia o no de una enfermedad mental o de una enfermedad mental deficiencia mental.

Por supuesto, la decisión de prohibir la experiencia psicológica¹⁰⁴ contra el imputado en el juicio de conocimiento, salvo en el caso en que se trate de *investigaciónexcepciones* psicológico derivado de estados patológicos, no es compartido por toda la comunidad¹⁰⁵

Turín, 2011. El Autor afirma una exclusión de la existencia de una contradicción real entre el art. 236 c.p.p. y el art. 220, párrafo 2, c.p.p. ya que «a través de los actos indicados por la primera regla procedemos a adquirir, a los efectos de la prueba, no la simple representación de los hechos de los cuales sacar convicción sobre las cualidades morales o la credibilidad de un sujeto, sino una evaluación ya realizada»..

101 El legislador de 1988 excluyó la posibilidad de recurrir, en el juicio de conocimiento, a peritajes encaminados a establecer «la habitualidad, la profesionalidad en el delito, la tendencia a delinquir, el carácter y personalidad del imputado y, en general, las cualidades psíquicas independientes». de causas patológicas", salvo en el caso de que se trate de buscar anomalías psicológicas derivadas de estados patológicos. Sin embargo, el examen de la personalidad del acusado está permitido enejecutivos, cuando la sentencia sobre su culpabilidad ya haya sido cumplida y haya pasado a ser irrevocable; así como en los procesos penales contra menores de edad, con el fin de realizar investigaciones sobre la personalidad de estos últimos, con miras a acciones pedagógicas y formativas. Finalmente, de conformidad con el art. 196, párrafo 2, c.p.p., la evaluación psicológica se permite cuando sea necesario comprobar la idoneidad física o mental de la persona ofendida, o de cualquier otra persona que actúe como testigo, para declarar. En 1532, con la *Constitutio criminalis Carolina*, promulgada por Carlos V, se introdujo por primera vez el instituto del peritaje en los procesos penales; el art. 197 de la *Constitutio* establecía que: «si alguien, por juventud u otras causas de debilidad o imprudencia, comete un delito, deberá ser castigado teniendo en cuenta todas estas circunstancias y según el consejo de médicos y peritos».

102 Conviene hacer una premisa metodológica: si bien la ley se refiere expresamente a la pericia psicológica, la prohibición se extiende también a la pericia criminológica. Sin embargo, no se debe hacer ninguna superposición conceptual entre los dos. En efecto, la evaluación psicológica pretende conocer la personalidad del acusado, teniendo en cuenta determinadas anomalías de carácter o de afectividad que, aunque no identificables como enfermedad, puede sin embargo afectar la conducta delictiva, su génesis y las formas en que se cometió el delito. La pericia criminológica, sin embargo, no puede traducirse en una simplearchivo de personalidad —como lo prevé alguna legislación extranjera—, sino que debe tener en cuenta los factores ambientales que sitúan ese único hecho delictivo en una estructura social específica. Sobre el tema, D. Curtotti Nappi, *Accertamenti sulla personalità dell'imputato, acquisizione di documenti e divieto di perizia psicologica*, en M. Montagna (editado por), *Il processo penale. La giustizia penale differenziata*. Vol. 3: *Gli accertamenti complementari*, Giappichelli, Turín, 2011.

103 En la sentencia núm. 124 de 1970, la Corte declaró infundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 314, párrafo 2, c.p.p., limitado a la parte en la que prohibía un peritaje "para establecer la tendencia a delinquir, el carácter y personalidad del imputado y en general las cualidades psíquicas independientes de causas patológicas"; Cuestión planteada por el magistrado de Bolonia, mediante auto de 16 de enero de 1969, en relación con el art. 27 párrafo 3 de la Constitución, con el cual se sostuvo que la prohibición de los cuales estaba en conflicto con la finalidad reeducativa de la pena, expresada en la citada disposición constitucional. Unos años más tarde, con sentencia núm. 179 de 1973, el Juez de Leyes fue nuevamente llamado a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional —declarándola infundada— del art. 314, párrafo 2, c.p.p., en la parte en que prohibía la evaluación psicológica, esta vez en relación con los artículos. 24 párrafo 2, 27 párrafo 3 y 3 de la Constitución. Sobre este punto, véase Pret. Turín, 23 de marzo de 1971, en *Jur. Const.*, 1971, pág. 2625; Pret. Padua, 19 de abril de 1972, en *Jur. Const.*, 1972, pág. 1847.

104 P. Moscarini, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, en *Diritto penale e processo*, 2006, 929.

105 Además, los temores asociados con el uso de conocimientos psicológicos podrían aliviarse mediante la adopción de medidas procesales adecuadas. En este sentido, podemos recordar el proyecto de ley presentado por el Excmo. Siniscalchi en el año 2002, encaminado a modificar el art. 220, párrafo 2, c.p.p. Permitió el uso de evaluaciones psicológicas, pero estipuló que los resultados correspondientes no podrían utilizarse en perjuicio del acusado para esclarecer los hechos. Sin embargo, la propuesta fue rechazada. En concreto, el nuevo texto de la ley disponía que: «los hechos surgidos durante la valoración psicológica y psiquiátrica no pueden ser utilizados y valorados por el juez, de conformidad con el art. 192 c.p.p., para deducir de ellos la existencia de un hecho y, en consecuencia,

científico¹⁰⁶; que, en atención a la lógica especial-preventiva de la sanción penal, reitera la necesidad de dicha valoración a los efectos de individualizar el tratamiento sancionador.

En realidad, ya existe una regla en el código ritual que podría *correcto* las consecuencias negativas para el acusado derivadas de la evaluación psicológica¹⁰⁷. Este es el art. 228, párrafo 3, c.p.p.: dispone que, si, para los efectos de la realización del encargo, el perito solicita información al imputado, al perjudicado o a otras personas, «los elementos así adquiridos sólo podrán utilizarse para fines del valoración pericial». En consecuencia, la información así adquirida sólo puede utilizarse para formular un juicio técnico; si bien no pueden ser utilizados por las partes en ninguna disputa, ni pueden usarse como base para la decisión del juez. Además, la posible introducción de un peritaje psicológico en nuestro sistema seguiría teniendo lugar respetando el principio constitucional (artículos 24, apartado 2 y 27, apartado 2) y el Tratado (art. 6, apartados 1 y 2, Eur. Conv. dir. um.; art. 14, apartado 3, letra g., Convenio Internacional Civil y Pol. Dir.) que establece *el derecho a permanecer en silencio* del acusado. Razón de más, por tanto, para la prohibición de *los cuales* tendría razón de existir, ya que se reconoce al acusado el derecho a negarse a ser sometido a los medios de investigación en cuestión, si los considera perjudiciales para sí mismo. Finalmente, tampoco procede la obje-

ción según la cual la utilización del peritaje psicológico en el juicio de fondo daría lugar a una ampliación de los plazos procesales, por el tiempo necesario para realizar las valoraciones requeridas. De hecho, aunque el art. 111 párrafo 2 segundo período de la Constitución obliga al legislador a garantizar la “duración razonable” del juicio, art. 227, párrafo 4, c.p.p. permite que las operaciones periciales continúen durante un máximo de seis meses, «cuando sean necesarias investigaciones especialmente complejas»¹⁰⁸. Es necesario entonces tener en cuenta un elemento más: el art. 111 de la Constitución, en el texto reformado por ley constante 23 de noviembre de 1999 n. 2, en el párrafo tercero, establece el derecho del imputado a defenderse mediante pruebas. De hecho, establece que «en el proceso penal, la ley garantiza que la persona acusada de un delito [...] tiene derecho [...] a obtener [...] la adquisición de todas las pruebas a su favor». Y cualquier limitación de este derecho, garantizado en el nivel primario de la jerarquía de las fuentes, sólo puede justificarse en la medida en que sea razonable; es decir —según la exégesis consolidada del art. 3 de la Constitución—, motivado por la necesidad de un equilibrio con otros intereses constitucionalmente relevantes. Es decir, la evaluación psicológica es una herramienta a favor del imputado y, como tal, no parece posible negarle espacio en el proceso penal. Esto no significa que la experiencia sea una herramienta absolutamente válida para cualquier situación¹⁰⁹, ya que ni

la procedencia de la acusación”, Actas Parlamentarias, XIV Legislatura, Proyectos e informes, Documentos, Cámara de Diputados, n. 2375.

106 I. Giannini, Il dibattito sull’ammissibilità della perizia e della consulenza criminologica nel processo penale, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2003, p. 98, que señala que la asesoría técnica criminológica en muchos casos: «podría constituir la única herramienta a disposición de las partes para evaluar y eventualmente refutar, con el aporte de un aporte técnico, los hallazgos que surjan de la posible adquisición y evaluación de la documentación extra - origen de prueba de conformidad con el art. 236 c.p.p., tales como certificados de antecedentes penales, sentencias irrevocables, documentación existente en oficinas de servicios sociales, organismos públicos, oficinas de vigilancia, etc. que en todo caso atañen a la delicada cuestión de evaluar la personalidad del acusado».

107 Se debate si la prohibición de la evaluación psicológica se limita a la valoración de los hechos en sede judicial o se extiende también a la fase de instrucción, en particular a las decisiones sobre la posible adopción de medidas cautelares. En este sentido, parece posible inclinarse hacia una exégesis más amplia de la prohibición. La prohibición establecida por el art. 220, apartado 2, c.p.p., en efecto, «tiene un alcance general y está incluido en el libro III en materia de prueba: las disposiciones contenidas son válidas para todas las fases del procedimiento y ni siquiera sería posible apreciar la mala calidad, conforme al art.274, carta. c), c.p.p., (peligro de repetición del delito) con el peritaje, máxime que este artículo establece expresamente que la personalidad del sospechoso puede “inferirse de conductas o actos concretos o de sus antecedentes penales”, con evidente exclusión de cualquier otro medio, por el tono claro y perentorio utilizado”. Por tanto, «no es posible reconocer “indicios graves de culpabilidad”, conforme al art. 273 c.p.p., en los resultados de una consultoría antropológica criminológica realizada por un perito designado por el Ministerio Público en las primeras etapas de la investigación”. En este caso, se trataría de un asesoramiento atípico, propio del sistema procesal americano (el llamado perfil criminal), que, sin embargo, no encuentra espacio en el ordenamiento jurídico italiano.

108 P. Moscarini, La perizia psicologica e il “giusto processo”, en *Diritto penale e processo*, 2006.

109 Debe considerarse excluida la posibilidad de obtener asesoramiento técnico psicológico. En este sentido entran en juego las mismas razones que subyacen a la prohibición del peritaje psicológico, como la protección del derecho de defensa y la libertad moral del acusado. En caso contrario, en la fase ejecutiva, en la que se permite el peritaje psicológico, también se podrá recurrir a la correspondiente prueba técnica de parte. Por tanto, cuando no se haya concertado peritaje, el condenado podrá hacer uso de asesoramiento extraperito, relativo a perfiles psicológicos o criminológicos, para contrastar los resultados de la observación científica de su personalidad. Por ello, también podrá solicitar que el juez ordene una valoración criminológica específica. Sobre este punto, F. Eramo, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma della Cassazione*, en *Diritto penale e processo*, 2007; E. Eramo, *Psicoanalisi e diritto. La perizia psicoanalitica nel processo penale*, en *Diritto e famiglia*, 2000.

los riesgos ni *laefectos indeseables* de tal operación¹¹⁰. Por otra parte, sin embargo, seguir estableciendo una prohibición específica puede dar lugar *aanacrónico*, considerando la importancia que el conocimiento sobre la personalidad puede tener, a efectos procesales, en la comprensión de determinados delitos y en la definición del tratamiento sancionador adecuado. Por lo tanto, lo que resulta especialmente claro es cómo, hasta la fecha, la cuestión en cuestión no puede considerarse definitivamente cerrada.

De hecho, como perspectiva reformista, una primera hipótesis se refiere a la eliminación de la prohibición del examen psicológico en el juicio de cognición y a la ampliación de las sanciones aplicables al resultado del mismo. Permitiría al juez de instrucción realizar, ya en esa fase, peritajes sobre la personalidad del imputado, así como sobre él mismo para aplicar medidas alternativas a la prisión preventiva, que hoy son competencia exclusiva del tribunal de control¹¹¹. Sin duda, esta solución presentaría ventajas, ya que permitiría eliminar las inconsistencias señaladas del sistema sancionador actual. El juez de cognición, de hecho, podría hacer uso de todos los instrumentos de evaluación de la personalidad del infractor para garantizar un tratamiento sancionador individualizado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 párrafo 3 de la Constitución.

Al mismo tiempo, sin embargo, la misma solución suscita dudas.

En este sentido, se reiteran los dos argumentos tradicionales esgrimidos en apoyo de la prohibición del peritaje psicológico: el riesgo de condicionar al órgano juzgador en la atribución de responsabilidad penal así como el temor a un retraso importante en los tiempos procesales. Aunque para superar estos problemas bastaría con introducir, al mismo tiempo que se elimina la prohibición *de los cuales*, una cláusula según la cual el juez no podía basar su condena en la evaluación psicológica del acusado¹¹².

Otra posible solución sería la introducción de un proceso penal *bifásico*¹¹³, en la que la primera fase se dedicó a la reconstrucción del hecho y a la determinación de la responsabilidad penal, y la segunda exclusi-

vamente a la identificación de la pena a imponer. Tal modelo, típico de los sistemas penales *deley común*, permitiría mantener separados los dos momentos de evaluación y reservar la investigación psicocriminológica para la segunda fase, sin correr el riesgo de influir en el juicio de atribución de responsabilidad penal, ya desarrollado en la primera parte del juicio. En otras palabras, la previsión de una fase específica, dedicada a un análisis completo de la personalidad del sujeto, distinto del de la sentencia, garantizaría la determinación de una pena individualizada y efectivamente dirigida a la reeducación del condenado. La decisión sobre la pena, en efecto, se confiaría a un *Tribunal de Penalización*, un órgano judicial especializado, compuesto por jueces profesionales y expertos en tratamiento psicológico, llamado a intervenir una vez que la sentencia que declara culpable haya adquirido firmeza. En el pasado, la *primeraprecavido* intentar implementar un proceso *bifásico* quedó plasmado en el proyecto de reforma *Real*¹¹⁴. Sin embargo, la dificultad de separar la verificación del elemento subjetivo del delito de la investigación de la personalidad del delincuente¹¹⁵ y, sobre todo, el temor a generar un retraso importante en los tiempos procesales puso un freno a la implementación del proyecto. Posteriormente, en un intento de desarrollar una solución intermedia que equilibrara las diferentes necesidades en juego, la Comisión del Centro de Prevención y Defensa Social avanzó hacia un posible modelo de dos fases, es decir, operaciones limitadas a tipos específicos de delitos¹¹⁶. En particular, la posibilidad de un juicio *bifásico* fue excluido para los delitos más leves, mientras que para todos los demás, especialmente los más graves, habría correspondido al juez verificar, caso por caso, si en el momento de la sentencia existían las condiciones para una sentencia omnibus, o si debe remitirse a un segundo momento la definición del tratamiento punitivo del infractor. La idea de un juicio penal en dos fases *ate-nuado* luego fue evaluado para los fines del anteproyecto de 1978; la cual, sin embargo, acabó manteniéndose anclada a la estructura procesal tradicional, considerándose vinculada a ésta por las indicaciones de la

110 E. Dosi, Il divieto di perizia psicologica e i principi costituzionali, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990.

111 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

112 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

113 Otra doctrina también propone el juicio penal monofásico, cf. M. Menna, Il processo penale monofasico, Giappichelli, Turin, 2020.

114 Se trata del proyecto de ley número 4849 presentado a la Cámara de Diputados el 6 de febrero de 1968.

115 G. Conso, Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 708.

116 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013. Este proyecto fue ilustrado durante la reunión preparatoria celebrada en Estocolmo en 1968, con vistas al X Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma en 1969, cuyas conclusiones fueron ilustradas por G. Conso.

ley habilitante de 1974¹¹⁷. La posterior reforma del derecho procesal penal, que dio lugar al código de procedimiento de 1988, no condujo a la adhesión inicial, aunque parcial, a un modelo de juicio en dos fases. Esta solución fue propuesta nuevamente en el proyecto de reforma del código penal desarrollado en 2001 por la Comisión Grosso; además, de una manera *atenuado*, sin una distinción clara entre el juicio sobre el hecho y el juicio sobre la pena. La Comisión subrayó la necesidad de «garantizar que la cuestión de las sanciones reciba el espacio adecuado en los procedimientos»; y, a tal efecto, al art. 13 disponiblesatt., preveía «la autonomía de la decisión sobre la sanción», respecto de la decisión sobre la responsabilidad, siempre que el juez lo considerara necesario. La propuesta de la Comisión acabó pareciendo reduccionista, pero no podía ser de otra manera, ya que la cuestión procesal no entraba dentro del ámbito de sus competencias. Sin embargo, una configuración bifásica *atenuado* plantea muchas dudas; por ejemplo, si se puede rastrear o no a todos los tipos de juicios, la identidad física entre el juez de instrucción y el juez de sentencia, el período de tiempo entre las dos decisiones y el momento en que se produce la segunda parte del proceso¹¹⁸. Además, no permite resolver los problemas que plantea una evaluación psicológica. En primer lugar, la duplicación sólo está prevista sobre una base posible; no sólo por razones de economía procesal, sino también por la creencia generalizada de que la determinación del hecho —y precisamente, del elemento subjetivo del delito— a veces no puede ignorar la determinación de la personalidad del acusado. Sin embargo, siendo este el caso, la prohibición de las evaluaciones psicológicas también debería incluirse en *la primera fase* del proceso de cognición, con el consiguiente riesgo de condicionamiento psicológico del cuerpo juzgador¹¹⁹. En segundo lugar, en nuestro sistema procesal —a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos— el juez de apelación reevalúa tanto *la un* y el cuanto de la oración. Por tanto, los resultados de la investigación personal, realizada en primera instancia,

bien podrían influir en la sentencia de culpabilidad durante el recurso de apelación¹²⁰. Por último, dada la rapidez procesal actual, sigue siendo necesaria una intervención *desde el principio* del juez de ejecución penitenciaria, a fin de reevaluar la medida sancionadora y la persona a quien se impone, en consideración del largo tiempo transcurrido entre la imposición de la pena y su ejecución¹²¹. Dicho esto, la solución parece ser la que conduce a la configuración de un proceso *bifásico*, con una fase centrada en la reconstrucción del hecho y la identificación de la responsabilidad penal, y una segunda fase encaminada a verificar el adecuado tratamiento sancionatorio y penitenciario, considerando también el examen personalológico de los imputados ya condenados¹²². Se trata de una solución que tendría la ventaja indiscutible de evitar cualquier condicionamiento psicológico al órgano juzgador a la hora de atribuir responsabilidad; así como el mérito de situar la decisión sobre la pena cerca de su ejecución efectiva¹²³. Además, por un lado, la presencia simultánea de jueces profesionales y expertos en tratamiento psicológico «podría garantizar el necesario enfoque personalológico de las cuestiones abordadas»¹²⁴; por otra parte, la ubicación distrital del tribunal de control «permitiría armonizar las penas en un contexto más amplio»¹²⁵. Sin embargo, esta última solución también plantea muchas dudas. En primer lugar, ha habido un largo debate sobre si aplicar o no los nuevos principios constitucionales de la llamada fase ejecutiva, así como a la fase cognitiva *debido al proceso*, completando así ese proceso *jurisdiccionalización* de la fase ejecutiva, lograda sólo en parte con la reforma del código procesal de 1988. También se planteó la duda legítima de si tal enfoque procesal «tiene sentido si se sitúa años después de la audiencia de primer grado; [...] en general, tiene sentido confiar al tribunal penal la tarea de reconstruir de nuevo el delito, aunque sea con el fin de realizar valoraciones distintas de las que corresponden al juez de conocimiento. Por lo tanto, ambas variantes de un procedimiento penal bifásico, abstractamente concebible, parecen, en cierto modo, poco convincentes

117 En el Informe sobre el anteproyecto de 1978, en G. Conso - V. Grevi - Neppi Modona, Il nuovo codice di procedura penale, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978, Cedam, Padova, 1990, 363, fue destacado como la disposición de un juicio efectivo sobre el peligro, contenida en la Directiva núm. 79 de la ley habilitante, podría haber hecho pensar en la posibilidad de influir en la sentencia en la fase de ejecución. Sin embargo, también se preveía un juicio similar en la fase de cognición, aunque en la forma más amplia del juicio sobre la personalidad (directiva nº 9), precisamente como función determinante de la sentencia.

118 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

119 F. Caprioli, La scienza «cattiva maestra»: le insidie della prova scientifica nel processo penale, en Cassazione penale, 2008; M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

120 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

121 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

122 M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, ed. Aracne, Roma, 2013.

123 F. Caprioli, La scienza «cattiva maestra»: le insidie della prova scientifica nel processo penale, en Cassazione penale, 2008.

124 P. Comucci, Attualità del processo bifasico, en Studi in ricordo di G. D. Pisapia, II, Giuffrè, Milano, 1000, 131.

125 L. Monteverde, Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive, en Diritto penale e processo, 2001, 1167.

tes. Una posible solución intermedia podría ser asignar al juez de cognición la tarea de comprobar no sólo la responsabilidad del imputado, sino también el grado objetivo de culpabilidad del infractor, con las formas y garantías de la jurisdicción cognoscitiva; sin abordar las perspectivas de recuperación social del condenado, al no contar con las herramientas disponibles para tal fin. Esta solución se combinaría entonces con la reescritura de los criterios de conmensuración de la pena a que se refiere el art. 133 c.p., con el fin de disolver definitivamente la conexión *entremerecimiento* *Esne-* *cesidad* de castigo; es decir, entre parámetros para evaluar la cuantía de la culpabilidad y parámetros para evaluar las necesidades de recuperación social. La conmensuración de la pena y la individualización del tratamiento sancionador en función de la recuperación social del infractor, sin embargo, se realizaría en el poder ejecutivo, cumpliendo las garantías fundamentales; no menores a los otorgados al imputado en el proceso de conocimiento, sino simplemente diferentes, ligados al diferente objeto y a la diferente actitud de este particular tipo de jurisdicción penal¹²⁶. En cuanto al esquema procesal a seguir en la segunda fase del juicio, los métodos de realización del procedimiento de vigilancia podrían constituir una excelente referencia, con las adaptaciones oportunas para permitir una mayor participación del interesado en la audiencia. En esta perspectiva, un enfoque del proceso en dos fases, regulado orgánicamente por el legislador, y no imple-

mentado *En realidad*, como en el sistema actual, permitiría resolver muchas de las inconsistencias existentes también y, sobre todo, respecto a las listas de certificados de admisión al R.E.M.S.

4.3 *Él sigue*: La reforma de Cartabia y la justicia restaurativa

Decreto legislativo núm. 150/2022¹²⁷ implementar la delegación para la reforma de la justicia penal contenida en la ley. norte. 134/2021 c. d. La reforma Cartabia es, para Italia, la oportunidad de presentar a la Unión Europea un plan de reforma, también en el sistema penal, no sólo a través de una reducción de los tiempos procesales y una mayor y mejor organización de los recursos, sino también a través de una propuesta “innovadora” enfoque de medidas y servicios de justicia restaurativa que ahora ha ido más allá de los confines del sistema penal y se ha convertido en el símbolo de un nuevo enfoque mental, filosófico, social, psicológico, ético o incluso político.

De hecho, en concreto, la ley delegante establece las definiciones, principios y objetivos del art. 1, apartado 18, letra. a) es decir: «introducir, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, y los principios establecidos a nivel internacional, una disciplina orgánica de justicia restaurativa en términos de noción, principales programas, criterios de acceso,

126 L. Monteverde, Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive, en *Diritto penale e processo*, 2001, 1168.

127 Decreto Legislativo de 10 de octubre de 2022, n.150, publicado en el Diario Oficial de 17 de octubre de 2022 y cuya entrada en vigor fue el 1 de noviembre de 2022. Es bien sabido que el art. 6 del decreto legislativo 31 de octubre de 2022, n. 162, denominada «Medidas urgentes sobre la prohibición de conceder beneficios penitenciarios a los presos o internados que no colaboren con la justicia, así como sobre la entrada en vigor del Decreto Legislativo 10 de octubre de 2022, n. 150, de obligaciones de vacunar contra el SARS-COV-2 y de prevenir y combatir las reuniones ilegales», convertido por l. 30 de diciembre de 2022, n. 199, insertando en el Decreto Legislativo n. 150 de 2022 el nuevo art. 99-bis, diferió la entrada en vigor de toda la reforma, realizada en ejecución de la ley habilitante de 27 de septiembre de 2021, No. del 1 de noviembre de 2022 al 30 de diciembre de 2022. 134. De esta manera, se completa la implementación de la reforma prevista por el Gobierno Draghi a propuesta del Ministro Cartabia, también gracias al trabajo del Comisión Lattanzi y de seis grupos de trabajo establecidos en la Oficina Legislativa del Ministerio de Justicia. para la implementación de la ley habilitante (coordinadores: Giorgio Lattanzi, Ernesto Lupo, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Michele Caianiello, Gian Luigi Gatta). Una primera parte de la reforma, contenida en el art. 2 litros. norte. 134/2021 y compuesto por disposiciones inmediatamente prescriptivas, ya había entrado en vigor en octubre de 2021. Es la parte que, en particular, reforma la regulación de la prescripción del delito e introduce la nueva institución de la inadmisibilidad del delito penal. acción por exceder la duración máxima del procedimiento de apelación (art. 344-bis del Código de Procedimiento Penal). La segunda parte de la reforma, que entró en vigor el 30 de diciembre de 2022, representa sin duda la más sustancial y está destinada, en todos los ámbitos, a impactar el proceso y el sistema sancionador penal. Esta reforma nace con el objetivo de respetar el programa europeo de inversiones y reformas PNRR —acrónimo de Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia— que tiene como objetivo relanzar la economía de nuestro país a través de un programa estructurado de intervenciones, inversiones y reformas —aprobado en el cumplimiento de los 6 pilares. de la Next Generation EU y, por tanto, también a través de la mejora de la administración de justicia, con el fin de hacer el sistema más eficiente. No es casualidad que podamos leer que «El sistema judicial sustenta el funcionamiento de toda la economía, y la eficiencia del sector judicial representa una condición indispensable para el desarrollo económico y para el correcto funcionamiento del mercado». Por lo tanto, en la base de esta reforma encontramos la necesidad de alcanzar estándares adecuados de respeto del derecho constitucional, así como una duración más razonable del proceso y la reducción de los procesos penales en un 25% de aquí a 2026. Por lo tanto, a partir de 2026, estos deben lograr los objetivos de reducir la duración de los procesos penales (M1C1- 46). En particular, para el mes de junio de 2026 se requiere una reducción del 25% en los tiempos de tramitación de todos los procesos penales respecto a 2019. Sobre el tema, en detalle, Aa. Vv. La riforma Cartabia, G. Spangher (edidato por), Pacini ed., Pisa, 2022.

garantías, personas con derecho a participar, métodos de realización de los programas y evaluación de sus resultados, en interés de la víctima y del autor del delito». Por lo tanto, es apropiado resaltar la relevancia de la Directiva de la UE. sobre los derechos, la asistencia y la protección de las víctimas de delitos de 2012, que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI. Es sabido que las Directivas, a diferencia de los Reglamentos, que son enteramente obligatorios y directamente aplicables, son obligatorias y vinculantes para todos los Estados miembros en relación con el resultado que se debe alcanzar, por lo que representan un mecanismo para la armonización y aproximación de la legislación estatal heterogénea, por un lado, configurando obligaciones de resultados y, por otro, dejando a los Estados miembros un margen de discrecionalidad más o menos amplio sobre los medios e instrumentos a utilizar en términos concretos. Por este motivo, es responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro implementar también la transposición, a sus ordenamientos jurídicos internos, de los objetivos definidos por la Directiva 2012/29/UE. Con referencia específica a la justicia restaurativa, en el informe ilustrativo de la Reforma Penal “Cartabia”, así como en el decreto promulgado, n. 150 de 2022, se desprende que esta última consiste en cualquier programa que permita a la persona ofendida y al perpetrador del mismo a participar libre y voluntariamente en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un tercer “mediador” imparcial y adecuadamente capacitado. Básicamente incluso en el proceso penal se introducen de manera incisiva elementos que recuerdan lógicas y mecanismos de connotación puramente civil. Sobre este punto, es útil resaltar que en el nuevo último párrafo del artículo 447 del Código Procesal Penal, se prescribe que «en el decreto que fije la audiencia se informará al sujeto de la investigación del derecho de acceso está indicado programas de justicia restaurativa». La actual intervención de reforma también se adapta, en términos de convenios internacionales, a la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2018)8 adoptada por el Comité de Ministros el 3 de octubre de 2018, que desarrolla la anterior Recomendación núm. R (99)19 sobre mediación penal, a los Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, desarrollados por las Naciones Unidas en 2002 (Naciones Unidas, “Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal”, Res. ECOSOC 12/2002 y, sobre todo, a la reciente Declaración de Venecia, adoptada por la Conferencia de Ministros de Justicia del Consejo de Europa el 13 de diciembre de 2021, durante el semestre de la Presidencia italiana. Sin duda, *la justicia restaurativa* presupone la participación activa y voluntaria en el proceso, en virtud del consentimiento informado, encaminado a resolver los problemas derivados del de-

lito, y el abanico de sujetos que pueden participar en sus programas es amplio: el sospechoso, el imputado, el sujeto, incluidos los extranjeros, sometidos a medida de seguridad, los condenados con sentencia irrevocable y los destinatarios de una pena de no lugar a proceder o de no necesidad de proceder, por falta de la condición de admisibilidad o por concurrencia de una causa extintiva.

Por lo tanto, respecto de los sujetos que participan en el proceso de justicia restaurativa, se representa que la reforma no hace una distinción fundamental y funcional no sólo entre los tipos de reclusos sino también entre medidas de seguridad. Se observa que, desde una perspectiva estrictamente relativa a la capacidad de comprender y de querer, sólo podían acceder al proceso de justicia restaurativa los sujetos a quienes se les había ordenado libertad vigilada, prohibición de residencia, prohibición de frecuentar tabernas y lugares públicos. o el extranjero que haya sido expulsado del Estado; También podrían participar sujetos que hayan sido asignados a una colonia agrícola o un asilo. Por el contrario, para los sujetos hospitalizados en las R.E.M.S., es decir, como se ha mencionado varias veces, estructuras destinadas a la acogida y al tratamiento de delincuentes que padecen trastornos mentales considerados socialmente peligrosos, a la luz de la legislación vigente, es necesario que el Magistrado de Vigilancia compruebe la concreción del consentimiento y, por tanto, fisiológicamente el debilitamiento de la medida mediante la aplicación del régimen de libertad condicional, resultado de la revisión de la peligrosidad social por parte del Magistrado de Vigilancia.

Si las sanciones restaurativas se configuran como una respuesta alternativa a la clásica pena de prisión, no podrían aplicarse a sujetos socialmente peligrosos que padecen patologías mentales. Estos últimos, de hecho, merecen un tratamiento jurídico-sanitario *esto* y no pueden, bajo ninguna circunstancia, simplemente *reparar* el daño o peligro causado, sin incurrir en el riesgo de perjudicar la propia seguridad y la de otros en el futuro.

De hecho, el R.E.M.S. no tiene una dimensión meramente privativa de libertad destinada a neutralizar la peligrosidad social, sino que tiene como objetivo tratar la peligrosidad social, entendida como el riesgo de recaída resultante de una enfermedad mental (grave); Además, en él hay invitados del R.E.M.S. que rechazan la terapia, o que aceptan sólo una parte de los tratamientos, pero no se encuentran clínicamente en cuidados intensivos para los cuales un TSO no es practicable y, sin embargo, son pacientes en situaciones objetivamente graves, si no graves. Es posible, es decir, que la persona cumpla el período de internamiento (que, salvo delitos sancionados con cadena perpetua, no puede exceder la pena máxima legal) sin completar

un curso de tratamiento adecuado debido a su negativa. En estos casos, en nuestra opinión, para un invitado del R.E.M.S. es objetivamente imposible sumarse o proponer un camino de justicia restaurativa porque no puede expresar ningún consenso libre y convencido.

5. LAS NUEVAS LÍNEAS DEL ACUERDO DE LA CONFERENCIA ESTADO-COMUNIDADES PARA EL MANEJO DE PACIENTES CON MEDIDAS DE SEGURIDAD. LUCES Y SOMBRAS

La sentencia en cuestión fue uno de los impulsos para la reanudación de un diálogo interinstitucional que se había ralentizado tras el fin de las actividades del Comisario Franco Corleone¹²⁸. se logró con el Acuerdo aprobado en la Conferencia Conjunta del 30 de noviembre de 2022¹²⁹, en sustitución de la anterior de 26 de febrero de 2015, recordando explícitamente la sentencia en cuestión así como la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 99 de 20 de febrero de 2019 que declara la ilegitimidad constitucional del artículo 47-*te-*

ner, coma 1-*tener*, de la ley de 26 de julio de 1975, n. 354¹³⁰.

Una colaboración fructífera, solicitada por el Consejo Superior del Poder Judicial¹³¹ y por el Comité Nacional de Bioética¹³², desarrollado en varios lugares: en 2020 gracias a la “Sala de Control de Agenas para la lista de espera en el R.E.M.S.”, la constitución en septiembre de 2021 en el Ministerio de Salud de un “Órgano de Coordinación para la superación de las OPG” y en la consulta permanente mesa sobre la asistencia sanitaria penitenciaria a la que se debe el reciente Acuerdo¹³³.

El objetivo declarado del Acuerdo es *«regular eficazmente el desempeño de las funciones de las instituciones involucradas en el manejo de pacientes a quienes se les ha aplicado una medida de seguridad»*. Se trata de una acción de apoyo a la autoridad judicial por parte de las Regiones que, de hecho, se han convertido en titulares de la función ejecutiva, que sigue siendo esencialmente una competencia sanitaria a pesar de la colaboración deseada, a través de acuerdos con las Oficinas

128 P. Pellegrini, Commento all' accordo Conferenza Unificata per Pazienti Psichiatrici con misure di sicurezza, <https://vasodipandora.online/accordo-30-novembre-2022-della-conferenza-stato-regioni-sulla-proposta-del-tavolo-di-consultazione-permanente-sulla-sanita-penitenziaria-di-collaborazione-interistituzionale-inerente-la-gesti/>.

129 Acuerdo, de conformidad con el artículo 9 del decreto legislativo de 28 de agosto de 1997, n. 281, entre el Gobierno, las Regiones y Provincias Autónomas de Trento y Bolzano y las autoridades locales, a propuesta de la mesa permanente de consulta sobre asistencia sanitaria penitenciaria para la colaboración interinstitucional en materia de gestión de pacientes con medidas de seguridad, de conformidad con el artículo 3-*tener*, decreto-ley de 22 de diciembre de 2011, n. 211 convertido en ley el 17 de febrero de 2012, n. 9 modificado por el decreto legislativo de 31 de marzo de 2014, n. 52, convertida en ley el 30 de mayo de 2014, n. 81 y el Decreto Ministerial 1 de octubre de 2012 (Anexo A), que contiene «Requisitos estructurales, tecnológicos y organizativos de las estructuras destinadas a alojar a las personas a las que se aplican las medidas de seguridad de hospitalización en un hospital psiquiátrico judicial y asignación a una residencia de ancianos y custodia», Ley de Directorio n.º188/CU de 30 de noviembre de 2022.

130 Ley de 26 de julio de 1975, n. 354, Normas sobre el sistema penitenciario y sobre la ejecución de medidas privativas y limitantes de la libertad, en la parte en la que no prevé que, en caso de enfermedad mental grave, el tribunal de control pueda ordenar la aplicación de la prisión domiciliaria al condenado incluso con excepción de los límites previstos en el apartado 1 del mismo artículo 47-*tener*.

131 La Resolución del Consejo Superior del Poder Judicial de 19 de abril de 2017 en la que, tras una detallada investigación preliminar, se tienen en cuenta los complejos cúmulos de aplicación y los problemas sistemáticos surgidos cinco años después de la aprobación de la ley núm. 9 de 2012, centrándose, entre otras cosas, en el evidente desequilibrio numérico entre las plazas disponibles en los establecimientos residenciales y las solicitudes de disponibilidad provenientes de las autoridades judiciales competentes, problema agravado por el hecho de que en el R.E.M.S., estructuras claramente orientadas a la acogida de sujetos beneficiarios de medidas de seguridad privativas de libertad en fase ejecutiva, las personas sometidas a investigaciones sujetas a la aplicación de medidas provisionales han sido asignadas cada vez con mayor frecuencia. El Consejo también se centró en el problema de las listas de espera, ya ampliamente percibidas en 2017, subrayando cómo la hospitalización en R.E.M.S. de sujetos alcanzados por medidas de seguridad provisionales fue una de las principales razones de la ineficiencia del sistema, diseñado para el tratamiento a largo plazo de pacientes que reciben medidas de seguridad definitivas. La Resolución del Consejo Superior del Poder Judicial de 24 de septiembre de 2018 que, en continuidad con la de 2017, reitera los siguientes principios: a) prioridad de la asistencia sanitaria necesaria; b) principio de territorialidad en virtud del cual el sujeto es atendido por los servicios de salud mental del territorio de residencia; c) centralidad del proyecto terapéutico individualizado; d) hospitalización en R.E.M.S. como razón extrema. De estos elementos surge la importancia de una integración total entre las diferentes instituciones, preferentemente a través de la definición de convenios de colaboración y/o protocolos operativos, colocando a los DSM en el centro del nuevo sistema como dueños de los programas de rehabilitación terapéutica para implementar los tratamientos en contextos residenciales y territoriales: los R.E.M.S., de hecho, se encuentran entre los elementos de la red de servicios ofrecidos por los DSM que garantiza el sistema de salud.

132 El documento del Comité Nacional de Bioética (Presidencia del Consejo de Ministros) de 22 de marzo de 2019 con el que, a partir de la organización de la red de servicios territoriales ofrecidos por el DSM, subraya la necesidad de limitar el uso de R.E.M.S. a los sujetos contra quienes se aplica la medida de seguridad privativa de libertad definitiva

133 A. Calcaterra, Le nuove linee dell'accordo della Conferenza Stato Regioni per la gestione dei pazienti con misure di sicurezza. Luci e ombre, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/calcaterra-luci-ed-ombre-nuovo-accordo-conferenza-stato-regioni-R.E.M.S., 2022>.

Interdistritales. de Ejecución Penal Externa (UIEPE), el Poder Judicial, el DAP.

El documento prevé la creación de dos órganos: una “Sala de Control Nacional” que funcionará en conjunto con el “Órgano de Coordinación para la Superación del Hospital Psiquiátrico Judicial (Opg)” del Ministerio de Salud; y un “Punto Único Regional” con el objetivo de apoyar a la autoridad judicial, actuando como vínculo con los Departamentos de Salud Mental (DSM) y promoviendo protocolos locales. El art. 1 confirma el principio de territorialidad y, por tanto, se espera que las personas sometidas a medidas de seguridad sean atendidas por el DSM de su territorio.

El Acuerdo confirma que el R.E.M.S. son los *razón extrema*, residual y transitorio y, en él, se prioriza el tratamiento, derribando así la visión según la cual es la medida de seguridad la que contiene el programa terapéutico hasta coincidir con él, de forma obligatoria y coercitiva, tal y como sostiene la oración en el comentario donde *sihabla* diga “medidas en el borde”. Además, en el acuerdo se produce un punto de inflexión sobre la naturaleza de “Residencia” del R.E.M.S., ya que, en el art. 8, se fortalece su integración con el territorio y, para ir más allá de los aspectos custodiales¹³⁴.

La redacción del art. 2, además, tiene la ventaja de poner a la persona, la cuestión del consentimiento y del respeto de la ley, ley de 13 de mayo de 1978 n. 180, más conocida como Ley Basaglia en materia de “*Controles y tratamientos de salud voluntarios y obligatorios*”, de la ley núm. 219 de 22 de diciembre de 2017 y ley núm. 18 de 3 de marzo de 2009 y el art. también va en esta dirección. 9 cuando prevé la notificación de la medida al destinatario con la intención de informarle y hacerle responsable.

Estos son *luces* más significativo.

Saliendo a la sombra, para superar cualquier posible situación confusa, conviene aclarar definitivamente que las medidas judiciales y los programas de tratamiento, a pesar de que pueden y se espera que sus puntos de contacto y sus objetivos converjan, deben tener su propia naturaleza autónoma y dialéctica que llame a la persona a una *doble pacto*, uno para la salud y otro para la prevención de nuevos delitos; claridad imprescindible para asegurar la responsabilidad de la persona y gestionar el consenso *econtrato de cuidado* previsto en el PTRI. No solo. La diferencia entre permanece indefinida *detención Esmedida de seguridad de detención*,

ordinariamente superpuestas como sinónimos, y sobre todo falta el contenido específico, en sentido jurídico, de la medida de seguridad privativa de libertad, es decir, qué relación pretende establecer la justicia con la persona que cometió el delito y es absuelta.

Esto también es relevante a los efectos de la aplicación de la sentencia n.º 99 de 2019 del Tribunal Constitucional, que declaró la ilegitimidad constitucional del artículo 47-*tenerde* de la ley 354 de 1975 que prevé, en caso de enfermedad mental grave, la posibilidad de ordenar la aplicación de la prisión domiciliaria al condenado, incluso en forma derogatoria, en el domicilio o en los servicios del DSM pero no en el R.E.M.S. El compromiso de elaborar el reglamento del R.E.M.S. es importante, pero se debe promover la Carta de Servicios y de los derechos a la salud y a la ciudadanía y a la participación de la persona.

También es inaceptable que el principio de territorialidad pueda ser objeto de acuerdos entre regiones vecinas o a través del R.E.M.S. nacional como ocurrió con la apertura del R.E.M.S. de Calice al Cornoviglio (La Spezia), ya que este mecanismo contrasta marcadamente con la territorialidad de los tratamientos.

La cuestión de la libertad condicional, a menudo ampliada *seno el*, ha quedado en la sombra, al igual que la protección de la salud mental en las instituciones penitenciarias y en las estructuras de protección de la salud mental, eliminando así una visión global de todo el sistema. Finalmente, los DSM tienen la obligación de cuidar a los pacientes pero deben hacerlo ad hoc. *invariancia del gasto*. Una contradicción, el riesgo de negación de derechos y de incumplimiento que pesa sobre los trabajadores psiquiátricos que, en lugar *deposición de garantía*, debe reconocerse como un *privilegio terapéutico*.

Además, cabe señalar que la profesión jurídica, así como los garantes, las asociaciones y la sociedad civil, nunca son mencionadas como interlocutores y participantes útiles en la creación de prácticas constructivas y de mejora del sistema. Y esto a pesar de la inclusión de la profesionalidad forense en diferentes mesas regionales permanentes de consulta sobre la asistencia sanitaria penitenciaria (véase, por ejemplo, la resolución del consejo regional veneciano n.º 14, de 7 de enero de 2020)¹³⁵. con lo cual se integró la participación en el Observatorio Permanente Interinstitucional de salud penitenciaria del Colegio de Abogados con pleno re-

134 «Las actividades de rehabilitación terapéutica, como elementos constitutivos del recorrido terapéutico, aunque se realicen en un lugar fuera del R.E.M.S. [...] no requieren mayor aval de la Autoridad Judicial» (art. 8).

135 La Resolución del Consejo Regional Veneciano n.º está publicada en la Oficina del 28/01/202. 14 de 7 de enero de 2020 titulado “Observatorio permanente interinstitucional para la salud en prisión: actualización de su composición” con el que se adopta la decisión del observatorio permanente de integrar a sus integrantes con representantes del poder judicial, el colegio de abogados y la oficina interdistrital para la gestión de pacientes sometidos a medidas de seguridad para compartir la búsqueda de soluciones justas a las necesidades de atención de las personas privadas de libertad.

conocimiento al rol institucional) y de la solicitud específica que en este sentido surgió de la resolución del Consejo Superior de la Judicatura de 24 de septiembre de 2018 que indicó que es “imprescindible asegurar la implicación de la abogacía” para que a través de sus órganos de representación participe en el proyecto y contribuya a actuar como pegamento a nivel procesal y como sujeto activo en la búsqueda de Soluciones justas para las necesidades de atención de las personas que padecen patologías psiquiátricas y que han cometido delitos¹³⁶. En este sentido, los DSM, que tienen la obligación de hacerse cargo del territorio, se encuentran a menudo en graves dificultades en términos de recursos humanos y financieros para estructurar un servicio comunitario para los delincuentes y responder adecuadamente a las solicitudes. Por lo tanto, corren el riesgo de incurrir en incumplimiento y esto es imperdonable a la luz de la sentencia núm. 186 de 2015 de la Corte Constitucional¹³⁷ según la cual *La ineficiencia de las administraciones sanitarias regionales a la hora de preparar programas terapéuticos individuales no puede traducirse en la aplicación de medidas de internamiento, que resultan innecesariamente gravosas para el paciente.*

5.1 *Él sigue*: Las listas de espera para la ejecución de las medidas de seguridad de la detención

En el arte. 4 sobre gestión de listas de espera —que el P.U.R. deberá controlarlos y vigilarlos revisándolos periódicamente, también mediante el intercambio con la DAP de los datos que considere pertinentes en cumplimiento del principio de colaboración leal— existe el reconocimiento implícito de que en el R.E.M.S. aplican *numero cerrado*, término que como tal no aparece en el Acuerdo, en la hipótesis aceptable de reducir y eliminar la lista de espera, y en su lugar, además del temporal, se proponen otros criterios prioritarios: *elcaracterísticas de salud del paciente*, el nivel actual de inadecuación de la colocación con especial referencia al Instituto Penitenciario, y a la hospitalización en SPDC y finalmente la adecuación en el momento de la revisión de la lista de espera de soluciones asistenciales, no sólo residenciales, alternativas a los criterios R.E.M.S. que será necesario estudiar en profundidad dando un orden derivado de la pluralidad de factores entre los que se encuentran, al menos explícitamente,

la gravedad del delito y la necesidad de medidas de supervisión y control que vayan más allá de las que puede asegurar el sistema de salud. No indicado. En general hay un intento apreciable de mejorar el funcionamiento del sistema y del R.E.M.S. previendo reevaluaciones periódicas (semestrales) de las listas de espera y de las medidas de seguridad de detención con el fin de mejorar el volumen de negocios del R.E.M.S.

Sin embargo, sobre quién y cómo enviar personas a R.E.M.S. y qué resultados esperar, es el elemento a explicar y compartir, para evitar que el R.E.M.S. convertirse en *miniOPG, vertederos de molestias, lugares inmanejables y peligrosos.*

En otras palabras, es necesario preguntarse si tiene sentido —para la protección de la comunidad y el cuidado del imputado/paciente— ordenar la medida de seguridad de detención frente a delitos caracterizados por una baja gravedad; o si no sería procedente reservar la medida de seguridad privativa de libertad para quienes cometan delitos que impliquen violencia contra la persona. Un enfoque constitucional del problema exige situar al paciente (incluso si es el autor de un delito), su derecho al tratamiento y la necesidad de protección de la comunidad en el centro de la reflexión sobre la base de principios absolutamente claros de ley no. 81 de 2014.

6. CONCLUSIONES

Independientemente de la advertencia del Juez de Leyes respecto de la armonización de la legislación en materia de R.E.M.S., es incontrovertible que las múltiples y heterogéneas corrientes, a partir de la asunción universalmente aceptada de la dignidad de cualquier ser humano, han promovido y están promoviendo un cambio social-cultural radical, dirigido a fortiori a los sujetos más vulnerables para lograr el delicado equilibrio entre el ejercicio de la justicia y la protección de la salud, que toda persona debe mantener, en prisión o en libertad, sin excepciones ni estatus especial para los delincuentes dementes. En otras palabras, un cambio sociocultural radical que tiende cada vez más a tener un enfoque constitucionalmente orientado a situar al paciente (incluso si es el autor de un delito), su derecho al tratamiento y la necesidad de protección de la comunidad sobre la base de los principios absolutamente claros de la ley 81 de 2014, centrados en

136 Véanse las Resoluciones del MSC de 19 de abril de 2017 y 24 de septiembre de 2018.

137 La cuestión de la legitimidad constitucional del artículo es infundada. 1, párrafo 1, letra. b), decreto legislativo 31 de marzo de 2014, n. 52 (Disposiciones urgentes sobre la eliminación de los hospitales psiquiátricos judiciales), convertido, con modificaciones, por el art. 1, párrafo 1, l. 30 de mayo de 2014, n. 81, en las partes en las que establece que la valoración de la peligrosidad social «se realiza sobre la base de las cualidades subjetivas de la persona y sin tener en cuenta las condiciones a que se refiere el art. 133, párrafo 2, n. 4, código penal» y que «la mera falta de programas terapéuticos individuales no constituye un elemento adecuado para sustentar el juicio de peligrosidad social».

cómo tratar más que en dónde colocar¹³⁸, respetando los derechos fundamentales de cada individuo: una revolución suave y continua, que puede parecer poco importante porque afecta a la vida de unos cientos de personas, pero que constituye un rechazo radical a la cultura del descarte.

Además, ya en la sentencia núm. 253 de 18 de julio de 2003, el Tribunal Constitucional comenzó a afirmar que la calidad de los enfermos requiere medidas de contenido terapéutico, no diferentes de las que generalmente se consideran adecuadas para la atención de los enfermos mentales. Por otra parte, la peligrosidad social de tales personas, manifestada en la comisión de hechos objetivamente constitutivos de delito, y evaluados pronósticamente en la ocasión y en vista de las decisiones judiciales consiguientes, requiere razonablemente medidas encaminadas a contener dicha peligrosidad y proteger a la comunidad de sus posibles manifestaciones perjudiciales. Las medidas de seguridad relativas a los enfermos mentales totalmente incompetentes se mueven inevitablemente entre estas dos polaridades, y por tanto están justificadas, en un sistema inspirado en el principio personalista (art. 2 de la Constitución), ya que responden simultáneamente a ambos fines, conectados y no relacionados —separable (ver sentencia nº 139 de 1982), de cuidado y protección del enfermo y de contención de su peligro social. Un sistema que respondiera sólo a uno de estos propósitos (y por tanto al de controlar al paciente peligroso), y no al otro, no podría considerarse constitucionalmente admisible. Además, las necesidades de protección de la comunidad nunca podrían justificar medidas que causen un daño, más que un beneficio, a la salud del paciente (ver sentencias nº 307 de 1990, nº 258 de 1994, nº 118 de 1996, sobre medidas sanitarias obligatorias para proteger la salud pública); y por lo tanto, si en términos concretos se revela que la medida coercitiva de hospitalización en un hospital psiquiátrico judicial causa presuntamente daños a la salud mental del paciente, no podría considerarse justificada ni siquiera en el nombre de tales necesidades.

No hay duda de que todo esto representó un salto cualitativo en términos de humanización y atención¹³⁹.

Un salto de calidad que, quizás, podría materializarse aún más mediante la reducción de las listas de espera mediante la creación de Unidades de Psiquiatría Forense para cada autoridad sanitaria local y lugares dedicados a la acogida de personas con medidas de seguridad; la formación del personal de la R.E.M.S., tanto sanitario como penitenciario, a través de cursos de formación compartidos¹⁴⁰; la necesidad de protocolos operativos interinstitucionales, que puedan prever posibles contribuciones de los DSM (distritos de salud mental) a la fase de conocimiento del proceso penal en la elección del camino más adecuado para cada sujeto —lo que luego se materializaría en la redacción de un mejor PTRI: los métodos de diálogo oficial entre el consultor técnico del consultorio y los médicos del DSM.

Podríamos pensar también en el desarrollo de la acción preventiva por parte de todos los sujetos, dejando constancia, en los peritajes y en el DSM, así como en las decisiones de los magistrados, de que se han llevado a cabo todas las diligencias exigidas por la ley nº.81 de 2014 y que los problemas individuales subyacentes a las condiciones a que se refiere el art. han sido abordados con intervenciones sociales adecuadas. 133 c.p. segundo párrafo, n. 4 (condiciones de vida individuales, familiares y sociales del infractor); hacer obligatoria la relación de los expertos con DSM, insertándola en la pregunta de experto, para comprender sus posiciones; finalmente, facilitar la colaboración entre psiquiatría y justicia, para la definición de criterios de prioridad, gestión y seguimiento de la aplicación de la ley núm. 81 de 2014 mediante el establecimiento de un Observatorio Nacional.

Para ello, además de los DSM, sería necesario activar todas las instituciones pertinentes (municipios, alcaldes, UEPE, prefecturas, embajadas), especialmente cuando el obstáculo a la aprobación de la gestión está constituido por problemas jurídicos o relacionados con la ciudadanía, ingresos, disponibilidad de alojamiento o trabajo. En esta perspectiva, se podría evaluar la oportunidad de brindar una asignación extraordinaria de fondos para la inserción *presupuesto* de salud en apoyo al PTRI.

Por lo tanto, esperamos, y lo antes posible, la realización concreta de una *cultura de rehabilitación* partien-

138 B. Secchi, La Corte EDU e le due misure emesse per sollecitare la cura. Servono davvero nuove Rems?, en <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/cedu-misure-per-sollecitare-cura-servono-nuove-R.E.M.S.>, 2022.

139 Sobre el tema, N. Graziano, N. Baldieri, Matricola zero zero uno, ed. Giapeto, Nápoles, 2017.

140 En este sentido, los DSM que tienen la obligación de hacerse cargo del territorio se encuentran a menudo en serias dificultades en términos de recursos humanos y financieros para estructurar un servicio comunitario para los infractores y responder adecuadamente a las solicitudes. Por lo tanto, corren el riesgo de incurrir en incumplimiento y esto es imperdonable a la luz de la sentencia núm. 186 de 2015 del Tribunal Constitucional según el cual «la ineficiencia de las administraciones sanitarias regionales en la elaboración de programas terapéuticos individuales no puede traducirse en la aplicación de medidas de internamiento, que resulten innecesariamente gravosas para el paciente».

do también de la oportunidad de derogar, del código penal, las normas relativas a la doble vía sin olvidar la necesidad de una reforma radical de la imputabilidad

también a efectos de una aplicación realista del reciente acuerdo del 30 de noviembre de 2022¹⁴¹.

141 Toscana se encuentra entre las primeras regiones en implementar concretamente el acuerdo antes mencionado. De hecho, el 7 de julio de 2023 el Punto Único Regional (Pur) para el manejo de pacientes con problemas mentales con medidas de seguridad. el purSe abordarán las vías de tratamiento, los métodos de asignación en el R.E.M.S. Toscana (es decir, residencias para la ejecución de las medidas de seguridad que sustituyeron a los hospitales psiquiátricos judiciales. como lo exige la ley 81 de 2014), de la gestión de listas de espera para ingresar a un R.E.M.S. y seguimiento de datos. El punto regional único está establecido en la Autoridad Sanitaria Local del Centro Toscana e incluye a los directores de los departamentos de salud mental de la Región, a los directores de los servicios sociales, a los directores de los R.E.M.S. de Volterra y Empoli y un representante de la dirección sanitaria de la Región de Umbría

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/