

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LV, número 163,
enero-abril de 2022.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17495](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17495)

Recibido: 30 de marzo de 2022

Aprobado: 30 de junio de 2022

LA INCAPACIDAD PARA SER JUZGADO Y EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD. RETOS, DESAFÍOS Y TENSIONES PARA EL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO

UNFITNESS TO STAND TRIAL AND THE SOCIAL MODEL OF DISABILITY. CHALLENGES AND TENSION FOR LATIN AMERICAN CRIMINAL LAW

Ezequiel MERCURIO*

Resumen:

El modelo social de la discapacidad trajo importantes transformaciones legislativas en el campo del derecho civil en diversos países de América Latina. Los modelos de sustitución en la toma de decisiones fueron reemplazados por modelos basados en apoyos que respeten la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló que la

Abstract:

The social model of disability brought important legislative modifications in the civil law in several Latin American countries. Models of substitution in decision-making were replaced by models based on support and respect will and preferences of persons with disabilities. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities has pointed out that the legal concepts of unfit to stand trial and insanity defense are contrary to

incapacidad para ser juzgado y la inimputabilidad son contrarias a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal latinoamericano la influencia del modelo social en la dogmática y en el campo procesal penal es todavía muy escaso. México y Argentina incorporaron en forma reciente en sus Códigos de Procedimientos Penales, ajustes al procedimiento y apoyos. México mantuvo las medidas de seguridad para personas que no pueden ser juzgadas; la Argentina deriva las posibles intervenciones a la justicia civil. A pesar de estos avances procesales, la mayoría de los comentaristas mantienen visiones tradicionales sobre la incapacidad para ser juzgado. El modelo social de la discapacidad le presenta al derecho penal nuevos retos y desafíos, que serán abordados en el presente trabajo.

the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. However, in the field of Latin American criminal law, the influence of the social model in dogmatic and criminal procedure is still scarce. Mexico and Argentina have recently incorporated procedural accommodations and supports in their Codes of Criminal Procedure. These initiatives have both light and dark sides. Mexico maintains security measures for persons who are unfit to stand trial, but Argentina does not, as it derives possible interventions to civil system. Both countries use the term reasonable accommodation and concepts that lend themselves to confusion. Despite these procedural advances, most authors maintain traditional views on the unfit to stand trial. The social model of disability presents to criminal law new challenges that are addressed in this paper.

Palabras clave:

Capacidad para estar en juicio, modelo social, derechos humanos.

Keywords:

Fit to stand trial, social model, human rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* III. *Capacidad para estar en juicio y psicopatología forense.* III. *Capacidad para estar en juicio y psicopatología forense.* IV. *La capacidad para estar en proceso en los Códigos Procesales de México y de Argentina.* V. *Ajustes al procedimientos y apoyos. Propuestas para su implementación.* VI. *Desafíos, retos y tensiones.* VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

E

El modelo social de la discapacidad (Agustina Palacios, 2008) trajo importantes transformaciones legislativas en el campo del derecho civil en algunos países de América Latina. Los procesos de determinación de la capacidad jurídica basados en la sustitución de la voluntad como las curatelas e insancias fueron reemplazados por modelos basados en apoyos y ajustes para la toma de decisiones en Argentina (Ley 26.994, 2015), Costa Rica (Ley 9.379, 2016), Perú (Decreto legislativo 1384, 2018) y Colombia (Ley 1996, 2019). En países como México y Chile (Ley 21.331, 2021) se comienzan también a vislumbrar cambios. Chile y México promulgaron recientemente diversas leyes en materia de salud mental. México avanzó hacia un régimen de internaciones voluntarias (artículo 75, Ley General de Salud, Diario Oficial de la Federación, 16 de mayo de 2022). La Suprema Corte de México declaró la inconstitucional de la curatela (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2019, Amparo en Revisión 1368/2015).

Por su parte, en el ámbito del derecho penal, la influencia del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad es todavía muy incipiente. Si bien las medidas de seguridad para personas inimputables vienen recibiendo muy fuertes críticas por tratarse de medidas de privación de libertad indeterminadas y/o basadas en tratamientos involuntarios para personas con discapacidad psicosocial e intelectual (María Florencia Hegglin, 2016; 2017; Renata Bregaglio Lazarte y Julio Rodríguez Vásquez, 2017), la dogmática penal regional no ha incluido en sus debates a la inimputabilidad (Ezequiel Mercurio, 2021) ni la capacidad para estar en proceso (Calderon García *et al.*, 2020), tal como sí ha sucedido en el derecho penal anglosajón (Christopher Slobogin, 2000; 2015; Donna McNamara, 2018; Eric Roytman, 2020; Tina Mikowitz, 2015).

El objetivo del presente trabajo será analizar las modificaciones introducidas en el ámbito del derecho procesal penal a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), sobre la capacidad para estar en juicio, o capacidad para declarar. En la primera parte se desarrollarán las diferencias entre la capacidad jurídica y la capacidad mental a la luz del artículo 12 de la Convención,¹ luego se definirá la capacidad para estar en juicio desde el punto de vista de la psicopatología forense, se analizarán los cambios introducidos sobre esta figura en los códigos de procedimientos de México y Argentina, y, por último, se enunciarán algunos retos, desafíos y tensiones.

II. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS FIV DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En 2014, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) emitió la primera Observación General dedicada a delinear una interpretación más precisa sobre el artículo 12 de la Convención (igual reconocimiento como persona ante la ley).

El Comité señala que las personas con discapacidad (en adelante PcD), históricamente han visto limitado el derecho a tomar sus propias decisiones bajo figuras jurídicas como la insania, la curatela, la interdicción y la inhabilitación. Así, las personas con discapacidad psicosocial e intelectual declaradas jurídicamente insanas no podían casarse, votar, tomar decisiones patrimoniales, suscribir contratos, tomar decisiones médicas, entre muchas otras. Ésta continúa siendo la realidad de muchas personas en los países donde persisten estas figuras. Es por ello por lo que el Comité ha reafirmado la necesidad de que dichas prácticas sean abolidas, y que las personas con discapacidad tengan la plena capacidad jurídica en igual de condiciones (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 8).

El Comité, en su observación, diferencia la capacidad jurídica de la capacidad mental. Mientras la primera es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar), la segunda es la aptitud para tomar decisiones. Esta aptitud para tomar decisiones es diferente en cada persona, y está atravesada por diversas variables, ambientales y sociales. En este sentido, la capacidad jurídica es una condición inherente a todos los seres humanos. La Observación ratifica que todas las personas, incluidas las PcD, gozan de capacidad legal y de legitimación para actuar, por el hecho de ser personas.

El Comité ha señalado que las personas con discapacidad intelectual o psicosocial se enfrentan a la limitación de su capacidad jurídica basada en evaluaciones sobre el estado o funcionamiento psíquico y resalta tres criterios mayormente utilizados: el criterio basado en un diagnóstico o condición, el criterio basado en los resultados, y el criterio funcional. En el primero se trata de un diagnóstico fundado en la deficiencia o en una categoría médica, el segundo se trata de una valoración de las consecuencias de la decisión, y en el tercero se trata de una valoración del funcionamiento; sí es

deficiente, entonces la persona no podrá tomar decisiones. Este último criterio ha sido criticado por el Comité, por ser discriminatorio, es decir, que sólo se aplica a las personas con discapacidad y por las consecuencias que conlleva el no atravesar satisfactoriamente tal evaluación, la negación de un derecho fundamental. Es por ello que el artículo 12 obliga a que se le brinden apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad que lo requieran.

La figura de apoyo debe respetar los derechos, los intereses, la voluntad y las preferencias de las PcD, y no sustituirlas en la toma de decisiones. Para ello, también, el Comité resalta que deberán diseñarse mecanismos de salvaguardas, con el objetivo de prevenir potenciales situaciones de abuso, que se respete la voluntad y las preferencias de cada persona. Asimismo, los apoyos no deben utilizarse como fundamento para limitar otros derechos fundamentales, como el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio, a establecer una unión civil, a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas, el tratamiento médico y el derecho a la libertad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 29 inc. f).

Por otra parte, la observación resalta que cuando se han realizado esfuerzos para determinar la voluntad y las preferencias y esto no fuera posible, “el interés superior” debe ser reemplazado por la “mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 21).

El artículo 12 está íntimamente relacionado con otros derechos humanos establecidos en la Convención (artículos 13, 14, 17, 23, entre otros). En este sentido, ya en 2009 el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas había señalado la relación entre el artículo 12 y el campo del derecho penal. Particularmente, había explicado que la inimputabilidad por motivos de salud mental —*insanity defense* en el ámbito anglosajón— debería ser abolida, y propuso la aplicación de criterios neutrales sobre la discapacidad y que apuntaran a los elementos de la subjetividad del delito teniendo en cuenta las características individuales de cada sujeto (Consejo de Derechos Humanos, 2009, párr. 47). En esa misma línea, el Comité se expidió con relación a la capacidad para estar en proceso. Señaló que las figuras que impiden la plena participación de las personas con discapacidad de los procesos judiciales son contrarias a la Convención, y que debe garantizarse la implementación

de ajustes al procedimiento, con el objetivo de garantizar el debido proceso (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, parr. 16).

Por otra parte, el artículo 12 tiene una íntima relación con el derecho al acceso a la justicia, por tal motivo, nos referiremos a su vinculación con el artículo 13.

En forma reciente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la enviada especial del secretario general de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, junto con otros organismos y organizaciones, publicaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y Directrices) en línea con los artículos 12 y 13 de la Convención. En este sentido, y con el objetivo de garantizar la plena participación en igualdad de condiciones que las demás personas, los Estados deberán proporcionar ajustes de procedimiento y apoyos para el acceso a la justicia para las PcD.

Los ajustes de procedimiento han sido confundidos en la práctica y en algunas legislaciones como ajustes razonables (María Silvia Villaverde, 2021). Sin embargo, se trata de cuestiones diferentes, ya que en el caso de ajustes de procedimiento no se encuentran limitados al concepto de “carga desproporcionada o indebida” (Consejo de Derechos Humanos, 2017, párr. 35) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 9). Los ajustes de procedimiento son:

modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, principio 3.1, p. 15).

Se recomienda que dichos ajustes se establezcan previo al proceso.

En tanto que los apoyos pueden ser personas que le brinden contención emocional y moral, que acompañen a la PcD en todas las etapas del proceso, pero también pueden ser tecnologías, dispositivos o sistemas que faciliten la comunicación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 16).

Como se ha señalado, la perspectiva del artículo 12 de la Convención influyó fuertemente el campo del derecho civil. Argentina, por ejemplo, restringió sustancialmente la figura interdicción, y la reservó de forma exclusiva para situaciones en las que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Por su parte, incorporó al Código Civil y Comercial Argentino el sistema de apoyos para la toma de decisiones y la obligación de determinar la extensión y alcance de las sentencias de restricción a la capacidad. Si bien pueden realizarse críticas al modelo adoptado por Argentina, debe resaltarse que para 2015 fue pionero en la región. En un sentido similar, Perú avanzó en 2018 hacia un sistema basado en ajustes y apoyos para el ejercicio de la capacidad, al igual que Costa Rica y Colombia.

III. CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO Y PSICOPATOLOGÍA FORENSE

Los peritajes psiquiátricos y psicológicos son ampliamente utilizados en el ámbito del derecho penal. Las evaluaciones sobre la capacidad para estar en juicio, la capacidad para declarar y el análisis sobre el estado mental al momento del hecho son frecuentemente requeridas para determinar si una persona acusada de un delito está en condiciones de ejercer su derecho de defensa y si es imputable o no.

La capacidad para estar en juicio es también conocida como “capacidad para estar en proceso”, “capacidad para ser juzgado” o “capacidad para defenderse”. En tanto que en el ámbito anglosajón se le conoce bajo la forma de *Competence to stand trial*, *Fitness to plead*, *Fitness to stand trial*. Esta figura debe diferenciarse de la inimputabilidad. Mientras en la inimputabilidad se analizan las facultades mentales al momento del hecho, en la capacidad para estar en juicio se analizan las facultades mentales en el aquí y ahora no al momento del hecho, con el objetivo de determinar si el acusado está en condiciones psíquicas de poder defenderse y declarar (Mariano Castex, 2007; Manuel Checa Gonzalez, 2010).

La capacidad para estar en juicio se encuentra fuertemente arraigada a los conceptos de juicio justo, al derecho a ser oído y a defenderse, presentes en diversos tratados de derechos humanos (artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos,

artículo 60. de la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este sentido, al momento de ser acusado de un delito la persona debe poder comprender los cargos en su contra y poder participar activamente de su defensa por sí o a través de su abogado/a.

En el derecho continental, los códigos de procedimientos penales, en general, no brindan una definición sobre qué es la capacidad para poder ser juzgado ni qué competencias se requieren para tal fin, motivo por el cual se trata de un concepto que lleva a amplias interpretaciones en el campo jurídico y psicopatológico forense.

En 1960, el caso *Dusky* de la Corte Suprema de Estados Unidos (*Dusky vs. United States of America*, 1960) marcó los lineamientos generales para una definición operativa sobre la capacidad para estar en juicio en el ámbito del derecho anglosajón. La Corte señaló que no es suficiente que el imputado esté orientado en tiempo y espacio y que pueda recordar algunos hechos, sino que tiene que poseer un nivel razonable de competencia para: 1) asistir a su abogado con un grado razonable de racionalidad en su comprensión, y 2) comprender racional y fácticamente el proceso en su contra. No se explicitó ninguna condición psíquica que llevara a dicha incapacidad, es decir, no hizo mención a ningún cuadro psicopatológico específico.

Luego de *Dusky*, vinieron otros fallos relacionados, *Drope v. Missouri* (1975) y *Godinez v. Moran* (1993). En estos fallos se amplió que el imputado debe estar en condiciones de participar en la construcción de su defensa, para lo cual debe evaluarse su capacidad para la toma de decisiones relacionadas con el proceso. Otros fallos analizaron el impacto de las alteraciones en la memoria en la capacidad para estar en juicio (*Wilson v. United States of America*, 1968).

La mayoría de las normas procesales continentales no brindan definiciones afirmativas sobre qué competencias se requieren para poder defenderse. Tal como lo señala García Garduza (2015) para el caso de México

la falta de una definición jurídica y de criterios médicos para el estudio y revelación de cómo debe conocerse y quién debe señalar la aptitud para declarar provoca confusión en los médicos acerca de qué significa o comprende exactamente el término, por lo tanto, señalan dicha aptitud —por exigencia de los agentes del MP [Ministerio Público]— sin un procedimiento estandarizado. Asimismo, se ha observado que los agentes del MP tampoco conocen que involucra la frase y cómo se diagnostica (Ismael García Garduza, 2015, pp. 6 y 7).

Es por ello que en el foro se ha echado a la mano definiciones restrictivas y acotadas sobre las habilidades cognitivas que se requieren para poder ser juzgado. Se ha delimitado que para ser juzgado se requiere sólo el conocimiento de que se está bajo una acusación de un delito, y que el imputado pueda diferenciar entre las funciones de cada uno de los participantes del proceso (juez/jurado, defensor/a, fiscal).

Sin embargo, desde la psicopatología forense el concepto de capacidad para estar en juicio ha sido ampliamente desarrollado, principalmente en el mundo anglosajón (Amanda Beltrani y Patricia Zapf, 2020; Graham Glancy *et al.*, 2015; Patricia Zapf *et al.*, 2013; Mossman *et al.*, 2007; Alec Buchanan, 2006; Richard Bonnie, 1992). Parte de los instrumentos periciales sobre la capacidad para estar en proceso se iniciaron como adaptaciones herramientas diseñadas para evaluar la competencia para tomar decisiones en el ámbito de sanitario (Paul Appelbaum y Thomas Grisso, 1988; Thomas Grisso y Paul Appelbaum, 1998). En este sentido, la competencia para tomar decisiones en el ámbito de salud también es intensamente abordada por la bioética bajo el principio de respeto a la autonomía (Tom Beauchamp y James Childress, 1999).

Richard Bonnie (1992) distinguió que la capacidad para ser juzgado requiere de dos dimensiones: 1) la capacidad para asistir a su defensa, y 2) la capacidad para la toma de decisiones. Dentro de las dimensiones que se requieren para asistir a su defensa se encuentran: a) la capacidad para entender los cargos en su contra, el objetivo del proceso penal y del sistema adversarial, el rol del defensor/a; b) la capacidad para apreciar su situación como acusado en el juicio; c) la capacidad para reconocer y relatar aquella información relevante sobre el caso a su defensa. En tanto que las competencias relacionadas con la toma de decisiones se encuentran: i) capacidad para comunicar una preferencia; ii) la capacidad para comprender la información relevante; iii) capacidad para valorar la información relevante en su caso (sopesar los riesgos y beneficios de una decisión). El autor señala que lo importante es el proceso de toma de decisión que se pone en juego y no el resultado en sí mismo.

En nuestro medio, Castex (2007) fue pionero en estudiar en profundidad la temática. Así, desde la psicopatología forense, la capacidad para estar en juicio puede definirse como las competencias psicofísicas que le permiten a una persona imputada

defenderse de un delito (Mariano Castex, 2007; María Florencia Hegglin, 2013; Daniel Silva y Norma Miotto, 2010):

- Saber de que se encuentra acusado y poder comprender los detalles y pruebas en su contra.
- Poder mantener una comunicación razonable con su abogado/a defensor/a y brindar instrucciones a su defensa.
- Poder rebatir los testigos y pruebas en su contra, además de saber a quién y cómo manifestar su desacuerdo.
- Poder objetar a uno o más miembros del jurado.
- Poder comprender y discernir sobre las diferentes alternativas procesales, y lo que éstas representan, como por ejemplo, las diferencias entre un juicio abreviado y la suspensión de juicio a prueba, las medidas que debe cumplir y las consecuencias de no hacerlo.
- Poder defenderse razonablemente de la acusación solo o en conjunto con su letrado/a defensor/a.
- Poder seguir el curso del proceso e instruir a sus abogados defensores.

La capacidad para estar en proceso involucra una serie de competencias cognitivas que se interrelacionan entre sí. En otras palabras, se requiere entender el funcionamiento de un proceso penal, los roles de los diferentes intervinientes, la acusación que se enfrenta, las pruebas en su contra, las posibles sanciones y salidas alternativas; se necesita hacer un análisis costo-beneficio sobre determinadas decisiones, como declarar o no declarar, qué declarar, realizar inferencias y proyectar escenarios futuros y consecuencias posibles de éstos; se precisa una razonable capacidad para comunicar sus opiniones y pareceres a su abogado. Durante un juicio se maneja información compleja, dictámenes de expertos, testigos que brindan información sobre acciones y hechos en un tiempo y un lugar. Por todo ello, se requiere una adecuada capacidad atencional y de memoria para manejar y procesar información relevante, realizar juicios valorativos y tomar decisiones.

Son pacíficas la bibliografía y la jurisprudencia sobre la necesidad de la evaluación pericial para valorar la capacidad/incapacidad para estar en proceso (Alberto Pravia, 2019, Roberto Daray, 2019; La Rosa y Romero Villanueva, 2019; Suresh Math *et al.*, 2011). En este sentido, en el ámbito anglosajón se han desarrollado una amplia variedad de instrumentos específicos para la valoración psiquiátrica forense de la capacidad para estar en proceso basados en los criterios jurisprudenciales delineados por la Corte Suprema estadounidense. Algunos de esos instrumentos son: *The Competency to Stand Trial Screening Test*, *The Competency to*

Stand Trial Screening Test, *The Georgia Court Competency Test* y su modificación por Hospital del Estado de Mississippi, *Interdisciplinary Fitness Interview* y su versión revisada, *Compute-Assisted Determination of Competency to Stand Trial*, *Competence Assessment for Standing Trial for Defendants With Mental Retardation*, *MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication*, entre otros. (Douglas Mossman *et al.*, 2007). Sin embargo, ninguno de estos instrumentos es utilizado de manera generalizada en la práctica pericial latinoamericana.

IV. LA CAPACIDAD PARA ESTAR EN PROCESO EN LOS CÓDIGOS PROCESALES DE MÉXICO Y DE ARGENTINA

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha venido señalando la necesidad de evitar normativas, legislaciones y prácticas basadas en la incapacidad de las personas con discapacidad para defenderse de cargos criminales, incapacidad para estar en proceso (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 30). Asimismo, se expidió que tanto las figuras legales de “incapacidad para estar en juicio”, “incapacidad para estar en proceso”, “incapacidad sobreviniente” y la inimputabilidad por motivos de salud mental son contrarios al artículo 14, derecho a la libertad (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015), y deben garantizarse los ajustes de procedimiento y los apoyos para garantizar una plena participación (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 32, b; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015). En este sentido, también se ha expresado en contra de la privación de libertad indeterminada basada en la incapacidad para ser juzgado (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 31).

En un reciente caso en el que se sancionó a México, el Comité resaltó que los Estados tienen la obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, en todos los procedimientos judiciales (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019, párr. 10.7).

Particularmente los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” señalan que los Estados deberán derogar

aquellas legislaciones, prácticas, o normativas, que establezcan o apliquen conceptos como “no apto para ser juzgado» e «incapaz de defenderse” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, Principio 1.2 inciso e, p. 12).

La observación 1 del Comité señala que los diferentes criterios, por condición, por la valoración de las consecuencias y por el nivel de funcionamiento, que son utilizados para valorar la capacidad para tomar decisiones, van en contra del artículo 12 de la Convención. En este sentido, las evaluaciones periciales realizadas para determinar la capacidad de una persona para ser juzgado utilizan criterios basados en el nivel de funcionamiento y en el resultado de la decisión. Es decir, se realizan valoraciones sobre las funciones cognitivas, el nivel de comprensión sobre la decisión a tomar, la capacidad para comunicar la decisión, y del proceso valorativo sobre el análisis de costo-beneficio. Es por ello que dichas evaluaciones periciales son contrarias al artículo 12. En este sentido lo explicita Tina Minkowitz (2015), cuando propone que no debería haber, bajo el paradigma de la Convención, declaraciones de incapacidad para estar en proceso o para ser juzgado, ni evaluaciones que afirmen que una persona no es competente para estar en juicio, ya que todas las personas tienen el mismo derecho a participar en su propia defensa, sin discriminaciones sobre su condición o sobre habilidades para toma de decisiones. Tina Minkowitz (2015) señala que para ello deberían proveerse todos los ajustes al procedimiento y los apoyos que sean necesarios a lo largo de todo el proceso.

En razón de lo expuesto, siguiendo la perspectiva de derechos humanos de la discapacidad, la incapacidad procesal va en contra del artículo 12 de la Convención, sobre el derecho a la capacidad jurídica, pero también implica la violación al derecho a ser oído, transformándose en una situación de discriminación basada en la discapacidad (artículo 5 de la Convención) Esta figura procesal priva a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial del ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones que las demás. Muchas personas declaradas como no aptas para ser juzgadas son privadas de su libertad bajo la forma de medidas de seguridad por tiempo indeterminado, motivo por el cual a las afectaciones ya enunciadas se les adiciona la violación al principio de inocencia, al derecho a la contradicción y el derecho a la libertad (artículo 14 de la convención) (María Florencia Hegglin, 2016; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, párr. 16).

En este marco, en 2014, México sancionó el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), y en 2019 Argentina sancionó el Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF). El Código argentino, en sus artículos 67 y 68,² y el Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus artículos 10,³ 414,⁴ 416,⁵ 417⁶ incorporan en parte, la perspectiva de derechos humanos que plantea la Convención y el Comité. Ambos artículos presentan claros y oscuros, que se analizarán.

Diversos autores y autoras han venido señalando en las últimas cuatro décadas que cuando llega a la justicia criminal una persona con discapacidad psicosocial e intelectual acusada de un delito la gran mayoría de los operadores judiciales se centran exclusivamente en el análisis de la culpabilidad (María Florencia Hegglin, 2017; Eurosocietal, 2013); Jubert Joshi (1989). La discusión y análisis sobre la materialidad del hecho, el dolo u otros elementos de la teoría del delito no son, en general, profundamente abordados. Jubert Joshi (1989) señala que una persona con padecimiento mental podría actuar bajo la falta de acción, bajo un error de tipo, bajo una causa de justificación, o miedo insuperable (p. 127). Asimismo, ilustra con claridad las consecuencias negativas y el trato discriminatorio que conlleva decantarse por una defensa de inimputabilidad sin haber agotado y probado concienzudamente los otros elementos del delito (Jubert Joshi, 1989, p. 128). Por tal motivo, es muy dable resaltar la introducción de la obligación de analizar, previo a la inimputabilidad, la participación en el hecho de la persona imputada, la tipicidad u otras causales de justificación.

En el caso de Argentina, los artículos 67 y 68 del CPPF incorporan las figuras de ajustes razonables, de apoyos y la derivación al ámbito de la justicia civil en los casos de sobreseimiento por inimutabilidad. Se elimina, así, la privación de libertad, bajo la forma de medida de seguridad, en el marco de la suspensión del proceso por incapacidad sobreviniente o inimputabilidad, situación que sí prevén los artículos 76 y 77 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.⁷

El CPPF es claro y preciso al derivar al ámbito de la justicia civil para proteger los derechos que correspondan de acuerdo con la legislación específica en salud mental; tampoco se utilizan palabras como peligrosidad para sí o para terceros. Esto debería representar una fuerte barrera contra las medidas de seguridad indeterminadas para personas con discapacidad en el marco de los procesos penales.

El artículo 68 del CPPF señala que deberán establecerse ajustes razonables y apoyos para el caso que el imputado tuviera su capacidad restringida como consecuencia de un padecimiento mental sobreviniente. Si bien se trata de buenos intentos para incorporar el modelo social de la discapacidad al ámbito de los procedimientos penales, lo cierto es que hasta el momento los autores no han profundizado lo suficiente sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito de la justicia criminal.

En primer lugar, puede señalarse que el legislador utilizó el concepto de ajustes razonables, y no de ajustes al procedimiento. Como se ha señalado, el acceso a la justicia, como puerta de entrada para el ejercicio de múltiples derechos, no puede estar ceñido a la razonabilidad o la carga desproporcionada, motivo por el cual el concepto más ajustado es el de ajustes al procedimiento. Asimismo, el artículo sólo incorpora un tipo de ajuste concreto, el establecimiento de plazos especiales, pero deja al juez una amplia discrecionalidad para la implementación de otros ajustes y apoyos.

En este sentido, la mayoría de los comentaristas argentinos mantienen aún la visión tradicional sobre la suspensión del proceso por incapacidad sobreviniente, y no se analizan de manera amplia los conceptos de ajustes razonables y apoyos. Así, todos coinciden que para el caso que se presente una incapacidad mental durante el desarrollo del proceso, que restrinja la capacidad, se suspenderá la participación del imputado en el mismo proceso (Alberto Pravia, 2019, p. 215; Roberto Daray, 2019, p. 322; Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, 2019, p. 666). Sin embargo, el artículo 68 del CPPF, a diferencia del artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, no explicita de forma taxativa que debe suspenderse el proceso, sino que deben establecerse ajustes y apoyos para la substanciación de este. Es decir, los comentaristas mantienen el concepto de incapacidad procesal y el control de los actos procesales por el defensor del incapaz (Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, 2019, p. 666).

Por su parte, Roberto Daray (2019) señala que se requiere que la enfermedad mental desaparezca para restablecer el proceso (p. 322), Es decir, sostiene el paradigma médico rehabilitador, ya que se propone la cura como requisito para establecer la participación en el proceso y no la implementación de apoyos y ajustes para el ejercicio del derecho de defensa.

En otro orden, Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, (2019) y Alberto Pravia (2019) explican que ante la incapacidad definitiva deberá archivar el proceso. Esta mirada sobre la incapacidad permanente para el ejercicio de un derecho no es sustentada por el paradigma social.

En otro sentido, algunos comentaristas mantienen algunas denominaciones, conceptos y normativas, ya en desuso o que han sido reemplazadas por el Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Alberto Pravia (2019) utiliza el concepto de “inimputabilidad durante el curso del proceso” (p. 14), lo que puede prestarse a confusión, ya que inimputabilidad remite la capacidad de culpabilidad, a la valoración y análisis de las facultades mentales al momento del hecho y no a la competencia para poder ejercer su derecho de defensa.

Como se ha señalado, el CPPF incorpora en sus artículos 67 y 68, al menos en parte, el espíritu de la Convención. No obstante, la mayoría de los comentaristas todavía no han realizado análisis profundos y específicos sobre las modificaciones introducidas, y más bien se han quedado con las interpretaciones tradicionales sobre la incapacidad para ser juzgado.

Por su parte, en el ámbito mexicano de manera similar a lo que sucede en Argentina el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) incorpora la figura de ajustes razonables, pero también los intercala con ajustes de procedimiento, motivo por el cual caben las mismas consideraciones ya realizadas previamente.

En este sentido, el artículo 414 del CNPP señala que las audiencias deberán realizarse con los “ajustes razonables” para garantizar el acceso a la justicia. Como se ha señalado previamente, cuando se trata de garantizar el acceso a la justicia, los ajustes no deben estar sometidos a la razonabilidad y al análisis de carga desproporcionada. Por tal motivo, lo que se deben aplicar son los ajustes de procedimiento. Sin embargo, autores como Pérez Daza (2016) mantienen la confusión sobre ajustes razonables y de procedimiento y el acceso a la justicia (Alfonso Pérez Daza, 2016, p. 797 y 798).

En el artículo 416 del CNPP de México resulta equívoco el concepto de “estado de inimputabilidad”, que se confunde con la capacidad para estar en juicio o capacidad para estar en proceso, ya que señala que deben aplicarse ajustes de procedimientos si se determina el “estado de inimputabilidad”, y para el caso de que dicho estado cese, se

continuará con el procedimiento ordinario sin los ajustes. Es decir, dicho artículo parecería referirse a la capacidad para estar en proceso, y para el caso de que exista una afectación de dicha capacidad deberán ponerse en marcha ajustes de procedimiento. Sin embargo, utiliza el término “estado de inimputabilidad” y cese de dicho estado. Además ancla la implementación de los ajustes a la presencia o ausencia de un estado de estado de inimputabilidad, concepto que resulta de muy poca claridad.

En otro sentido el artículo 414 hace referencia la inimputabilidad de carácter permanente o transitoria, sin embargo debe señalarse que desde la teoría del delito la inimputabilidad nunca podrá ser considerada como permanente. La inimputabilidad como categoría de análisis en la teoría del delito, no puede ser considerada permanente ya que no se trata de una cualidad ontológica del sujeto, es decir la inimputabilidad no emana de él de manera inmanente, si no que se trata de una relación entre un estado mental y un hecho determinado. Por tal motivo, si un sujeto presenta un trastorno mental, será imputable o inimputable dependiendo de cómo dicha condición afectó la comprensión de la criminalidad del acto o la dirección de sus acciones. (Ezequiel Mercurio, 2013; Ezequiel Mercurio y Viviana Schweizer, 2013; Eric García López y Ezequiel Mercurio, 2019) En este orden ideas una persona con un padecimiento mental podrá ser considerada imputable para un hecho, pero inimputable para otro. En todo caso, lo que podría considerarse permanente o transitorio son las perturbaciones o afecciones psíquicas, a partir de la cual podrían derivarse eventualmente consecuencias distintas (Manuel Checa González, 2010 p. 193). Dado que esta temática excede el ámbito de los objetivos del presente, no será profundizada. Por otra parte, el CNPP de México mantiene la posibilidad de otorgar medidas de seguridad para personas cuyo proceso se encuentra suspendido y para aquellos declarados inimputables, (artículos 416 y 417) asimismo, Marfil Gómez *et al.* (2015) y Pérez Daza (2016) en su comentario al artículo 416, señalan que debe tomarse en consideración el nombramiento de un representante legal, familiar o tutor para la persona inimputable (Marfil Gómez Sergio Javier *et al.*, 2015, p. 350; Alfonso Pérez Daza, 2016, p. 798). Como se ha señalado, las medidas de seguridad y la sustitución de la voluntad y representación a través de tutor van en contra de lo planteado por la Convención y el Comité.

En definitiva, a diferencia de las transformaciones que se han dado en el ámbito del derecho civil, el campo del derecho penal no ha incorporado aún de manera extendida y generalizada el paradigma de la Convención, a pesar de que se trata de un

instrumento de jerarquía constitucional, y que lleva más de diez años dentro de los plexos normativos, situación que ya fuera señalada por María Florencia Hegglin (2016) al discutir las medidas de seguridad.

V. AJUSTES AL PROCEDIMIENTOS Y APOYOS. PROPUESTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

En 2020 producto de un trabajo conjunto entre la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la enviada especial del secretario general de Naciones Unidas sobre Discapacidad Accesibilidad se lanzaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y Directrices). Estos principios son herramienta indispensable para analizar las relaciones entre los artículos 12 y 13 y la capacidad para estar en proceso.

De igual modo, brindan definiciones y lineamientos prácticos sobre ajustes al procedimiento y apoyos para el acceso a la justicia. Se trata de una mirada más específica y profunda sobre la discapacidad que la iniciada por las 100 Reglas de Brasilia en 2008 (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008).

Los principios y directrices definen como ajustes de procedimiento a “todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 9). A su vez, diferencia los ajustes de procedimiento de los ajustes razonables, ya que los primeros no están limitados por el concepto de «carga desproporcionada o indebida». Asimismo, señala que los ajustes y los apoyos deben ser diseñados de manera individualizada.

Los principios no abordan de manera exclusiva la situación de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial ni de las personas imputadas de delitos, sino que se trata de un abordaje amplio y transversal para todas las personas, incluyendo niños y niñas, con diferentes tipos de discapacidad, que se enfrentan a la justicia en diversos contextos, tanto como imputados, testigos o víctimas.

El principio 10. se centra en la capacidad jurídica, y propone en sus directrices derogar o modificar las legislaciones que incluyan la incapacidad para ser juzgado, que no se utilicen constructos como “incapacidad cognitiva” e “incapacidad mental”, y que no se realicen evaluaciones sobre el estado funcional o mental que puedan derivar en la limitación de la capacidad jurídica. En este sentido, propone la incorporación de facilitadores o intermediarios de la comunicación, que permitan una comunicación clara y efectiva entre las personas con discapacidad y los operadores de justicia. Refuerza la necesidad de derogar los internamientos indefinidos para personas con discapacidad en el ámbito de la justicia penal basados en la peligrosidad o en la necesidad de tratamiento.

El principio 30. aborda el derecho a los ajustes de procedimiento. En este aspecto resalta que éstos deberían establecerse antes del inicio del proceso, y realiza aportes concretos, como por ejemplo la participación de intermediarios o facilitadores, terceros intervinientes independientes a las partes. En dicho principio se enumeran una serie de ajustes, tales como los intermediarios y facilitadores, ajustes y modificaciones de los procedimientos, apoyo en la comunicación, ajustes de procedimiento para las personas acusadas de delitos, los presos y los detenidos.

Los facilitadores o intermediarios tienen la función de evaluar de forma individualizada las necesidades de comunicación que puedan existir, determinar los tipos de ajustes y de apoyos que pueda requerir la persona. En nuestra región existen al menos dos iniciativas de intermediarios de justicia.

Hace una década, la Argentina fue pionera en la región en desarrollar un programa especializado en acceso a la justicia para personas con discapacidad. El Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Es un equipo interdisciplinario conformado por personas con discapacidad, familiares de personas con discapacidad, profesionales de diversos campos con y sin discapacidad —profesionales del derecho, de la salud mental y expertos/as en lenguaje y comunicación—, ADAJUS trabaja tanto en el terreno participando en diversos fueros de la justicia de toda la Argentina, como intermediarios en audiencias y peritajes, como también generando insumos académicos para mejorar el acceso a la justicia. Se destacan el Protocolo de atención para el efectivo Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual, (versión

1.0), el censo sobre personas con discapacidad en prisión, entre otros. También se han generado recomendaciones relacionadas con las garantías del debido proceso, (Eurosocial, 2013).

En el ámbito latinoamericano, en una línea similar a ADAJUS, la organización civil Documenta de México lleva adelante un programa sobre facilitadores en el sistema de justicia (Victor Lizama y Diana Sheinbaum, 2020). Por su parte, en España, Plena Inclusión se encuentra trabajando sobre la persona facilitadora en procesos judiciales (Plena Inclusión, 2020).

Algunas de las modificaciones que se proponen son: realizar modificaciones arquitectónicas de los edificios y salas de audiencia, como de los tiempos de las audiencias, la participación de personas especializadas en lenguaje de señas, las adaptaciones de las preguntas que se realizan o de documentos judiciales, así como permitir que las personas con discapacidad puedan permanecer con personas de su confianza como apoyo emocional. También se proponen apoyos en la comunicación, como por ejemplo: subtítulo abierto, codificado y en tiempo real, y dispositivos y decodificadores de subtítulo; productos de telecomunicación basados en voz, texto y vídeo; videotexto; personas encargadas de tomar notas.

Teniendo en cuenta que los ajustes al procedimiento y los apoyos deben brindarse en todas las instancias, incluyendo las detenciones por parte de las fuerzas de seguridad, los principios y directrices refuerzan que los policías y los fiscales deben conocer los derechos de las personas con discapacidad, velar por que existan terceras personas, como facilitadores, que puedan sugerir adaptaciones; por ejemplo, para la toma de huellas dactilares, o de muestras biológicas, o para las medidas de restricción de la movilidad, como el uso de esposas.

El principio 40. se dedica al derecho al acceso a la información y notificación de instrumentos legales. En este ámbito se sugiere que las notificaciones, citaciones y sentencias deben realizarse en un lenguaje simple o a través de medios alternativos, que se preste apoyo a través de terceras personas para aquellos casos en donde se necesite ayuda para la comprensión de las notificación o el acto procesal a realizar. En la directriz 4.1.d sobre el principio 40. se recomienda que

las notificaciones y la información incluyan explicaciones claras y comprensibles sobre el funcionamiento de un acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso,

lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la ley, el reglamento, la política o la directriz, por ejemplo, en un lenguaje sencillo (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, p. 18).

Se resalta el deber del Estado, de garantizar el debido proceso a través de la presunción de inocencia, de velar por que todas las personas con discapacidad sospechosas de un delito tengan información accesible y comprensible sobre sus derechos, incluido el derecho a no declarar con sí mismo, que puedan acceder a los apoyos que se requieren, que los ajustes al procedimiento puedan ser incluidos desde el momento de su detención.

En nuestra región no puede dejar de destacarse la muy reciente publicación del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Discapacidad realizado por la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (2022), donde se incorporan los últimos y más altos estándares sobre los derechos de las personas con discapacidad en su relación con la justicia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022). En ese sentido, incorpora los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020) y reseña las recomendaciones realizadas por el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad al estado mexicano en el caso Arturo Medina Vela *vs.* México (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019).

Como hemos sintetizado, existen propuestas concretas y programas específicos sobre ajustes al procedimiento y apoyos para las personas con discapacidad imputadas de un delito que van en consonancia con la Convención y lo enunciado en los artículos 67 y 68 del Código Procesal Penal Federal en Argentina y en los artículos 10, 414, 416 y 417 del Código Nacional de Procedimientos Penales en México. Sin embargo, tal como se abordará en el siguiente apartado, el abandono de la figura de incapacidad para ser juzgado traerá nuevos retos, desafíos y tensiones.

VI. DESAFÍOS, RETOS Y TENSIONES

Tal como hemos señalado, la incapacidad procesal va en contra del artículo 12 de la Convención, sobre el derecho a la capacidad jurídica. Implica la violación al derecho a

ser oído, y resulta en una situación de discriminación basada en la discapacidad (artículo 50. de la Convención). Esta figura procesal priva a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial del ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones que las demás, y muchas personas consideradas no aptas para ser juzgadas son privadas de su libertad bajo la forma de medidas de seguridad por tiempo indeterminado. Por este motivo, a las afectaciones ya enunciadas se les adiciona la violación al principio de inocencia, al derecho a la contradicción y el derecho a la libertad. Es por ello que para la plena y efectiva participación de una persona con discapacidad imputada de un delito se requiere la implementación de ajustes al procedimiento y de apoyos.

No obstante, en la práctica existe una fuerte tensión entre el derecho a ser oído, a la no discriminación, y el derecho a un juicio justo. Es necesario contar con mecanismos de salvaguardas para aquellos casos en los que aun con la implementación de ajustes de procedimiento y de apoyos pudieran presentarse dudas sobre si se está llevando adelante un juicio justo.

Es por ello que es indispensable poner en debate posibles soluciones a situaciones prácticas donde los ajustes al procedimiento y los apoyos podrían no resultar eficaces *per se*. Tal podría ser el caso de una persona con un trastorno amnésico (Organización Mundial de la Salud, 2019)⁸ o un trastorno cognitivo mayor (American Psychiatric Association, 2014)⁹ que tiene que ejercer su defensa material. En ese sentido, si bien se podrían emprender ajustes que orienten hacia acortar los tiempos de las audiencias, modificaciones en la forma de realizar las preguntas, la falta de recuerdo, no podría ser suplida, los apoyos personales no serían suficientes, y el recuerdo resulta esencial para poder participar de forma activa en su defensa. Sin las debidas salvaguardas, la persona podría asumir la responsabilidad de los cargos en un hecho que pudo no haber participado, o sobre el cual podría ofrecer otras defensas. Otra situación que podría poner en duda el concepto de juicio justo es aquella persona que niega tener asistencia técnica como consecuencia de un delirio de perjuicio y que considera que hay un complot en su contra organizado por su abogado/a defensor/a ¿se podría llevar adelante un juicio penal sin una defensa jurídica profesional?

Las mecanismos de salvaguarda deberán ser sólidos y eficientes para evitar situaciones de influencia indebida o potenciales abusos en los casos de personas con discapacidad intelectual o psicosocial imputadas, debido a que algunas personas

pueden tener una postura aquiescente, ser crédulas e influenciables y podrían ser persuadidas o inducidas para realizar confesiones o admitir su responsabilidad, aún en hechos en los que no participaron (Melanie Mogavero, 2020; Nigel Beail, 2002). Es por ello que mecanismos de salvaguarda que garanticen la plena comprensión y comunicación, con ajustes y apoyos, son ineludibles en el marco de un juicio criminal.

Uno de los desafíos concretos que enfrentará la implementación de los sistemas de apoyos y los ajustes al procedimiento, será sostenerlos a lo largo de todo el proceso, y que esto incluya la eventual ejecución de la pena en una prisión o el cumplimiento de reglas de conducta o las tareas comunitarias, o cualquier otra salida alternativa a la privación de libertad. En otras palabras, sería riesgoso implementar sólo ajustes de procedimientos y apoyos para llegar a una sanción, pero no sostenerlos en el cumplimiento de la misma. El concepto de juicio justo no puede limitarse a la condena, sino que debe incluir su ejecución.

En este sentido, el siguiente ejemplo puede resultar ilustrativo. Una persona con discapacidad intelectual tiene dificultades para orientarse temporalmente sin apoyos ni intermediarios. No conoce el uso de agendas ni calendarios ni viaja sólo a lugares que no conoce, recibe una suspensión de juicio a prueba, a partir de la cual debe presentarse en un determinado día y horario en un juzgado alejado de su domicilio. En ese caso, la participación de un intermediario, durante el juicio o la audiencia, como apoyo en la comprensión y comunicación es central, pero también es indispensable que la persona cuente con un apoyo efectivo después. Sin la valoración de las necesidades de apoyo de esa persona, y sin la implementación de un sistema de apoyo, el compromiso asumido se transforma en un acuerdo de imposible cumplimiento, no por las deficiencias de la persona, sino por la falta de aplicación de los apoyos que requiere. Sin embargo, el sistema penal suele poner en cabeza de la persona ese incumplimiento, y no en la inadecuada valoración de las necesidades individuales, y falta de incorporación de apoyos. Estas falencias, que no deberían ser adjudicadas a la persona, sino al Estado, finalizan con un impacto desproporcionado para la persona con discapacidad intelectual, a la cual se le privará de libertad por su falta de cumplimiento, por su rebeldía o por su incomparecencia.

Son muchos los casos en los que personas con discapacidad intelectual son detenidas por no cumplir con citaciones judiciales que no comprendieron o que no podían gestionar sin los apoyos correspondientes. En un sentido similar, es muy

frecuente que a personas con discapacidad intelectual o psicosocial que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, viviendo en calle, se les deniegue su libertad por no contar con domicilio o arraigo. En estos casos, ajustes de procedimiento, como acotar los plazos para tomar decisiones o para realizar ciertas medidas para que las personas puedan acceder a hostales o paradores u organizaciones que representan los derechos de las personas con discapacidad, podrían ser medidas tendientes a disminuir el impacto de las condiciones de la reclusión (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, Principio 3. Directriz 3.2.j).

Resulta muy ilustrativo lo señalado por Clarisa Ramos Feijoo (2013) con relación a la falta de acceso a los sistemas de apoyos previos a la detención:

(a) ser considerado un colectivo con mayor probabilidad de vulnerabilidad [se refiere a las personas con discapacidad intelectual], consideramos que debieron pasar a lo largo del desarrollo vital de estas personas una serie de dispositivos de protección social. Cabe preguntarse por la actuación de las redes de apoyo, así como los dispositivos de detección y prevención de situaciones de riesgo, y la influencia que pudieron tener para que una persona con discapacidad intelectual llegue al sistema penitenciario. Nos preguntamos si la presencia de personas con discapacidad intelectual en el sistema penitenciario pone de manifiesto que estos dispositivos han estado ausentes o han fallado en sus estrategias de integración social satisfactoria (p. 18).

En este sentido, no pueden pensarse la implementación de ajustes al procedimiento y de apoyos sólo para el sistema de justicia penal. Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial tienen el derecho a acceder a los sistemas de apoyo a lo largo de toda su vida, en los diferentes contextos que los requieran y según sus necesidades; por su parte, el Estado tiene la obligación de brindarlos. En este sentido, la implementación de un sistema de apoyos que permita la accesibilidad puede ser enmarcada dentro de la estrategia global de la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible propuesta por la Organización de Naciones Unidas (Naciones Unidas, 2015).

La incorporación de ajustes y de apoyo de manera aislada, parcial y de forma exclusiva para solventar una condena penal que se llevará en una prisión sin apoyos, sin accesibilidad ni ajustes, pueden transformarse en condiciones de detención más

gravosas y de mayor sufrimiento, que pueden convertirse en formas de trato cruel, inhumano o degradante (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, párr. 9.2.d.).

Un reto central para la implementación de ajustes de procedimiento y de apoyos es la identificación adecuada y oportuna de dichas necesidades. Diversas investigaciones en México y Argentina reportaron que la falta de identificación oportuna no permite un acceso adecuado a apoyos, ajustes, requerimientos e intervenciones especializados (Lucila Bernardini *et al.*, 2018; Ezequiel Mercurio, 2021); como por ejemplo la derivación a un servicio de salud o a dispositivos alternativos a la prisión. Asimismo, las intervenciones sociales, educativas y en salud en etapas posteriores del proceso se ven retrasadas o son inexistentes por la falta de identificación.

La falta de identificación puede deberse a la falta de un protocolo específico para la detección de personas con discapacidad intelectual en el ámbito de las comisarías y cárceles, tal como fuera descrito previamente por Jenny Talbot (2011). La implementación de ajustes de procedimientos y de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica requieren en primer lugar de una adecuada identificación de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial que se encuentran sometidas a un proceso penal (Torcuato Recover y Ines Araoz, 2014; Diana Sheinbaum y Sara Vera, 2016, p. 162; Plena Inclusión, 2018). Es por ello por lo que deberían fortalecer los mecanismos para la identificación de personas con discapacidad intelectual o psicosocial.

En consonancia con recomendaciones internacionales, se deben poner en marcha protocolos específicos para garantizar el acceso a la justicia, para lo cual se requiere mejorar la detección (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020; Keith Bradley, 2009; Susan Hayes, 2007). Estos protocolos deberían realizarse tanto al ingreso de los detenidos en la comisaría como en las cárceles. Asimismo la identificación temprana y oportuna de la discapacidad debe ser utilizada como puerta de entrada para implementar los ajustes y apoyos que pueda requerir cada persona, y no como elemento de discriminación, si bien sería deseable que los ajustes y apoyos no requieran de un diagnóstico médico. En el ámbito de la justicia penal nos encontramos en un estado muy incipiente del debate, donde se

presenta como escenario muy poco probable prescindir, en un futuro próximo, de peritajes psiquiátrico y psicológicos en esta temática.

Por lo expuesto, la sensibilización y capacitación de todos los intervinientes, incluyendo las fuerzas de seguridad, jueces, fiscales y peritos, es ineludible.¹⁰

VII. CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introdujo importantes cambios y modificaciones normativas en el ámbito del derecho civil. Los modelos basados en la sustitución de la voluntad que acompañaron en los últimos dos siglos las legislaciones sobre la curatela, la insania y la incapacidad civil dejaron a su paso modelos basados en los ajustes, apoyos y salvaguardas para la toma de decisiones que propone el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad.

Argentina y México incorporaron en sus códigos de procedimientos penales, ajustes y apoyos para el proceso, y se excluyó la suspensión por incapacidad sobreviviente por motivos de salud mental. Sin embargo, México mantuvo las medidas de seguridad para personas con el proceso suspendido o declarados inimputables. Por su parte, Argentina dio un importante avance al retirar las medidas de seguridad del código de procedimientos para personas que pudieran ser declaradas inimputables o que tuvieran un padecimiento mental sobreviniente; pero se mantuvo la posibilidad de suspender el juicio si “el imputado se encuentra en condiciones adversas de salud que no le permitan continuar su asistencia o actuación en el juicio” (Código Procesal Penal Federal, 2019, artículo 291 inciso e).

A pesar de estas modificaciones, el campo del derecho penal no ha incorporado aún el modelo social en los debates sobre la dogmática penal de la imputabilidad ni sobre la capacidad para estar en proceso. Los comentaristas mantienen miradas tradicionales sobre la incapacidad sobreviviente, y no se ha profundizado sobre la implementación de ajustes al procedimiento y el acceso a un sistema de apoyo para las personas imputadas de delitos a lo largo de todo el proceso penal.

El modelo social de la discapacidad le presenta al derecho penal interesantes retos y desafíos. Futuras investigaciones serán necesarias para conocer la implementación de este modelo en la justicia criminal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- American Psychiatric Association, (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-5*, Madrid, Médica Panamericana.
- APPELBAUM, P. S. y GRISSE, T. (1988), “Assessing Patients’ Capacities to Consent to Treatment”, *New England Journal of Medicine*, vol. 319, núm. 25, doi: [10.1056/NEJM198812223192504](https://doi.org/10.1056/NEJM198812223192504).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2006), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada el 13 de diciembre de 2006.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- BEAIL, N. (2002), “Interrogative Suggestibility, Memory and Intellectual Disability”, *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, vol. 15, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.1046/j.1468-3148.2002.00108.x>.
- BEAUCHAMP, T. y CHILDRESS, J. (1999), *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson.
- BELTRANI, A., y ZAPF, P. A. (2020), “Competence to Stand Trial and Criminalization: an Overview of the Research”, *CNS spectrums*, vol. 25, núm. 2, doi: [10.1017/S1092852919001597](https://doi.org/10.1017/S1092852919001597).
- BERNARDINI, L., MERCURIO, E., SHEINBAUM, D. (2018), “Los retos en el acceso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo de México y Buenos Aires”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 2, núm. 2, disponible en: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/109>.
- BONNIE, R. J. (1992), “The Competence of Criminal Defendants: A Theoretical Reformulation”, *Behavioral Sciences y the Law*, vol. 10, núm. 3, disponible en: <https://doi.org/10.1002/bsl.2370100303>.
- BRADLEY, K. (2009), *The Bradley Report. Lord Bradley’s review of people with mental health problems or learning disabilities in the criminal justice system*, disponible en: <https://lx.iriss.org.uk/sites/default/files/resources/The%20Bradley%20report.pdf>.
- BREGAGLIO LAZARTE, R. y RODRIGUEZ VÁSQUEZ, J. (2017), “Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano”, en Documenta, Análisis y acción para la justicia social, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*, México, Ubijus.

- BUCHANAN, A. (2006), "Competency to Stand Trial and the Seriousness of the Charge". *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 34, núm. 4.
- CASTEX, M. (2007), *Capacidad para estar en juicio*, Buenos Aires.
- CHECA GONZÁLEZ, M. (2010), *Manual Práctico de Psiquiatría Forense*, Barcelona, Elsevier.
- Código Nacional de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, (2014).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), Observación general núm. 1, CRPD/C/GC/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013), Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, CRPD/C/AUS/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2019), Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 50. del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación 32/2015, CRPD/C/22/D/32/2015.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), Comunicación 8/12, CRPD/C/11/D/8/2012.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, The right to liberty and security of persons with disabilities. Adopted during the Committee's 14th session, held in September 2015.
- Consejo de Derechos Humanos (2009), Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/10/48.
- Consejo de Derechos Humanos (2017), Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del secretario general A/HRC/34/26.
- Consejo de Europa (1953), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia, del 4 al 6 de marzo
- DARAY, R. (2019), *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.

Decreto Legislativo 1384 (2018), Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, sancionado en Perú el 4 de septiembre de 2018.

Drope V. Missouri (1975), 420, United States of America, núm. 162.

Dusky v. U.S. (1960), 362, United States of America, núm. 402.

Equipo Adajus (2012), "Los derechos de las personas con Discapacidad en situación de encierro, una política de inclusión social intramuros", en Rosales, O. (dir.), *Discapacidad, justicia y Estado. Acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Ediciones Infojus.

Equipo Adajus (2013), "Relevamiento de población con discapacidad privada de libertad dentro del Servicio Penitenciario Federal Avances de la primera etapa de investigación", en Rosales, O. (dir.), *Discapacidad, justicia y Estado, discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, Ediciones Infojus.

Eurosocial (2013), *Protocolo para el Acceso a la Justicia, Propuestas para un trato adecuado*, Colección Documentos de Política núm. 2, Área Justicia, disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5221-protocolo-para-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad>.

GARCÍA GARDUZA, I. (2015), "Apto para declarar: ¿diagnóstico psiquiátrico o médico-forense?", *Revista de la Facultad de Medicina (México)*, vol. 58, núm. 2, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0026-17422015000200005&lng=es.

GARCÍA LÓPEZ, E. y MERCURIO, E. (2019), *Psicopatología forense y justicia restaurativa: perspectivas desde el Neuroderecho*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

GARCÍA, J. C., LÓPEZ, M. D. C. V. M., y GONZÁLEZ, A. S. S. (2020), "Los derechos humanos de las personas con discapacidad mental en el sistema de justicia penal mexicano", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 4, núm. 2.

GLANCY, G. D. *et al.* (2015), "AAPL Practice Guideline for the Forensic Assessment", *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 43, núm. 2, Suppl, S3-S53, disponible en: http://jaapl.org/content/43/2_Supplement/S3.long.

GRISSE, T., y APPELBAUM, P. S. (1998), *Assessing competence to consent to treatment: A guide for physicians and other health professionals*, Oxford University Press, United States of America.

GODINEZ V., Moran (1993), 509, United States of America.

- HEGLIN, F. (2013), “La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad”, *Revista de Derecho Penal*, vol. 2, núm. 5.
- HEGLIN, M. F. (2016), “La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta”. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*.
- HEGLIN, M. F. (2017), “Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho Penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Documenta, Análisis y acción para la justicia social, Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. Ciudad de México: Ubus.
- JOSHI, J. (1989), “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 42, núm. 1.
- LA ROSA, M. y ROMERO VILLANUEVA, H. (2019), *Código Procesal Penal Federal comentado*, tomo 1, Buenos Aires, La Ley.
- Ley General de Salud, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de Salud Mental y Adicciones, Mexico, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de mayo de 2022.
- Ley 26.994 (2014), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado en Argentina el 7 de octubre de 2014.
- Ley 21.331 (2021), *Ley que establece el Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental*, publicada en Chile el 11 de mayo de 2021.
- Ley 1996, (2019), Ley que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, sancionada en Colombia el 26 de agosto de 2019.
- Ley 9379 (2016), Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, sancionada en Costa Rica el 18 de agosto de 2016.
- LIZAMA, V. y SHEINBAUM, D. (2020), “Hacia un sistema de justicia incluyente: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y psicosocial”, en Martínez, N. (Ed.), *Salud Mental Forense*, México: Tirant lo Blanch.
- MARFIL GÓMEZ, S. J. *et al.*, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Poder Judicial del estado de Yucatán.
- MATH, S. B. *et al.* (2011), Chapter 11. Fitness To Stand Trial, *Minds imprisoned: Mental health care in prisons*, Bangalore, National Institute of Mental Health Neuro Sciences.

- McNAMARA, D. M. (2018), “The Insanity Defence, Indefinite Detention and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Dublin ULJ*, vol. 41.
- MERCURIO, E. (2013), *Neurociencias y derecho penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago,
- MERCURIO, E. (2021), *¿Cuál es el futuro de la inimputabilidad? Entre las neurociencias y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disertación del 27 de agosto, Foro Internacional de Neurociencia y Derecho, organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México.
- MERCURIO, E. (2021), “Dificultades para la detección de personas con discapacidad intelectual y psicosocial detenidas por la policía en la Ciudad de Buenos Aires”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 9, núm. 1, disponible en: <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.01.06>.
- MERCURIO, E. y SCHWEIZER, V. (2013), “Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del artículo 34, inc. 10., del Código Penal Argentino”, *Revista Derecho Penal*, II, vol. 5, Infojus.
- MINKOWITZ, T. (2014), “Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead, and Beyond”, *Griffith Law Review*, vol. 23, núm. 3, disponible en: <https://doi.org/10.1080/10383441.2014.1013177>.
- MOGAVERO, M. C. (2020), An Exploratory Examination of Intellectual Disability and Mental Illness Associated with Alleged False Confessions, *Behavioral Sciences y the Law*, vol. 38, núm. 4, 299F316, disponible en: <https://doi.org/10.1002/bsl.2463>.
- MOSSMAN, D. *et al.* (2007), “AAPL Practice Guideline for the Forensic Psychiatric Evaluation of Competence to Stand Trial”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 35 (Supplement 4), S3-S72, disponible en: http://jaapl.org/content/35/Supplement_4/S3.long.
- Naciones Unidas, (2015), Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Enviada Especial del secretario general de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad (2020), *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Ginebra.
- Organización de Estados Americanos (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José).

- Organización Mundial de la Salud (2019), Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas de salud conexos (11a. ed.), disponible en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es>.
- PALACIOS, A. (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cerami.
- PÉREZ DAZA, A. (2016), *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch.
- Plena Inclusión (2020), *La persona facilitadora en procesos judiciales*. Plena Inclusión, disponible en: <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/la-persona-facilitadora-en-procesos-judiciales/>.
- Plena Inclusión (2018), *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad y del desarrollo*. Plena Inclusión, disponible en: <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/acceso-a-la-justicia-ajustes-de-procedimiento-para-personas-con-discapacidad-intelectual-o-del-desarrollo/>.
- PRAVIA, A. (2019), *Código Procesal Penal Federal, Ley 27.063 con la actualización de la ley 27.482, Comentado y Concordado*. San Miguel de Tucuman, Bibliotex.
- Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (2019), *Informe de buenas prácticas*, disponible en: <https://bit.ly/3wSCLfd>.
- RAMOS FEIJOO, C. (2013), “Las personas con discapacidad intelectual en el sistema penal-penitenciario. ¿Un fracaso de las políticas de inclusión?” *Revista Internacional de Organizaciones*, núm. 11, ISSN 1886-4171, disponible en: http://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio/article/view/.
- RECOVER, T. y ARAOZ, I. (2014), *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal. Análisis sobre la intervención de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal y el cumplimiento de condenas y medidas de privación de libertad derivadas de éste*, Madrid, FEAPS.
- ROYTMAN, E. (2020), “Kahler v. Kansas: The End of the Insanity Defense?”, 15 *Duke Journal of Constitutional Law y Public Policy Sidebar*, disponible en: https://scholarship.law.duke.edu/djclpp_sidebar/184.
- SLOBOGIN, C. (2000), “An end to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases”, *Virginia Law Review*, disponible en: <https://doi.org/10.2307/1073944>.

- SLOBOGIN, C. (2015), “Eliminating Mental Disability as a Legal Criterion in Deprivation of Liberty Cases: The Impact of the Convention on the Rights of Persons with Disability on the Insanity Defense, Civil Commitment, and Competency Law”, *Vanderbilt Public Law Research Paper*, núms. 14-23, DOI: [10.1016/j.ijlp.2015.04.011](https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.04.011).
- SHEINBAUM, D. y VERA, S. (2016), *Hacia un sistema de justicia incluyente: proceso penal y discapacidad psicosocial*. Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social.
- SILVA, D. y MIOTTO, N. (2010), “Capacidad psicofísica para estar en Juicio: «Incapacidad Sobreviniente»: Prisión domiciliaria”, *Cuadernos de Medicina Forense*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022), Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad. Mexico, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-04/Protocolo%20para%20Juzgar%20con%20Perspectiva%20de%20Discapacidad.pdf>.
- TALBOT, J. (2011), “Prisoners with Learning Disabilities and Learning Difficulties”. *Prison Service Journal*, núm. 195, disponible en: <https://www.crimeandjustice.org.uk/publications/psj/prison-service-journal-195>.
- HAYES, S. (2007), “Offenders with Learning Disabilities”, *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 35, núm. 3, disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-3156.2007.00463.x>.
- VILLAVERDE, M. S. (2021), “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Ajustes de procedimiento en contextos capacitistas”, en Villaverde, M. S. *et al.*, *Adajus, a 10 años de su creación. Acceso a la justicia para personas con discapacidad*, Buenos Aires, Infojus.
- WILSON, V. U.S. (D.C. Cir. 1968), 391 F.2d 460.
- ZAPF, P. A., Roesch, R., y Pirelli, G. (2013), “Assessing competency to stand trial”, en Weiner, I y Otto, R., *The Handbook of Forensic Psychology*, New Jersey, Willey.

* ORCID: [0000-0002-0521-6981](https://orcid.org/0000-0002-0521-6981). Magister en Criminología y Ciencias Forenses. Correo electrónico: ezequielmercurio@gmail.com.

¹ Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:
4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean

proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

² Artículo 67. Presunta inimputabilidad en el momento del hecho. Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía alguna alteración mental que le impidiera comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sus derechos de parte serán ejercidos por el defensor particular o, en su defecto, por el defensor público, con los apoyos y ajustes razonables que fueran necesarios, con comunicación al curador, si lo hubiere.

Si el imputado fuere menor de dieciocho (18) años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor, ello sin perjuicio de la intervención que prevea la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En caso de que se dictara el sobreseimiento por inimputabilidad, se deberán analizar en forma previa las causales en el orden dispuesto en el artículo 269. Si correspondiere, se dará intervención a la Justicia Civil a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo con la legislación específica en salud mental.

Artículo 68. Padecimiento mental sobreviniente. Si durante el proceso sobreviniere un padecimiento mental que restringiere la capacidad del imputado, el juez establecerá los apoyos y los ajustes razonables que sean necesarios, incluyendo el establecimiento de plazos especiales para el desarrollo del proceso, según el momento en que se produzca, sin perjuicio de que se lleven a cabo los actos para la averiguación del hecho que no requieran su presencia o se prosiga aquél contra los demás imputados.

Se comunicará al juez en lo civil y al defensor particular o, en su defecto, al defensor público, la situación del imputado, a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo a la legislación específica.

³ Artículo 10: Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.

⁴ Artículo 414. Procedimiento para la aplicación de ajustes razonables en la audiencia inicial.

Si en el curso de la audiencia inicial, aparecen indicios de que el imputado está en alguno de los supuestos de inimputabilidad previstos en la Parte General del Código Penal aplicable, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez de control que ordene la práctica de peritajes que determinen si efectivamente es inimputable y en caso de serlo, si la inimputabilidad es permanente o transitoria y, en su caso, si ésta fue provocada por el imputado. La audiencia continuará con las mismas reglas generales, pero se proveerán los ajustes razonables que determine el Juez de control para garantizar el acceso a la justicia de la persona.

En los casos en que la persona se encuentre retenida, el Ministerio Público deberá aplicar ajustes razonables para evitar un mayor grado de vulnerabilidad y el respeto a su integridad personal. Para tales efectos, estará en posibilidad de solicitar la práctica de aquellos peritajes que permitan determinar el tipo de inimputabilidad que tuviere, así como si ésta es permanente o transitoria y, si es posible definir si fue provocada por el propio retenido.

⁵ Artículo 416. Ajustes al procedimiento.

Si se determina el estado de inimputabilidad del sujeto, el procedimiento ordinario se aplicará observando las reglas generales del debido proceso con los ajustes del procedimiento que en el caso concreto acuerde el Juez de control, escuchando al Ministerio Público y al Defensor, con el objeto de acreditar la participación de la persona inimputable en el hecho atribuido y, en su caso, determinar la aplicación de las medidas de seguridad que se estimen pertinentes.

En caso de que el estado de inimputabilidad cese, se continuará con el procedimiento ordinario sin los ajustes respectivos.

⁶ Artículo 417. Medidas cautelares aplicables a inimputables.

Se podrán imponer medidas cautelares a personas inimputables, de conformidad con las reglas del proceso ordinario, con los ajustes del procedimiento que disponga el Juez de control para el caso en que resulte procedente.

El solo hecho de ser imputable no será razón suficiente para imponer medidas cautelares.

⁷ Incapacidad. Artículo 76. Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hacía inimputable, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros. En tal caso, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o si no lo hubiere, por el defensor oficial, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados. Si el imputado fuere menor de dieciocho (18) años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor.

Incapacidad sobreviniente Artículo 77. Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión

del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados.

⁸ El trastorno amnésico es un cuadro que se caracteriza por una afectación en la memoria, que se acompaña de un déficit en la adquisición, aprendizaje y/o retención de nueva información, y puede incluir la incapacidad de recordar información previamente aprendida.

⁹ El trastorno cognitivo mayor es un cuadro caracterizado por un declive significativo comparado al nivel previo en uno o más dominios cognitivos, que interfiere en la autonomía de las actividades cotidianas.

¹⁰ En el ámbito iberoamericano existen interesantes iniciativas en este sentido. Se recomienda ver Recover, T. y Araoz, I. (2014). Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal. Análisis sobre la intervención de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal y el cumplimiento de condenas y medidas de privación de libertad derivadas de éste, Madrid, FEAPS; Plena Inclusión (2018), Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad y del desarrollo, Madrid, Plena Inclusión.

La Defensoría General de la Nación (Argentina), a través de su área de Capacitación, desarrolló actividades específicas de formación y sensibilización sobre la importancia de la identificación temprana de personas con discapacidad intelectual en el ámbito de la justicia penal para defensores y defensoras públicos. Se desarrolló un programa piloto con defensores y defensoras que actúan en el proceso de flagrancia, y se brindó una guía de preguntas que se recomiendan realizar durante las entrevistas con las personas privadas de Libertad, con el objetivo de obtener datos que puedan orientar a una sospecha fundada de que una persona puede tener una discapacidad intelectual. Los resultados del programa han sido exitosos. Los abogados y abogadas defensores que transcurrieron en dicho programa mejoraron su nivel de sospecha y identificación de personas con discapacidad intelectual.