

**VOTO CONCURRENTENTE DEL
JUEZ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

**EN LA SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2021
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

EN EL GUACHALÁ CHIMBO Y OTROS VS. ECUADOR

I. La desaparición forzada de personas requiere la concurrencia de tres elementos: 1) privación de libertad; 2) intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos; 3) negativa a reconocer la detención o a revelar la suerte o el paradero de la víctima.

Adelanto mi opinión en el sentido de que los tres elementos concurren en el presente caso y, por ende, corresponde considerar que se trata de una desaparición forzada de persona.

1. Privación de libertad. La víctima se hallaba en un establecimiento psiquiátrico, o sea, en un manicomio. Es sabido sobradamente que la psiquiatría reconoce una historia tenebrosa, que ha dado lugar en el último medio siglo a un cambio radical de paradigma teórico y práctico, a partir del llamado movimiento de desmanicomialización, acerca del cual existe amplia literatura (entre muchos, Stroman, Duane, *The Disability Rights Movement: From Deinstitutionalization to Self-determination*, University Press of America, 2003; Basaglia, Franco, *La institución negada. Informe de un hospital psiquiátrico*, Barral Editores, Barcelona, 1970; Basaglia, F. - Langer, M. - Caruso I y otros, *Razón, locura y sociedad, Siglo XXI*, Buenos Aires, 1979; Basaglia, Franco, *La mayoría marginada*, Ed. Loia, Barcelona, 1973; Guattari, F., *La intervención institucional*, Folios, México, 1967; Szasz, T., *Esquizofrenia*, Premiá, México, 1979).

Este movimiento se ha traducido en numerosas reformas legislativas en los diferentes países, reguladoras del "llamado derecho psiquiátrico" que, en general, tiene por objeto evitar que, so pretexto de "tutela", se ejerza en la práctica un control de conducta paralelo al punitivo e incluso con ribetes de mayor crueldad, con tratamientos invasivos, privaciones arbitrarias de libertad e incluso torturas.

También en estas décadas, en varios de nuestros países se ha reconocido el derecho de pacientes psiquiátricos internados a ser amparados por acciones de "hábeas corpus" y análogas de tutela de la libertad individual. No puede desconocerse que los pacientes psiquiátricos internados se hallan en condiciones de mucha mayor vulnerabilidad e indefensión que las personas privadas de libertad en cárceles y prisiones, por lo cual se deben reforzar a su respecto las medidas de protección del derecho interno.

La situación anterior de racionalización de abusos contra la libertad y la salud mediante discursos terapéuticos alcanzó extremos peligrosos incluso para la libertad política, cuando la psiquiatría fue manipulada para patologizar a opositores y disidentes, como sucedió con la psiquiatría soviética, pero también con la patologización de la sexualidad no binaria y con la supervivencia de la tesis de la degeneración de Morel, sostenida en algunos países hasta entrado el siglo pasado. Si bien la "antipsiquiatría" fue una corriente extrema, sirvió para llamar la atención sobre la situación de las personas privadas de libertad en los manicomios (por ejemplo, Szasz, T., *La fabricación de la locura. Estudio comparativo de la Inquisición y el movimiento en defensa de la salud mental*, Kairós, Barcelona, 1981). En la sociología norteamericana marcó un hito hace sesenta años la famosa investigación del interaccionista de la escuela de Chicago, Erving Goffman (*Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961) y su consiguiente elaboración del concepto de "institución total".

La circunstancia de que la víctima de este caso no se hallase en un establecimiento "cerrado", en el sentido de que los pacientes no tenían impedida la salida del manicomio, no significa que no haya estado privado de libertad, como tampoco es significativo a este respecto que a ese establecimiento hubiese ingresado voluntariamente o con consentimiento de la madre: la víctima, en este caso concreto, se

hallaba efectivamente privada de su libertad, pese a tratarse de un establecimiento "abierto".

Es sabido que desde hace varias décadas han dejado de emplearse las celdas acolchadas, los chalecos de fuerza y las duchas heladas, porque han devenido innecesarios con el uso de los psicofármacos, lo que se evidencia en la misma jerga psiquiátrica cuando se refiere a estos últimos como el "chaleco químico". En toda la doctrina y jurisprudencia penales de nuestros países e incluso en algunos códigos en forma expresa, con toda razón, se equipara el suministro de drogas incapacitantes a la violencia física a los efectos de la coerción y otros delitos contra la libertad.

Está probado y ha quedado claro en la audiencia que la víctima se hallaba medicada con una exagerada dosis de sedantes, es decir, que se hallaba bajo los efectos de drogas incapacitantes o "chaleco químico" que, conforme a la antes mencionada equiparación racional de leyes, doctrina y jurisprudencia, tienen el mismo efecto fáctico y jurídico que si hubiese estado esposado o atado a su cama.

Bajo semejante cantidad de psicofármacos la persona se halla - al menos- sumamente limitada en sus movimientos, sin contar con los efectos psíquicos sobre su actividad consciente y el correcto funcionamiento del sensorio, lo que equivale a decir que se halla privada de su libertad, por mucho que el establecimiento no fuese "cerrado".

La libertad de la persona se limita o suprime tanto por medios físicos como químicos y, en el presente caso la víctima se hallaba claramente privada de libertad por medios químicos, según la alta dosis prescrita por la médica tratante y que nada hace suponer que no le haya sido suministrada, máxime cuando es práctica conocida que se suele sedar a los pacientes psiquiátricos en los manicomios con gran generosidad para evitar que "molesten".

2) Intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos. El establecimiento en que la víctima se hallaba privada de

libertad era público y los médicos y el personal eran funcionarios públicos, lo que está fuera de toda duda en el caso.

El concepto jurídico de desaparición forzada de personas no exige que los funcionarios públicos hubiesen privado de libertad con el dolo de hacer desaparecer a la persona. Es sabido que en muchos casos ampliamente conocidos este dolo "ab initio" no existe. Son muchísimos los clarísimos supuestos de estas violaciones a Derechos Humanos sin ningún dolo "ab initio". El dolo que se exige en los funcionarios es "ex post factum", o sea, subsecuente a lo que haya sucedido con la víctima y que se ignora.

En el caso es claro que hubo una persona privada de libertad, que esa privación de libertad fue por obra de funcionarios estatales y que la persona desapareció.

3) Negativa a reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la víctima. Que la víctima salió del establecimiento no está probado y, además, en las condiciones en que se hallaba, bajo el efecto de fuertes dosis de psicofármacos, es decir, privada de libertad o al menos en gran medida impedida de moverse con libertad y plena consciencia, es prácticamente inverosímil que haya salido del establecimiento y que, además, lo haya hecho sin que su torpeza de movimientos hubiese llamado la atención de nadie o que nadie haya notado que salía una persona en esas condiciones. No hay ningún testigo que haya visto la pretendida salida ni ninguna constancia escrita al respecto, se trata sólo de la simple aseveración del propio personal que la mantenía privada de libertad, que dice que no la vio más.

Más inverosímil aún es que haya podido en tales condiciones ir demasiado lejos y ocultarse hasta el presente, no sólo por las particulares condiciones en que se hallaba por efecto de los psicofármacos, sino incluso por su deterioro anterior y por la dependencia en que vivía respecto de sus familiares. Más significativo aún resulta que no haya podido verlo su madre y que haya sufrido un

traumatismo que requirió una sutura sin que se precise su entidad, aunque al parecer sería frontal.

Se sabe que es imposible obtener la llamada "prueba negativa", que en este caso sería la prueba de que no salió del manicomio. Si ante la mera afirmación de los funcionarios públicos que la mantenían privada de libertad, diciendo sin mayores detalles que la persona desaparecida "salió", hubiese que descartar la desaparición forzada de cualquier persona privada de libertad, nunca se podría probar esta violación de Derechos Humanos y tampoco el correspondiente delito, porque es la alegación más comúnmente usada en estos casos.

Por ende, en cada caso es menester evaluar las circunstancias particulares que hagan más o menos verosímil la versión de la "salida" y, en el caso concreto, todos los indicios, marcadamente graves, precisos y concordantes, convergen en la escasísima probabilidad de confirmar esa hipótesis, que no pasa de un mero dicho de quienes supuestamente serían los primeros sospechosos. Por otra parte, el Estado no interrogó a otros pacientes ni al personal del manicomio para requerirle más precisiones sobre la supuesta "salida".

En el presente caso todo indica que lo más probable es que "no haya salido". Al no existir prueba alguna mínimamente seria de su pretendida "salida" que, además, es remotamente probable, se genera una duda que da lugar a la hipótesis de que, entre los funcionarios habrá alguno o algunos que sepan qué sucedió y puedan dar cuenta de lo acontecido con la víctima. Esos funcionarios estarían actuando con dolo, precisamente, el dolo de no revelar la suerte o el paradero de la víctima, por lo que antes señalé que en modo alguno se requiere en la figura un dolo "ab initio", sino que es un dolo "ex post factum" respecto de lo que realmente haya sucedido a la víctima y que se ignora, puesto que de conocerse se excluiría esta figura. Estos funcionarios no han sido indagados por el Estado en ningún momento, pues con la simple alegación de la "salida" el Estado se limitó a buscar fuera del manicomio

a un paciente epiléptico, deteriorado por reiteradas crisis sin medicación y bajo los efectos de psicofármacos.

La figura de desaparición forzada de persona no presume ningún dolo precedente a lo que haya sucedido a la víctima ni tampoco respecto de cualquier mal eventual que hubiese sufrido ésta, que es precisamente lo que se desconoce, sino que la objetividad típica se completa subjetivamente con el dolo de omitir revelar la suerte o paradero a la víctima, es decir la voluntad dirigida a sostener en el tiempo la incerteza acerca del destino o paradero de la persona.

En el caso, existen serios indicios de que alguno de los funcionarios lo sabe y omite dolosamente hasta el presente la revelación de lo sucedido, por lo que corresponde que el Estado investigue esa hipótesis que no investigó, demostrando al menos una extrema negligencia, debiendo hacerlo ahora, pese al tiempo transcurrido y a la inevitable dispersión de pruebas que eso conlleva.

II. En razón de lo anterior, la desaparición forzada no es un delito instantáneo, sino permanente o continuo, es decir que tiene un estado consumativo que, tratándose de una omisión, comienza en el momento en que surge el deber de actuar del sujeto activo, o sea, el deber de dar cuenta del paradero o destino de la persona, y se extingue en el momento en que se tiene conocimiento de eso. Hasta que no se produzca este último efecto no comienza a correr la prescripción de la acción penal por el delito de desaparición forzada, de modo que, en el presente caso, el Estado tiene la obligación de investigar y en su caso procesar y penar a sus autores.

Incluso en los casos en que con mucha posterioridad al momento de la desaparición se encuentran datos que permiten probar la muerte de la víctima, lo que eventualmente estaría prescripto sería el posible delito de homicidio, salvo que disposiciones de derecho internacional o nacional dispongan su imprescriptibilidad, pero no el de desaparición forzada, porque a su respecto la prescripción de la acción penal

justamente comenzaría a correr desde el momento en que se conoce la muerte.

III. Considero que la calificación como delito de desaparición forzada de persona es indispensable en el presente caso, porque en cualquier otro supuesto análogo de personas desaparecidas después de haber estado privadas de libertad en manicomios, pero cometido en el marco de una práctica sistemática, no podría ser declarado delito de lesa humanidad, lo que resultaría extremadamente preocupante.

Este hecho, por no corresponder a una práctica sistemática, no puede ser considerado un delito de lesa humanidad, pero lo grave es que, de no calificarlo como desaparición forzada, si se hubiese dado en el marco de una práctica sistemática, tampoco sería un delito de lesa humanidad, olvidando que no es la práctica sistemática lo que conceptúa la desaparición forzada, sino lo que otorga a ésta el carácter de delito de lesa humanidad: de no existir la especie, no podría existir el género.

Esta consecuencia entiendo que es indispensable evitarla, sencillamente porque de lo contrario, respecto de desapariciones forzadas en manicomios, perdería toda eficacia lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la ONU de 2006 y por todas las otras normativas internacionales concordantes.

IV. Formulo el presente voto concurrente porque de la atenta lectura del texto de la sentencia, en verdad resulta que se reconocen en el hecho todos los caracteres y se le asignan también todas las consecuencias jurídicas de la desaparición forzada de personas, pero se omite hacer expresa esa calificación.

Entiendo que cuando un ente presenta todos los caracteres y consecuencias que corresponden a ese ente, conforme al principio de identidad sostenido en lógica desde tiempos de Parménides y seguido por Aristóteles, se trata del mismo ente ($A = A$), por lo cual considero

que es menester aclararlo, ratificando la jurisprudencia anterior de esta Corte y en garantía de la eficacia de la vigente normativa internacional sobre desaparición forzada de personas en casos de desapariciones de pacientes psiquiátricos privados de libertad en establecimientos públicos.

En razón de lo expuesto formulo el presente voto concurrente con la anterior aclaración.

Eugenio Raúl Zaffaroni
Juez