

Psiquiatria forense en
el derecho penal
T I

Cabello Vicente

VICENTE P. CABELLO

Ex profesor de Psiquiatría Forense en la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ex profesor de Criminología y Psiquiatría Forense de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Ex médico forense y ex Decano del cuerpo médico forense de la Justicia Nacional. Profesor de Criminología en la Escuela Superior de la Policía Federal Argentina. Profesor de Psicopatología Forense, curso de posgraduados de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador. Ex jefe de servicios del Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda.

Psiquiatría forense

en el

derecho penal

Doctrina. Jurisprudencia. Pericias

Tomo 1



editorial
HAMMURABI

©

EDITORIAL HAMMURABI S. R. L.

Talcahuano 481 - 4º Piso - T.E. 35-3586/35-8526

1013 - Buenos Aires

Todos los derechos reservados

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

IMPRESO EN LA ARGENTINA

PSIQUIATRÍA FORENSE EN EL DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

- Tomo I *Nociones básicas en relación con la psiquiatría forense.* Generalidades. De las pericias y de los peritos. Procedimiento pericial. *Responsabilidad penal del enfermo mental.* Conceptos básicos. Análisis de la estructura dinámica de la responsabilidad penal (presupuestos de responsabilidad penal). De la imputabilidad en el Código Penal argentino. *Teoría de la enfermedad mental.* Alteración morbosa de las facultades. Introducción al problema conceptual de enfermedad mental. Nuestra definición de enfermedad mental. EN APÉNDICE: *Temas que guardan afinidad con intereses jurídico-criminológicos.* I. Imputabilidad disminuida (problema exclusivamente jurídico pero de neta raigambre psiquiátrica). II. Peligrosidad penal de los enfermos mentales. La fórmula de los cinco elementos. III. Impulsividad criminal. IV. Método dinámico experimental (estimulación eléctrica del cerebro). V. Psicogénesis delictiva. VI. Los tests psicológicos. VII. La función del perito médico en el juicio oral.

PARTE ESPECIAL

- Tomo II *Estados de inconsciencia.* Introducción. Conciencia. Enfoque global de los estados de inconsciencia (1. Inconsciencia normal. 2. Inconsciencia patológica). *Etiología de los estados de inconsciencia:* Alcoholismo. Epilepsia. Emoción violenta. Trastorno mental transitorio (Ebriedad del sueño. Estado crepuscular hípnic. Sugestión. Histeria).
- Tomo III En preparación.
- Tomo IV En preparación.

Al cuerpo médico forense de la justicia nacional, donde se acunó mi vocación por el derecho.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	25
---------------	----

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

PARTE PRIMERA

NOCIONES BÁSICAS EN RELACIÓN CON LA PSIQUIATRÍA FORENSE

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

§ 1. Psiquiatría forense penal. Concepto, teoría y práctica	31
Psiquiatría y psicopatología	32
§ 2. Enciclopedia criminológica y psiquiatría forense penal.	
Su ubicación y parentesco	34
§ 3. Criminología	34
§ 4. Contribución de las disciplinas criminológicas en la “praxis” del derecho penal	35
§ 5. El derecho: nociones fundamentales	36
§ 6. Concepto y delimitación del derecho penal	38

§ 7.	Realización y ejecución del derecho penal	40
§ 8.	La ley penal: fuentes del derecho penal	41
§ 9.	Principios fundamentales para su interpretación	42
§ 10.	Política criminal: escuelas penales	44
§ 11.	Método de la ciencia del derecho penal: la dogmática	46
§ 12.	Teoría jurídica del delito	47
§ 13.	Ausencia de delito	50
§ 14.	Metodología de la psiquiatría forense	52
§ 15.	Anatemas contra el método deductivo	52
§ 16.	Especialización psiquiátrica en el cuerpo médico fo- rense de la justicia nacional	54
	a) Argumentos médicos	54
	b) Argumentos legales	55
	c) Derecho de defensa en juicio	55
	d) Argumentos técnicos	56
	<i>Bibliografía especial</i>	57

CAPÍTULO II

DE LAS PERICIAS Y DE LOS PERITOS

.....	59	
§ 17.	La prueba pericial: su jerarquización jurídica. El dic- tamen psiquiátrico en materia de inimputabilidad. Su finalidad	60
§ 18.	El crédito del peritaje psiquiátrico	61
§ 19.	Disparidad de los dictámenes	62
§ 20.	Algunas reflexiones sobre las pericias y los peritos	62
§ 21.	Vocación humanista del perito	63
§ 22.	La elocuencia del estilo	63

§ 23. Los pseudo-psiquiatras	64
§ 24. Otros factores que contribuyen al descrédito pericial	65
§ 25. Remisión del procesado a la unidad penitenciaria (U. 20)	65
§ 26. La “egorragia” y el “divismo”	67
§ 27. Ubicación correcta del perito psiquiatra	67
Naturaleza jurídica de la prueba pericial (El perito no es un testigo, sea calificado o no)	68
Distinción entre perito y testigo	70
§ 28. Neutralidad pericial y dificultad de conservarla	71
§ 29. Estimación de la prueba pericial	71
§ 30. La consulta del expediente	72
§ 31. Lo que no debe hacer el juez	73
§ 32. Relaciones entre juristas y psiquiatras	75
§ 33. Discordia entre derecho y psiquiatría. Conflicto de perspectivas y valores	76
§ 34. Cultura psiquiátrica de los penalistas	78
§ 35. Clases de peritos	78
§ 36. El médico forense tiene carácter de “funcionario público”	79
§ 37. Peritos de oficio	80
§ 38. Razones de la innecesariedad de la inscripción en Cámara de los peritos de parte	80
§ 39. Cultura penal de los psiquiatras	81
§ 40. Acotaciones de interés pericial relacionadas con artículos del Código de Procedimientos en Materia Penal y del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires	82
Jurisprudencia	82
La presentación del informe pericial	84

Historia clínica (documento privado)	85
Certificado médico	85
Honorarios	86
Última reforma del Código de Procedimientos en Materia Penal relacionada con la actuación de peritos	86
§ 41. Modelo de trato igualitario entre peritos de parte	89
<i>Bibliografía especial</i>	91

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO PERICIAL

§ 42. Régimen de trabajo	93
§ 43. Composición del dictamen psiquiátrico forense	94
a) Capítulo expositivo	95
1. Electroencefalografía	95
2. Informe psicológico o pruebas psicotécnicas ..	96
3. Informes sociocultural y antropológico	96
1) Estado mental del procesado en el momen- to del hecho	96
2) Estudio del hecho, antecedentes y circuns- tancias que lo rodearon	97
b) Consideraciones médico-legales	97
1. Diagnóstico clínico	97
2. Tipificación del delito a través de sus notas so- bresalientes	97
3. Operación psicogenética	97
4. Traslado del material criminológico al terreno jurídico penal	98

5. Juicio de peligrosidad 98

 c) Conclusiones 98

§ 44. Impugnación de peritos. Errores y falso testimonio .. 98

§ 45. Cooperación entre el perito de parte y el letrado patrocinante 99

§ 46. Retención en domicilio, sanatorio u hospital y los exámenes de los médicos forenses 100

§ 47. Notificación a los peritos oficiales 100

PARTE SEGUNDA

RESPONSABILIDAD PENAL DEL ENFERMO MENTAL

CAPÍTULO IV

CONCEPTOS BÁSICOS

§ 48. Introducción 105

 a) Escuela clásica 106

 b) Escuela positiva 107

§ 49. El hombre es un ser responsable 107

§ 50. Concepto de responsabilidad penal 110

§ 51. Fundamentos psiquiátricos-filosóficos de la responsabilidad penal 110

Bibliografía especial 111

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DINÁMICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

(Presupuestos de la responsabilidad penal)

..... 113

§ 52. Presupuesto objetivo 113

<i>a)</i>	Antijuridicidad	114
<i>b)</i>	Causas de justificación	114
1º)	Estado de necesidad	115
2º)	Cumplimiento de deberes	115
3º)	Legítima defensa	115
§ 53.	Presupuesto subjetivo	115
<i>a)</i>	Imputabilidad y culpabilidad: relaciones y diferencias	115
<i>b)</i>	Concepto genérico de imputabilidad	116
§ 54.	Criminología e imputabilidad	117
	Símil físico de la imputabilidad	118
§ 55.	Imputabilidad legal. Sistemas que la regulan	118
<i>a)</i>	Psiquiátrico puro	119
<i>b)</i>	Exclusivamente psicológico	120
<i>c)</i>	Psiquiátrico-psicológico-jurídico	122
	Consecuencias de la fórmula	123
1.	Rechazo de todo razonamiento apriorístico deductivo	123
2.	Estructura unitaria de la fórmula	123
3.	Función calificadora y condicionante del apéndice psicológico	123
§ 56.	De la culpabilidad en general	125
<i>a)</i>	Concepto	125
<i>b)</i>	La investigación de la imputabilidad es previa y eliminatoria	126
<i>c)</i>	Características funcionales de la culpabilidad	126
<i>d)</i>	Diferencias con las causas de justificación, que sabemos suprimen la ilicitud	126
<i>e)</i>	Causas que excluyen la culpabilidad	127
1.	El error	127
2.	La coacción	127

§ 57. De la culpabilidad en particular. Especies de culpabilidad	128
a) El dolo	129
1. Teoría de la voluntad del resultado	129
2. Teoría de la representación o previsión	129
3. Teoría del asentimiento	130
b) El dolo eventual	131
c) La culpa	132
<i>Bibliografía especial</i>	133

CAPÍTULO VI

DE LA IMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO
PENAL ARGENTINO

§ 58. El artículo 34, inciso 1º del Código Penal	135
§ 59. Antecedentes legislativos	136
§ 60. Concepto de facultades	137
§ 61. Nomenclatura	138
§ 62. Composición tripartita del apartado biológico	139
<i>Bibliografía especial</i>	141

PARTE TERCERA

TEORÍA DE LA ENFERMEDAD MENTAL

CAPÍTULO VII

ALTERACIÓN MORBOSA DE LAS FACULTADES

§ 63. Necesidad de investigar el concepto: "alteración morbosa de las facultades". Tesis en pugna	145
§ 64. Tesis alienista: análisis y crítica	146

§ 65.	Concepto psiquiátrico de alienación. Discrepancias en la escuela francesa, de donde proviene	147
§ 66.	El traslado del concepto de alienación al campo penal. Sus consecuencias	150
	a) Primera consecuencia	150
	b) Segunda consecuencia	151
	c) Tercera consecuencia	151
§ 67.	Tesis nosológica	151
	<i>Bibliografía especial</i>	152

CAPÍTULO VIII

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA CONCEPTUAL DE ENFERMEDAD MENTAL

.....		153
§ 68.	Referencias informativas acerca de la enfermedad mental	155
§ 69.	Connotaciones epistemológicas con respecto a la enfermedad mental	155
§ 70.	Requisitos de la definición	156
	a) Definición notativa	156
	b) Definición esencial	157
	c) Definición cerrada o abierta	157
§ 71.	Parámetros del concepto de enfermedad mental: biológico y cultural. Sus autores representativos	157
	a) Parámetro biológico	158
	b) Parámetro cultural	159
	1. Criterio social de los rendimientos	159
	2. Relativismo cultural	159
	3. Criterio normativo	160
	4. Criterio valorativo	161

§ 72. Proyección del concepto médico de enfermedad mental al campo jurídico penal	163
<i>Bibliografía especial</i>	165

CAPÍTULO IX

NUESTRA DEFINICIÓN DE ENFERMEDAD MENTAL

.....	167
a) El proceso	168
b) La sintomatología	170
1. Faz subjetiva de los síntomas psíquicos	171
2. Faz objetiva de los síntomas psíquicos	172
3. Enumeración sintomatológica	172
4. Síndromes mentales	172
c) La causalidad	173
d) Alteraciones de la personalidad: disvalor social ..	174

A P É N D I C E

TEMAS QUE GUARDAN AFINIDAD
CON INTERESES JURÍDICO-CRIMINOLÓGICOS

I

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

(Problema exclusivamente jurídico pero
de neta raigambre psiquiátrica)

§ 73. Introducción	179
§ 74. Origen del problema	180
§ 75. Aspecto psiquiátrico	181

a)	Defecto institucional	182
b)	Principio de la transición gradual de los cuadros mentales	183
§ 76.	Método personalista	184
a)	Como ser personal y único	184
b)	La personalidad como un todo indiviso	184
c)	Inconvenientes de la pluralidad diagnóstica	185
§ 77.	La enfermedad mental es un concepto cualitativo: en su forma puede medirse, en su esencia debe calificarse	185
§ 78.	Traslado del concepto de semialienación al terreno jurídico	186
§ 79.	Aspecto psiquiátrico-forense del problema	187
§ 80.	Antinomia jurídica en las teorías de la pena	188
§ 81.	Derecho penal de culpabilidad	190
§ 82.	Derecho penal de peligrosidad	190
§ 83.	Sistemas unitarios y sistemas pluralistas	191
§ 84.	Ejemplos ilustrativos	193
a)	Ley 20.771 (toxicomanías), art. 9º	193
b)	Anteproyecto Soler, arts. 24 y 25; 86 y 87	194
c)	Proyecto redactado por la Subcomisión de reformas del Código Penal, Cámara de Diputados, 1974-1975	196
§ 85.	La imputabilidad disminuida en la legislación extranjera	197
§ 86.	La imputabilidad disminuida en nuestro país	198
§ 87.	Consideraciones finales	200
	<i>Bibliografía especial</i>	202

II

PELIGROSIDAD PENAL DE LOS ENFERMOS MENTALES. LA FÓRMULA DE LOS CINCO ELEMENTOS

§ 88.	Necesidad de distinguir las penas de las medidas de seguridad; clasificación de éstas	203
-------	---	-----

Algunas características de las medidas de seguridad ..	204
Medidas de seguridad curativas	204
Objeto de las medidas de seguridad curativas	205
§ 89. Naturaleza y carácter de la peligrosidad sobre la que debemos informar	205
Estructura y fórmula de la peligrosidad médico-legal	206
§ 90. Diagnóstico psiquiátrico-forense de la peligrosidad. La fórmula de los cinco elementos	208
a) La personalidad del enfermo	210
b) Naturaleza y carácter de la enfermedad mental que padece	211
c) Momento evolutivo de la afección	211
d) La gravedad del delito	211
e) Condiciones mesológicas	212
§ 91. Problema de la curación	212
En el terreno doctrinario y jurisprudencial	214
§ 92. Carácter incierto del juicio médico de peligrosidad ..	215
§ 93. El juicio médico de peligrosidad se acerca más a un diagnóstico que a un pronóstico	216
§ 94. La liberación condicionada del enfermo psíquico no es procedente en el fuero penal	219
Jurisprudencia	221
<i>Bibliografía especial</i>	222

III

IMPULSIVIDAD CRIMINAL

(Dicotomía funcional del apéndice psicológico del art. 34, inc. 1º
del Código Penal.. Acciones de corto circuito de Kretschmer.
Revisión crítica. Valoración forense)

§ 95. Preliminares	223
§ 96. Las impulsiones motrices puras, a reflejo directo	226

§ 97.	Las impulsiones psicomotrices	226
	a) En personas normales	227
	b) Trascendencia forense	227
§ 98.	Dicotomía funcional del apéndice psicológico del art. 34, inc. 1º del Código Penal	228
	a) En las personalidades psicopáticas	228
	b) En los posencefalíticos y posconmocionados de cráneo	229
	Valoración psiquiátrico-forense	230
	c) En las neurosis compulsivas	231
	d) En las acciones de corto circuito de Kretschmer	232
§ 99.	Concepto de esta categoría psiquiátrica de Kretschmer	232
	Un fallo judicial donde se critican las acciones de corto circuito como factor de inimputabilidad	234
§ 100.	Consideraciones finales	235
	Pericia	239
	<i>Bibliografía especial</i>	247

IV

MÉTODO DINÁMICO EXPERIMENTAL

(Estimulación eléctrica del cerebro)

.....	249	
§ 101.	Introducción	250
§ 102.	Tesis cultural	250
§ 103.	Tesis bióloga	251
§ 104.	Hacia la exploración y estudio experimental del cerebro humano	252
	a) El método de la electroestimulación (electrical stimulation of the brain)	252
	b) Correlaciones estructurales encefálicas y tipos de conducta	253

§ 105. Respuesta funcional de los centros electrónicamente estimulados	253
a) Centros del apetito	253
b) Centros de la agresividad colérica y de la manse- dumbre	253
c) Estructura cerebral integrativa del carácter y la conducta social; dictadura y democracia	254
d) Centros del placer; felicidad eléctrica	254
e) Centros de la impulsividad	255
f) Centros de orientación sexual	255
g) Centros del miedo	256
h) Centros del sueño y la vigilia	256
i) Centro del dolor	256
§ 106. ¿Se podrá en el futuro controlar la mente?	257
<i>Bibliografía especial</i>	258

V

PSICOGÉNESIS DELICTIVA

a) Unidad	261
b) Pertenencia	262
c) Continuidad	262

VI

LOS TESTS PSICOLÓGICOS

§ 107. Introducción	265
§ 108. Clasificación de las pruebas psicotécnicas	266

§ 109.	Aplicación y objetivo de algunos tests psicológicos ..	266
§ 110.	Test gestáltico visomotor	267
§ 111.	Escala de inteligencia de Wechsler	269
§ 112.	Test de matrices progresivas	270
§ 113.	Psicodiagnóstico miokinético	271
§ 114.	Test de relaciones objetales	272
§ 115.	Test de la figura humana	273
§ 116.	Test H.T.P. (casa, árbol, persona)	274
§ 117.	Test de apercepción temática	275
§ 118.	Test de Rorschach	276
§ 119.	La primer entrevista psicológica	279
§ 120.	Elaboración del psicodiagnóstico	280
§ 121.	Modelo de presentación del informe psicológico	280
§ 122.	Guía para la utilización de determinados tests, en relación con los objetos a explorar	281
§ 123.	Consideraciones finales	283
	<i>Bibliografía especial</i>	284

VII

LA FUNCIÓN DEL PERITO MEDICO EN EL JUICIO ORAL

§ 124.	Introducción	285
§ 125.	Procedimiento oral y procedimiento escrito	286
§ 126.	El perito médico en el plenario	291
	a) El informe escrito	292
	b) El informe oral	292

PROLOGO

Un aliento interior ha gestado esta obra: la esperanza de que se constituya en un modesto prólogo de la Psiquiatría Forense del futuro. De ese futuro donde el encuentro de la psiquiatría con el derecho penal represente fielmente las ciencias del hombre.

Nos marcaron el rumbo dos condiciones previas: el estudio profundizado de los trastornos mentales y el interés por el derecho.

Superado el binomio enunciado, se impone al universitario de nuestros días una noble tarea: investigar, tanto en el área de la patología mental como en las raíces mismas del fenómeno delictivo. Misión ardua y difícil porque se ponen en contacto el pensamiento cultural-normativo, propio de las ciencias jurídicas, y el pensamiento causal-explicativo, como es el psiquiátrico.

Sin embargo, no está lejos el momento en que desaparecerá el paralelismo de ambos carriles, pues a medida que se acerquen en la lejanía, mayor será la posibilidad de conjunción científica.

En la conquista de ese logro, no negamos la tendencia biológica que ha guiado nuestros pasos, por aquello de que no se puede conocer el delito como entidad jurídica, si no se estudia previamente como hecho natural. Este estudio incumbe al psiquiatra, pero también a los jueces en calidad de criminólogos.

Al desarrollar esta tesis, afirmamos que ya se trate de casos netamente patológicos, o bien de variedades anormales, e incluso de psicología corriente, el juzgador, ubicado en un pedestal más alto que el perito médico, está haciendo criminología, y por ende, psiquiatría, pues ésta no constituye una ciencia auxiliar de la criminología sino, en gran parte, psiquiatría misma.

Queda así justificado nuestro empeño en elaborar una teoría congruente de la enfermedad mental, del mismo modo que los penalistas se preocupan constantemente en perfeccionar la teoría del

delito. Idénticos motivos nos han impulsado a tratar con una amplitud casi pormenorizada la patología clínica de las entidades psiquiátricas, para que los hombres que cultivan el derecho penal no sean simplemente turistas sino habitantes de un país de variada topografía, en el cual la locura convive con la razón, la verdad con el error y la sabiduría con la ignorancia.

Aquí se presenta un dilema aún no superado, que nos lleva a inclinarnos por la amplitud informativa de orden psiquiátrico destinada a los jueces, no para pretender que éstos se conviertan en psiquiatras y polemiquen mano a mano con los especialistas, sino para que puedan valorar correctamente los fundamentos científicos de las pericias, y, llegado el caso, dudar y saber también por qué se duda; pues en última instancia una mayor información le permitirá al magistrado liberarse de la tiranía de los peritajes que, en ocasiones, confunden más que ilustran. En ese sentido también analizamos los requisitos que debe reunir un buen perito, que se ponen de manifiesto en su misión específica, la prueba pericial, momento en el cual el médico se viste de gala, especialmente cuando en el escenario del juicio oral es el centro de todas las miradas.

Para certificar el principio que establece que para servir a la ley es necesario conocerla hemos prestado preferente atención al estudio del art. 34, inc. 1º del Código Penal vigente, que constituye la biblia legislativa de la imputabilidad. Al respecto rechazamos el criterio "alienista" en materia de alteración morbosa de las facultades, que homologamos al concepto de enfermedad mental; las razones que apoyan nuestra posición ocupan varias páginas: la importancia y trascendencia del tema lo merecen. En el mismo rubro exponemos dos argumentos psiquiátrico-forenses que desvirtúan la imputabilidad disminuida, por lo menos en el régimen de nuestra legislación penal.

Cerramos el primer tomo con un vaticinio a manera de recomendación. A raíz de importantes experimentos que se están realizando en el campo neuro-fisiológico mediante estimulaciones eléctrico-estereotáxicas y bioquímicas sobre el cerebro vivo en sus centros relacionados con la conducta, la ciencia se está adueñando del control de la mente, y lo que es más grave, del poder de transformar la naturaleza psicológica del hombre a través de la genética. Entonces, nadie puede predecir el destino del derecho penal y de la criminología. Abramos nuestro espíritu para adaptarnos y ser protagonistas del cambio.

Si en el primer tomo caben estas nociones generales, damos en el segundo un lugar preferente a los estados de inconsciencia, alcoholismo, epilepsia y emoción violenta, fuente inagotable de polémicas y disonancias, muchas de ellas originadas en el desconocimiento de las bases neuro-biológicas y etiopatogénicas de dichos cuadros.

En los volúmenes tercero y cuarto nos introducimos en el dilatado territorio de las enfermedades mentales, enfocándolas desde el ángulo patográfico y de la trascendencia jurídico-penal.

Dos palabras acerca de la bibliografía y la jurisprudencia: compensamos su parquedad con la inclusión de pericias más ilustrativas que el mejor de los textos.

Queremos que además del especialista este libro sea lectura de los efebos e iniciados en psiquiatría forense, convidándolos a transitar por las intrincadas sendas de esta disciplina que, gradualmente iluminadas por nuevas adquisiciones teóricas y experimentales, permiten disipar el complejo de inferioridad que adolece frente al derecho y a las otras ramas de la medicina.

No sabemos si la obra tendrá mérito suficiente como para rendir en ella homenaje a los que fueron mis dos grandes maestros: el doctor Carlos R. Pereyra, talentoso y brillante clínico que honró a la psiquiatría argentina, y el doctor Carlos Fontán Balestra, una de las mentes más esclarecidas de las ciencias penales. Ambos ejercitaron la virtud de los maestros que, como se sabe, no reside en acopiar nociones, alimentando sólo a la memoria, sino en fecundar el espíritu con la siembra del interés y la atracción por la materia que cultivan.

Va mi gratitud a los amigos penalistas que me guiaron en los aciertos, corriendo por mi cuenta los posibles errores cometidos. No me equivoqué al haber confiado este trabajo a la editorial HAMMURABI, a cuyo frente el señor José Luis Depalma, con generosa colaboración y aliento, contribuyó para que se cumplieran mis aspiraciones.

EL AUTOR

LIBRO PRIMERO
PARTE GENERAL

PARTE PRIMERA

NOCIONES BÁSICAS EN RELACIÓN
CON LA PSIQUIATRÍA FORENSE

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

Sumario

1. Psiquiatría forense penal. Concepto, teoría y práctica. 2. Enciclopedia criminológica y psiquiatría forense penal. Su ubicación y parentesco. 3. Criminología. 4. Contribución de las disciplinas criminológicas en la "praxis" del derecho penal. 5. El derecho: nociones fundamentales. 6. Concepto y delimitación del derecho penal. 7. Realización y ejecución del derecho penal. 8. La ley penal: fuentes del derecho penal. 9. Principios fundamentales para su interpretación. 10. Política criminal: escuelas penales. 11. Método de la ciencia del derecho penal: la dogmática. 12. Teoría jurídica del delito. 13. Ausencia de delito. 14. Metodología de la psiquiatría forense. 15. Anatemas contra el método deductivo. 16. Especialización psiquiátrica en el cuerpo médico forense de la justicia nacional; *a)* argumentos médicos; *b)* argumentos legales; *c)* derecho de defensa en juicio; *d)* argumentos sociológicos.

§ 1. PSIQUIATRÍA FORENSE PENAL. CONCEPTO, TEORÍA Y PRÁCTICA

Si bien es cierto que el logro del conocimiento profundo y sistematizado —según nuestra óptica— del tema que enuncia la primera parte del parágrafo demandará el esfuerzo que sin duda requiere el estudio del presente tra-

tado, es nuestro deseo plasmar de manera sucinta lo que entendemos por tal. Ello es, *la aplicación de los conocimientos psiquiátricos a la teoría y a la práctica del derecho penal*.

En su aspecto teórico, se desarrolla en el campo de la legislación punitiva, que por su contenido psiquiátrico requiere conocimientos especializados, interviniendo en la redacción de las leyes respectivas como una disciplina de información y consulta. Una ley penal acerca de la responsabilidad de los enfermos mentales, su peligrosidad, medidas de seguridad curativa, etc., que prescindiera de la realidad psiquiátrica, sería una ley inconulta, sujeta a errores de doctrina y de procedimiento¹.

En su faz práctica, la psiquiatría forense se enuncia mediante un dictamen, por regla general escrito, en el cual, y a requerimiento del juez, el médico examina, analiza, considera y llega a determinadas conclusiones, basándose en fundamentos e interpretaciones científicas en relación con la personalidad del encausado y los hechos expuestos en la instrucción sumarial. La peritación es el testimonio emitido por una persona técnica o prácticamente capacitada. Cuando así lo requiere la función judicial, dicha peritación se realiza en la primera instancia del juicio oral.

Psiquiatría y psicopatología:

Numerosos autores confunden ambos conceptos, al punto de cometer lamentables errores de nomenclatura, incluso cuando titulan trabajos o programas docentes.

Es Jaspers, en las primeras páginas de su *Psicopatolo-*

¹ Un buen ejemplo de contribuciones de esta materia en la elaboración de la ley, lo constituyen las observaciones formuladas por los psiquiatras con motivo del Proyecto de Reformas del Código Penal, redactado por la Subcomisión de la Cámara de Diputados en 1975, que restituyó el carácter "morbo" a las alteraciones de las facultades, suprimido en el Proyecto original (ejemplar impreso por el Congreso de la Nación).

gía general, quien distingue la psiquiatría como profesión práctica de la psicopatología como ciencia pura: “Mientras la psiquiatría apunta a los casos individuales, ya sea para tratarlos o para hacer un peritaje ante los tribunales, el psicopatólogo queda en el dominio de los conceptos y las reglas generales”. “El psiquiatra, en su vocación práctica, enfoca una personalidad viviente que capta y actúa, para lo cual la ciencia es un medio auxiliar; en cambio, para el psicopatólogo esa ciencia es en sí misma su objetivo”.

La psicopatología, entonces, sería un método de investigación semiológico que, como ciencia, exige el pensamiento conceptual que es sistemático, comunicable y generalizador.

Abstrae de los cuadros clínicos síntomas, vivencias, y agota su descripción y sus relaciones psicogenéticas en el todo patológico.

La psiquiatría valora al hombre, al ser viviente mentalmente enfermo, inmerso en el mundo circundante, y en tales relaciones formula un diagnóstico y un tratamiento individual con una finalidad médica.

El psicopatólogo, fuera de esta axiología práctica, circunscribe su tarea al estudio y valoración de los elementos nosológicos que integran la enfermedad mental —repetimos—, formulando al modo científico leyes generales de significado constante y de vigencia universal.

La psiquiatría y la psicopatología son dos mundos que no se estorban; la segunda, al servicio de la primera, la enriquece en cuanto al aporte científico que le proporciona, desempeñando un papel semejante a la fisiopatología con respecto a la clínica médica.

Por consiguiente, se incurriría en impropiedad técnica y terminológica si se hablase de psicopatología cuando en realidad se está en presencia de una disciplina psiquiátrica aplicada al derecho penal.

§ 2. ENCICLOPEDIA CRIMINOLÓGICA Y PSIQUIATRÍA FORENSE PENAL. SU UBICACIÓN Y PARENTESCO

El mosaico que agrupa bajo un título común todas las disciplinas que desde ángulos diversos se orientan hacia el estudio de la delincuencia en todas sus acepciones, se denomina *enciclopedia criminológica*. Dentro de ella se incluyen, no sólo la criminología propiamente dicha, sino también el derecho penal, la psiquiatría forense y la criminalística, girando todas merced a la fuerza dinámica de la trilogía constituida por el delincuente, el delito y la pena.

Si la psiquiatría forense guarda, pues, una relación de parentesco incorporada a la enciclopedia criminológica, bueno resultará que enunciemos las características de sus integrantes, los cuales mantienen intereses de mutua colaboración e intercambio; al ubicarlas, marcaremos también sus diferencias.

§ 3. CRIMINOLOGÍA

El hombre, en cuanto ha cometido o es capaz de cometer delitos, es objeto de la criminología. Prescindiendo de las relaciones que guarda con las leyes, la criminología se ocupa del estudio del delincuente, el delito y la pena; contempla el delito como un hecho natural, abstraído de la realidad jurídica.

Una de las tareas fundamentales que vincula la criminología con la psiquiatría forense, es el estudio de la personalidad del delincuente. Para confirmar este aserto, baste pensar que la imputabilidad es un concepto criminológico que se alcanza mediante la observación directa del

individuo; opinión ésta que se ve identificada con la de Mezger, cuando afirma que “la imputabilidad es la puerta por la que el derecho punitivo pasa al terreno de las modernas investigaciones de la personalidad”.

§ 4. CONTRIBUCIÓN DE LAS DISCIPLINAS CRIMINOLÓGICAS EN LA “PRAXIS” DEL DERECHO PENAL

En el trabajo criminológico se impone una primera instancia a cargo de la psiquiatría forense, que inicialmente separa los delincuentes enfermos de la mente de aquellos que no lo están. Inimputables los primeros, no les corresponde sanción penal, sino medidas de seguridad curativa cuando son peligrosos. Los segundos, imputables, son acreedores de sanciones punitivas según escalas establecidas por el Código Penal.

Es deber de la psiquiatría forense mantener actualizados los conocimientos acerca de las enfermedades mentales, las nuevas corrientes doctrinarias y los modernos métodos de las ciencias auxiliares constituyentes de *grupos de trabajo*, planteando simultáneamente fuentes de observación, cuyo material reunido será objeto de una síntesis conceptual respecto de la personalidad del encausado.

Este estudio interdisciplinario significa que la delincuencia será encarada como juego compartido por muchas ramas de la enciclopedia criminológica, las cuales examinarán las relaciones que unen al criminal con su víctima, con su medio familiar y comunidad adyacente.

La integración de los resultados obtenidos por varios sectores de la ciencia del hombre, es hoy absolutamente necesaria en la investigación de la conducta delictiva. Disciplinas como la sociología, la antropología y la genética, proporcionan adecuada respuesta a las preguntas: ¿quién

es el hombre que ha delinquido?, ¿cuáles son sus cualidades hereditarias?, ¿cuál es su biografía?, ¿por qué ha delinquido?, ¿dónde se cobija la causalidad?, ¿de dónde partieron la motivación y las ocultas fuentes de la conducta antisocial? En resumen, contribuyen, sin lugar a dudas, a establecer la historiografía del delincuente y el análisis de la realidad cultural en la que prosperó.

§ 5. EL DERECHO: NOCIONES FUNDAMENTALES *

Toda convivencia humana requiere un cierto orden coactivo institucionalizado para proporcionar un margen de seguridad al hombre, garantizándole que puede disponer de una serie de bienes cuyo uso y disposición le son indispensables para lograr su plenitud (ante todo, su propia vida, su integridad física, su libertad, su patrimonio, etc.). Se trata de una necesidad que impone la circunstancia de que el hombre carece de una respuesta filogenéticamente condicionada, puesto que a lo largo de la vida en el planeta ha alcanzado un margen de libertad cada vez mayor, excediendo el ámbito del mundo circundante, limitado biológicamente. Por ello, el hombre crea la cultura, que es una especie de armazón de pautas de conducta en permanente cambio. Un aspecto del fenómeno cultural es el derecho, cuya historia constituye un capítulo importantísimo de la cultura en general.

No debe confundirse *derecho* con *ley*. La ley es el resultado de un acto de autoridad (acto político) por intermedio del cual se desea sancionar algo. Sin embargo, no

* Deseamos destacar especialmente que los párrafos 5 a 13 de esta obra fueron redactados por el doctor Zaffaroni con profundidad conceptual y dogmatismo técnico-jurídico, por lo cual le expresamos nuestro sincero agradecimiento.

toda ley es derecho, y si bien se puede decir en cierto sentido que el derecho es el conjunto de leyes positivas, no puede afirmarse que cualquier conjunto de leyes positivas sea derecho. Ante todo, el derecho es un orden regulador de la conducta humana. De allí que no sean derecho las leyes que pretenden sancionar lo que no es conducta (v.gr., color de la piel, pensamiento, raza, etcétera).

Por otra parte, y por cuanto el derecho es un *orden*, no lo integran las leyes que regulan conductas en forma contradictoria o arbitraria, ya que un orden requiere una lógica interna que a éstas les falta. Si bien es cierto que la cuestión da para mucho más, ya que de un análisis detenido surgiría incontrovertiblemente el hecho de que existen leyes que no son derecho, aunque por otras razones que las expuestas, con lo dicho basta para no identificar *ley* con *derecho*.

Del análisis mencionado surge indubitable que la voz *derecho* denota cosas diferentes. Hasta aquí la hemos usado en el sentido *objetivo* de *el derecho que prohíbe o que ordena*, pero también debe considerarse el sentido *subjetivo* de esta voz, cuando expresamos *nuestros derechos* (derechos subjetivos, cuyo enunciado básico se halla en los arts. 14 y 14 nuevo de la Constitución nacional). Además de los dos sentidos mencionados (objetivo y subjetivo), el derecho puede significar un determinado conjunto de leyes que llena ciertos requisitos, o bien la ciencia que se ocupa del estudio e interpretación de esas leyes con vistas a su aplicación racional (ciencia jurídica, ciencia del derecho o jurisprudencia en sentido amplio, ya que en sentido restringido *jurisprudencia* es la doctrina que van sentando los tribunales al aplicar las leyes).

Tampoco se debe confundir *ley* con *norma*. Generalmente, las normas jurídicas no están enunciadas en las leyes, en particular en las leyes penales, sino que se las

debe deducir: ello así, la ley dice que al que matare a otro se le aplicará tal pena; la norma es “no matarás”.

La ley también puede ser entendida en dos sentidos diferentes: material y formal. Ley en sentido material es todo dispositivo que emerge de un órgano estatal y que establece normas y sanciones. En sentido material, son leyes los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones ministeriales, las reglamentaciones, las ordenanzas municipales, etc.; pero lo son asimismo las leyes propiamente dichas o *leyes en sentido formal*. Éstas son únicamente las que sanciona el Congreso de la Nación y promulga el Poder Ejecutivo nacional (leyes nacionales), y las que sancionan las legislaturas provinciales y promulgan los gobernadores (leyes provinciales). Entre las leyes en sentido material existe un orden jerárquico, en la cúspide del cual se halla la Constitución nacional o Ley Fundamental. En nuestro sistema las leyes surgen siempre del Estado, sin que pueda ser fuente del derecho la costumbre, salvo en la parte en que expresa o tácitamente se le reconoce esa posibilidad. Resulta distinto en el sistema del derecho anglosajón, en el cual conviven dos fuentes: la costumbre, que ha dado lugar al derecho consuetudinario o común (*common law*) y la ley formal, que complementa y modifica al anterior (*statue law*).

§ 6. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL

En su conjunto, el derecho procura un cierto *orden jurídico*, el cual proporciona *seguridad jurídica*. Ello así, es resultado de la seguridad jurídica el que tengamos confianza en que se nos pagarán nuestros créditos —pues si no se nos pagan nos cobraremos la deuda mediante un

procedimiento legalmente establecido que excluye la violencia individual—, que podamos dejar nuestro automóvil estacionado y hallarlo en el mismo lugar al regresar, que se nos prestará atención médica si nos enfermamos repentinamente en la calle, que nadie nos privará arbitrariamente de nuestra libertad, etc. Las conductas que violan normas jurídicas son contrarias al derecho —antijurídicas—, salvo que mediere un precepto permisivo que las autorice.

Dichas conductas (antijurídicas) son numerosas: no pagar una deuda, pasar un semáforo con luz roja, no pagar el sueldo a un empleado, no levantar un documento, no cumplir con las formalidades de un acto judicial, etc. Las sanciones a estas conductas antijurídicas varían de acuerdo con la rama del derecho a que pertenezcan las normas transgredidas: la reparación del daño (sanción civil), la multa (sanción administrativa), el cobro por vía judicial (sanción civil, laboral o comercial), la nulidad (sanción procesal), etc. No obstante, no son éstas las únicas sanciones que impone el derecho y que, comúnmente, tienen carácter *reparador*. Junto a ellas se plantean casos —relativamente escasos en relación con el enorme número de posibles conductas antijurídicas—, en que el derecho considera que no es suficiente con la sanción reparadora; ello por cuanto esas pocas conductas antijurídicas, debido a su forma de realización, son especialmente intolerables para el orden jurídico. Por esta razón el derecho asocia a esas acciones antijurídicas una sanción que no tiene carácter reparador, sino que *tiende* a ejercer una acción especial preventiva sobre el autor de la acción antijurídica, de naturaleza *predominantemente resocializadora*. Se trata de las *penas* o sanciones penales, y las conductas del tipo en análisis (antijurídicas) sancionadas de esta manera son los *delitos*. Las leyes que determinan cuáles son las conductas antijurídicas que constituyen delitos, que prevén las penas para ellos y

las condiciones de aplicación de las mismas, son objeto de estudio de la ciencia jurídico-penal, o del *derecho penal* (llamado también *derecho criminal*).

Fundamentalmente, este derecho se encuentra legislado en una ley denominada *Código Penal*, cuyos principios generales se aplican también a las leyes penales especiales; estas últimas son leyes que crean delitos al margen del Código Penal.

§ 7. REALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL DERECHO PENAL

El derecho penal, como todo derecho, debe realizarse; es decir que la mera previsión de los actos prohibidos con relevancia penal y las condiciones en que los mismos son penados, como también los límites de las penas que les corresponden, incumbencias todas éstas de la ley penal de fondo, son insuficientes para convertir en realidad estas previsiones cuando se presentan los casos concretos. Se hace necesario, pues, otro derecho —o sea, otra rama del derecho— que prevea las conductas de los órganos del Estado y de otras personas procesales ante la noticia del delito —*notitia criminis*—, estableciendo los deberes y derechos de cada uno en el camino (proceso) que se sigue desde la noticia del crimen hasta el pronunciamiento y posterior cumplimiento de la sentencia definitiva. Esta materia es de incumbencia del derecho procesal penal. El derecho citado se encuentra legislado en los diferentes códigos de procedimientos penales (criminales y correccionales), teniendo la particularidad, dentro de nuestro sistema constitucional, de que la legislación penal es de competencia legislativa provincial y el Código Penal es de resorte nacional.

No obstante, a fin de poner a salvo el principio de igualdad ante la ley, existen disposiciones procesales en el Código Penal de la Nación que rigen el ejercicio de

las acciones y algunas previsiones del art. 41 del mismo cuerpo legal. Esta presencia ha motivado ciertas dudas sobre la naturaleza de esas disposiciones. Empero, siempre que se presentan dudas sobre la características penal o procesal de una disposición, la diferencia se establecerá considerando la naturaleza de la sanción que sigue a su violación.

Pese a lo expuesto, con el derecho penal de fondo y el derecho procesal penal no se agota todo lo necesario para el funcionamiento de las disposiciones penales, puesto que no sólo hay una previsión fundamentadora y un conjunto de previsiones realizadoras, sino que se necesita, además, un orden de previsiones normativas de carácter *ejecutivo*: el derecho penal no sólo debe realizarse, sino también ejecutarse. La ejecución de la sentencia penal no es tan sencilla como la de la civil o comercial, por lo cual se hace necesario desarrollar una etapa autónoma del derecho, particularmente en cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, que siguen siendo la columna vertebral de todos los sistemas penales contemporáneos. Al conjunto de disposiciones que, partiendo del título ejecutivo que es la sentencia firme condenatoria, regula la ejecución de la misma cuando en ella se impone una pena privativa de libertad, precisando el régimen al que quedará sometido el condenado mientras dure dicha pena, se le reconoce carácter autónomo y se lo denomina *derecho penitenciario*, *derecho penal ejecutivo*, o *derecho de ejecución penal*. En nuestro país, la fuente legislativa más importante la constituye la ley penitenciaria nacional (decr.-ley 412/58).

§ 8. LA LEY PENAL: FUENTES DEL DERECHO PENAL

Las fuentes del derecho penal pueden ser de producción o de conocimiento. Las primeras están constituidas

por los órganos de los que pueden emanar disposiciones penales, en tanto que fuentes de conocimiento son las disposiciones penales emergentes de esos órganos. La principal fuente de producción del derecho penal argentino está conformada por el Congreso nacional, y la respectiva fuente de conocimiento está constituida por leyes penales. No obstante, existen materias que no pueden ser legisladas por el Congreso nacional, ya que, constitucionalmente, se han reservado a las provincias; ejemplo de ello son los delitos de prensa. En tales casos, el órgano legislativo está formado por las legislaturas provinciales, y su fuente de conocimiento se origina en las leyes de igual procedencia. El Código Penal no ha legislado en materia contravencional, motivo por el cual las mismas aún permanecen regidas por las provincias, excepción hecha de las propias de la policía municipal, cuya legislación corresponde a las municipalidades por medio de ordenanzas del tipo que emanan de esos organismos. Por último, cabe consignar que los comandantes de las zonas de operaciones en caso de guerra, en el teatro mismo de los hechos, o bien en lugares donde se presenten situaciones de emergencia que hagan que la autoridad civil pierda el control de la situación, se encuentran facultados por el Código de Justicia Militar para legislar mediante bandos, facultad que concluye cuando estén dadas las condiciones para restituir el gobierno a la autoridad civil.

§ 9. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA SU INTERPRETACIÓN

Las leyes penales deben interpretarse teniendo en cuenta ciertos principios fundamentales, extendidos hoy —al menos formalmente— a todo el mundo civilizado. En princi-

pio, es necesario tener en cuenta que nunca se puede penar una conducta que previamente no se encuentre contemplada por una ley en sentido material. Éste es el llamado *principio de legalidad*, consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional (“*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”). El principio enunciado emana de otro principio, el republicano de gobierno, el cual impone que todos los actos de gobierno sean racionales, es decir, no arbitrarios (art. 1º de la Constitución nacional). Por ejemplo, sería arbitrario reprochar a una persona por haber realizado un acto, cuando ésta no podía saber que su conducta era delictiva, precisamente porque no lo era al momento de realizarlo. De lo expuesto se deduce también que no es posible reprochar a alguien por su conducta cuando no tuvo la posibilidad de comprender la criminalidad de la misma (*principio de culpabilidad*). El reverso de ese enunciado constituye el principio de reserva legal, consagrado en la primera parte del art. 19 de la Constitución: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Continuando con la enunciación de principios elementales para la correcta interpretación de la ley penal, debemos expresar que no puede admitirse la existencia de delito sin que haya *un bien jurídico afectado*, es decir, un interés jurídico tutelado con relevancia penal que haya sido lesionado o puesto en peligro por la conducta del autor. En nuestro sistema, ello reduce al límite la ingerencia del Estado, señalando el mencionado art. 19 que “*Las acciones privadas de los hombres que no afecten el orden ni la moral pública ni perjudiquen a terceros, están reservadas a Dios y exentas de los magistrados*”.

Además de los principios señalados, debe tenerse en

cuenta que la ley penal establece penas que siempre son personales, es decir, que no pueden caer sobre terceros ajenos al hecho. Lo expuesto no hace sino enunciar el *principio de intrascendencia de la pena* o de personalidad de la pena. En realidad, tenemos conocimiento de la existencia de medidas penales que trascienden en sus efectos la persona del penado, como puede ser la privación de libertad cuando da lugar a un problema económico que coadyuva a la producción de intranquilidad en el orden familiar: aunque esto no pasa de ser un mero efecto tangencial, fáctico e inevitable.

§ 10. POLÍTICA CRIMINAL: ESCUELAS PENALES

A fin de efectuar las diferenciaciones pertinentes, debemos dejar sentado que no debe confundirse la legislación penal con la ciencia que estudia esa legislación y la interpreta, como así tampoco con un tercer aspecto de la cuestión, muy diferente por cierto, constituido por la *política criminal*, involucrándose en el concepto de esta última, el hecho de que es la política referida al problema penal y criminal. Dentro de la política criminal existen diferentes líneas, las cuales se materializan en leyes por obra del legislador que se pliega a una u otra de ellas. En este ámbito, la lucha de teorías y opiniones es sumamente dura, confundándose en ciertas oportunidades con discusiones políticas y filosóficas muy complicadas de sintetizar, por cuanto conducen a discrepancias sobre los principios políticos más generales. Suele hablarse de una escuela clásica y de otra positivista, pero esta clasificación no es del todo exacta, al margen de constituir una disputa totalmente obsoleta.

Erróneamente, se denomina escuela *clásica* al conjunto

de teorías político-criminales elaboradas por autores que van desde Beccaria —racionalista que se hallaba entre el pensamiento iluminista y el revolucionario— hasta Carrara —constructor teórico del derecho penal, fundado en ideas aristotélicas, con gran sentido del respeto por las garantías individuales—. El positivismo, especialmente por intermedio de la pluma de Ferri, trató de encerrar todas estas tendencias en la denominación común de *clásicos*, pero su enfoque es ilógico.

Por el contrario, es cierto que existe una escuela positivista, iniciada por Lombroso y continuada por Ferri y Carófalo, quien tuvo el mérito de llamar la atención sobre la persona del delincuente; sin embargo, lo hizo con gran descuido de un punto que los autores anteriores tuvieron siempre en mira: *el estudio del límite del poder penal del Estado, y es quizás este aspecto negativo de sus ideas lo que contribuye a opacar su mérito.*

A grandes rasgos, las líneas político-criminales pueden dividirse en dos: una que mira hacia el pasado y otra que pone sus esperanzas en el futuro. La primera se inclina por considerar la pena como una consecuencia del reproche personal que se le hace al autor por el hecho realizado, en función de que tuvo la oportunidad de actuar de manera diferente (culpabilidad); en tanto que la segunda estima que la pena es una consecuencia de la posibilidad de que el sujeto cometa nuevamente un hecho ilícito (peligrosidad). Ambas tendencias son extremas, ya que si se absolutizan, ninguna de ellas puede llevarse a cabo con racionalidad: el juicio que reclaman los partidarios de la peligrosidad pura debería recaer sobre la totalidad de la persona del sujeto, con lo cual se conformaría un juicio que nunca puede resultar asertivo en el caso concreto, por cuanto es imposible prever con certeza lo que puede hacer un hombre. Ésta es una disyuntiva de hierro para el dere-

cho penal, que debe encarar una solución de equilibrio sumamente prudente.

§ 11. MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: LA DOGMÁTICA

La ciencia del derecho penal, es decir, la ciencia que interpreta la legislación penal para procurar su aplicación racional y previsible, es una ciencia jurídica. El método de la misma suele denominarse *dogmática*. En algunas oportunidades, se llega hasta a identificar el método con la ciencia misma, hablándose entonces de dogmática jurídico-penal o dogmática penal. En rigor de verdad, la dogmática no es más que el método de la ciencia. No constituye un método totalmente distinto del de las otras ciencias, pero, si bien posee caracteres propios que le vienen impuestos por la naturaleza de su objeto, no puede negarse su analogía con los de otras ciencias, incluso alejadas de lo específicamente humano.

Se habla de método dogmático en forma metafórica. El método consiste en considerar el conjunto de disposiciones presentes como una realidad a interpretar. Mediante el estudio gramatical o semántico de la realidad (*exégesis*), se procede a un análisis de la misma. Luego de analizada la ley de la manera citada, se descompone en elementos o grupos de elementos primarios, simplificando todo lo que sólo en apariencia es diferente. Los elementos así obtenidos, por análisis y simplificación, son los que se deben utilizar para elaborar cualquier teoría dogmática, de allí que se llamen *dogmas*, por cuanto son obtenidos a partir de la misma ley, no pudiendo el intérprete de ésta alterarlos en modo alguno, ya que debe respetarlos como lo que son: como *dogmas*.

Una vez obtenidos los *dogmas*, con ellos se construye la teoría, como en cualquier ciencia, dando explicación a los mismos y ordenándolos de cierta manera lógica. Esta construcción teórica debe respetar dos leyes fundamentales: la completividad lógica y la no contradicción con el texto expreso de la ley. La primera consiste en lograr que no existan incoherencias lógicas internas. La segunda es que la solución a cualquier caso mediante la aplicación de la teoría no resulte contraria al texto legal; todos los hechos deben tener explicación lógica dentro de la teoría. La construcción obtenida de esta manera se llama *construcción dogmática*.

§ 12. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Una construcción dogmática de las más elaboradas la constituye la teoría jurídica del delito. No existe una única teoría del delito, sino prácticamente tantas como autores han escrito sobre el tema. Hay, por cierto, líneas generales en teoría del delito, es decir, teorías que responden a un esquema, y teorías que responden a otro, pero la clasificación es muy general, ya que se presentan particularidades que en la síntesis se deben pasar por alto.

Como nuestro objeto es específicamente informativo, podemos decir que hay dos grandes caminos para elaborar una teoría del delito: uno parte de la afirmación de que la conducta, que es siempre el carácter genérico más amplio del delito, es un concepto elaborado por el derecho penal, en tanto que el otro sostiene que la conducta no es un concepto dogmático, sino un concepto común, que se toma de la realidad. El primero suele dar lugar a lo que se ha dado en llamar *teoría causal de la acción*, en tanto que el segundo origina la denominada *teoría final de la acción*.

En general, puede decirse que las teorías del delito que se discuten en nuestro país responden a una u otra corriente, siendo el causalismo más común entre los autores de décadas pasadas y el finalismo entre los más recientes.

Para dar una idea de la teoría del delito, tomaremos los conceptos elementales de la vertiente más moderna, es decir, de la finalista. Para esta teoría, la acción, acto o conducta, el hacer voluntario del sujeto, es la base genérica sobre la cual se edifica la teoría, tomada de la realidad (concepto óntico-ontológico de acción). Este fenómeno concreto que es la conducta humana, debe ser adjetivado para que podamos determinar qué conductas son delitos y cuáles no lo son. Esto significa que tenemos que analizar el concepto de delito, y del análisis que hagamos surgirán las preguntas que debemos formularnos en cada caso concreto, partiendo de un punto y llegando a otro, todo en un orden lógico. Necesariamente, como no podemos preguntar todo al mismo tiempo, sino escalonadamente, el concepto de delito se presentará como algo estratificado, pero la estratificación será siempre el análisis, no el delito, que en todo momento sigue siendo una unidad.

Cuando comprobamos que hay un hacer voluntario final de un hombre, afirmamos que existe una conducta, y con ello aseveramos la existencia del carácter genérico del delito. A este carácter seguirán tres caracteres específicos del mismo: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Luego, *delito será una conducta típica, antijurídica y culpable*. A una conducta típica y antijurídica se la llama *injusto penal*.

El primer carácter específico del delito es la tipicidad. Se llaman tipos las descripciones de conductas que hacen las leyes penales: el que matare a otro, el que se apoderare de una cosa mueble total o parcialmente ajena, etc. El tipo pertenece a la ley penal, en tanto que la conducta es algo

que pertenece a la realidad concreta. Cuando comparamos un tipo con una conducta y vemos que la conducta se adecua a la descripción típica, decimos que la conducta es *típica*, es decir, que presenta la característica de *tipicidad*.

La tipicidad puede ser dolosa o culposa. Es dolosa cuando prohíbe una conducta en función del fin que se propuso el sujeto: verbigracia, el robo. Es culposa cuando prohíbe la conducta en razón de la forma en que se obtiene el fin, resultando violatoria de un deber de cuidado, y con ello causa un resultado lesivo: verbigracia, el que causa la muerte de alguien por conducir imprudentemente un automóvil. El dolo puede ser directo o eventual. Es directo cuando el sujeto se propone directamente el resultado; es eventual cuando no se lo propone de manera directa, sino que lo prevé como posible efecto concomitante del resultado que busca, lo acepta como posibilidad de su producción. La culpa puede ser consciente o con representación (cuando prevé la posibilidad de producción del resultado, pudiendo y debiendo hacerlo).

Los tipos pueden ser también activos y omisivos. Son activos cuando describen la conducta prohibida, y omisivos cuando la descripción que efectúan es la de la conducta debida, quedando prohibida toda conducta diferente de la descripta.

Comprobada la tipicidad, tenemos el carácter genérico del delito y uno de sus caracteres específicos, pero ni siquiera sabemos si estamos en presencia de un injusto penal, porque los tipos traducen siempre normas prohibitivas, pero el derecho se compone tanto de normas prohibitivas como de preceptos permisivos. Resta, pues, comprobar si se presenta la antijuridicidad, que se afirmará cuando, además de la tipicidad, comprobemos que la conducta no está amparada por ningún permiso legal. En ese caso, si ninguna ley autoriza a un sujeto a realizar la acción descrip-

ta en el tipo, decimos que la conducta, además de típica, es antijurídica y, por consiguiente, nos hallamos en presencia de un injusto penal.

Sin embargo, un injusto penal no es todavía un delito, porque falta el tercer carácter para que lo sea: la culpabilidad. Ningún injusto penal llega a ser delito si no se le puede reprochar al sujeto porque lo haya realizado teniendo la posibilidad de realizar una conducta distinta y adecuada a derecho. Recién cuando comprobamos que el sujeto tuvo la posibilidad exigible de realizar otra conducta distinta y adecuada a derecho, podremos hablar de delito, porque el injusto será también culpable.

§ 13. AUSENCIA DE DELITO

El delito, definido como conducta típica, antijurídica y culpable, tiene un aspecto negativo, presentado por los casos en que alguno de estos caracteres falta. Así, no habrá conducta en los supuestos en que no pueda hablarse de una acción humana voluntaria. Tales son los casos en que el sujeto se halla en estado de inconsciencia o en los que opera bajo el efecto de una fuerza física irresistible, es decir, como una mera masa mecánica.

No hay tipicidad cuando falta alguno de los caracteres exigidos en el tipo. En orden de caracteres objetivos, existe una gran variedad de modalidades de los tipos penales, pero cuando se encuentra ausente uno solo de esos caracteres, no existe tipicidad. No la hay —por lo menos consumada— cuando la conducta no ha causado el resultado. En el aspecto subjetivo, en los tipos dolosos, no hay conducta cuando el sujeto no actuó con dolo. El caso más frecuente es el llamado error de tipo, es decir, cuando el

sujeto no supo la naturaleza de lo que hacía, porque desconoció algunos de los requisitos objetivos de la conducta: quien cree que enciende la luz cuando en realidad está detonando una bomba, está actuando sin dolo de detonarla.

Este error puede estar condicionado por incapacidad psíquica del sujeto, como en los casos de autismo: quien asume que tiene delante un árbol y piensa que a quien le asesta un hachazo es al árbol, cuando en realidad tiene delante un hombre, no actúa con dolo de lesiones ni de homicidio.

El aspecto negativo de la antijuridicidad, o sea, los permisos que pueden emerger de la ley, se llaman *causas de justificación*. Tales son la legítima defensa y el estado de necesidad, como también el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, que remite a permisos que pueden aparecer en otras ramas del derecho.

Las causas de inculpabilidad tienen dos orígenes: la supresión de la posibilidad de que el sujeto haya comprendido la naturaleza criminal de su conducta, o la reducción de su autodeterminación en una medida muy considerable. La imposibilidad de comprensión de la criminalidad puede darse por incapacidad psíquica (inimputabilidad), cuando el sujeto no puede ser objeto de un reproche porque a nadie puede reprochársele que haya hecho algo ilícito cuando no le era posible comprender que el hecho que estaba realizando tenía esa característica. Asimismo, puede darse el caso en que haya un error de prohibición, es decir, un caso en el cual el sujeto no haya podido conocer la antijuridicidad de su conducta por un error invencible: verbigracia, la mujer que viene de un país donde el aborto es impune y piensa que aquí también lo es; o bien el que cree estar defendiéndose legítimamente de una agresión, y en realidad se trata de una broma pesada que le jugaron sus amigos.

§ 14. METODOLOGÍA DE LA PSIQUIATRÍA FORENSE

Cada delito, cada hombre delincuente, constituye un hecho cuyo interés antropológico radica no en lo que tiene de general, sino en su singularidad e irrepetibilidad. La tarea del forense es la de singularizar el caso, aprehenderlo en su comprensión individual y articularlo con las normas legales. De surgir una duda en la mente del perito, éste debe recordar que el índice de falibilidad en esta materia es muy elevado, y que no siempre lo asertivo y lo rotundo se identifican con la realidad.

La gran tarea de la psiquiatría forense penal, tan importante como delicada, tiene como centro de atracción el concepto de enfermedad mental. Pues bien —y esto lo desarrollaremos más ampliamente cuando tratemos el tema—, los componentes biológicos son tributarios del método causal explicativo, y los culturales del método valorativo, pues las dolencias mentales no sólo se cumplen en el recinto corporal sino que se realizan en el espacio social, acarreado un disvalor que constituye el índice de importancia y gravedad.

Esta feliz simbiosis metodológica tiene su réplica en la fórmula mixta de la imputabilidad legal, compuesta por un apartado psiquiátrico y un apéndice psicológico que, con certera visión antropológica, establece una relación indisoluble entre cuerpo y espíritu.

§ 15. ANATEMAS CONTRA EL MÉTODO DEDUCTIVO

En cuanto los conceptos emitidos en la sentencia de última instancia en el caso "Ruffet"² coinciden con los sus-

² García Torres, B, *La emoción violenta*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1927, jurisprudencia comentada.

tentados por nosotros, estimamos oportuno reproducirlos en sus partes esenciales: “El perito no es juez sino un colaborador técnico”. “La pericia, evidentemente, debe seguir en el procedimiento y en la investigación en juicio, el *método inductivo*”. La admisión de una tesis preestablecida es la negación del método inductivo, triunfo de las ciencias modernas.

Según Santo de Sanctis y Salvatore Ottolenghi³, la falla metodológica “consiste en que cada día se verifica en las pericias psiquiátricas forenses, que presentan en general un carácter demasiado prevalente clínico psiquiátrico, justamente porque no se considera de frente el problema psicopatológico y antropológico criminal y porque se cree erróneamente que es suficiente, a los fines médico-legales, la comprobación o no de caracteres clínicos dados, más o menos característicos de una dada enajenación mental”.

Lo que en definitiva se pretende señalar, es que no basta con formular un diagnóstico clínico-psiquiátrico, sino que un peritaje ajustado a una buena técnica debe además, y fundamentalmente, demostrar que entre la causalidad psicopatológica diagnosticada y el delito cometido existe una correlación sintomática y patogenética que asegura el nexo causal; es lo que en buen romance psiquiátrico forense se entiende por *filiación morbosa específica del delito*.

Lo incorrecto e ilegítimo del método deductivo se patentiza en el razonamiento de los adictos al criterio alienista de la imputabilidad. He aquí cómo se razona: si el agente no es alienado, se deduce *a priori* que ha comprendido la criminalidad del acto, pudiendo dirigir sus acciones. Esta conclusión se acepta como válida, sin que importe si el delito la confirma o no.

³ De Sanctis, Santo y Ottolenghi, Salvatore, *Tratado práctico de psicopatología forense*, citado por García Torres en el caso Ruffet.

La inversión de la premisa evidencia aun más el silogismo: si a pesar de no comprender o no poder dirigir sus acciones, el enfermo mental no acusa alguna forma de alienación, el agente resulta imputable; la prueba de la imputabilidad recae entonces sobre el factor alienación, y a él se supedita *deductivamente* el resto del argumento.

§ 16. ESPECIALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA EN EL CUERPO MÉDICO FORENSE DE LA JUSTICIA NACIONAL

En un trabajo elevado a la superioridad, juntamente con el doctor Avelino Do Pico, proyectamos la reestructuración del cuerpo médico forense sobre la base de la subespecialización de sus componentes y con la mira en tres órdenes de argumentos.

a) *Argumentos médicos.*

La medicina actual impone la especialización en el trabajo en equipos interdisciplinarios, en vista de la inconmensurable extensión de su ámbito científico, sus exigencias técnicas cada vez más complejas, y el enorme caudal de saberes concretos, imposibles de ser adquiridos y practicados por un solo hombre.

Quien examine los rubros que integran la tarea de los médicos forenses quedará asombrado de que un solo perito pueda alcanzar el dominio de tan amplios y dispares campos, tales como la criminología, la traumatología, la medicina laboral, la deontología, la asfixiología, la tanatología, la sexología, la obstetricia, la psiquiatría penal y civil, la anatomía patológica, las necropsias, etcétera.

b) *Argumentos legales.*

Expuestos por la ley y sus reglamentaciones, datan del año 1928, oportunidad en que la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dispuso que *“La distribución del servicio se hará de acuerdo a un cuadro que se someterá a la aprobación del tribunal y que estará en vigencia desde el principio de año. A este efecto se propenderá a la especialización en las distintas ramas de la medicina legal”*. El Reglamento para la Justicia Nacional, del año 1952, menciona la subespecialización en su art. 139: *“El cuerpo médico forense someterá a la Corte Suprema su reglamentación interna en la que se complementarán las especializaciones requeridas por la índole de las funciones en cada uno de los fueros y el modo de comprobar las respectivas aptitudes especializadas”*.

La intención de estos preceptos legales se pone en evidencia por intermedio de la ley 14.237, cuyo art. 78 reza de la siguiente manera: *“...cuando el insano no tuviera bienes (...) el juez nombrará (...) peritos médicos a dos facultativos especializados de los tribunales y el tercero cuando corresponde...”*. Por su parte, el art. 72 expresa que *“...el juez podrá requerir la opinión de un médico especialista de los tribunales, el cual deberá expedirse dentro de las cuarenta y ocho horas”*.

c) *Derecho de defensa en juicio.*

Lo preciso y categórico de los textos que acabamos de transcribir, exime de mayores comentarios y no admite controversias. El derecho inalienable de la defensa en juicio, mediante la cual no puede impedirse a las partes el libre ejercicio de los medios instrumentados y consentidos por

la ley para agotar la investigación de la verdad, constituye fundamento que nutre las medidas previstas por los códigos en materia tan delicada como la interdicción y la capacidad para delinquir, que si bien se establecen en el interés particular de un enfermo mental, comprometen también los intereses generales de terceros y de la sociedad.

d) *Argumentos técnicos.*

Los presentes argumentos cuentan con una base de sustentación que consiste en el derecho que le asiste a los ciudadanos de reclamar a la justicia la mayor garantía de eficacia. Esta garantía reside no solamente en la sabiduría y ecuanimidad de la magistratura, sino también en el asesoramiento pericial que ilustra su criterio, especialmente cuando se hacen presentes en escena problemas de orden psicológico. El descubrimiento de la verdad subyacente a la conducta humana, en oportunidades resulta un arduo y engorroso problema. Las cuestiones psicopatológicas deben ser resueltas por un médico legista que practique o haya practicado psiquiatría, es decir, que sea psiquiatra en toda la extensión del término, constituyendo ésta la única manera de ser hábil y experto en el sentido que exige el tipo de peritación. En nuestra vida diaria, cuando alguien se enferma de la mente, no recurrimos a los servicios de un oculista, pediatra o traumatólogo, ya que ello constituiría un desatino; así también, en el terreno judicial, dicho caso debe ser estudiado y resuelto por un psiquiatra, ya que es el único especialista que ofrecerá garantías de idoneidad científica.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

De Sanctis, Santo; Ottolenghi, Salvatore, *Tratado práctico de psicopatología forense*, citado por García Torres.

García Torres, B, *La emoción violenta*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1927.

CAPÍTULO II

DE LAS PERICIAS Y DE LOS PERITOS

“La pericia es la forma de traer al proceso nociones técnicas, para lo que se requiere una ciencia especial”.

FLORIÁN

Sumario

17. La prueba pericial: su jerarquización jurídica. El dictamen psiquiátrico en materia de inimputabilidad. Su finalidad. 18. El crédito del peritaje psiquiátrico. 19. Disparidad de los dictámenes. 20. Algunas reflexiones sobre las pericias y los peritos. 21. Vocación humanista del perito. 22. La elocuencia del estilo. 23. Los pseudo-psiquiatras. 24. Otros factores que contribuyen al descrédito pericial. 25. Remisión del procesado a la unidad penitenciaria (U. 20). 26. La “egorragia” y el “divismo”. 27. Ubicación correcta del perito psiquiatra. Naturaleza jurídica de la prueba pericial. 28. Neutralidad pericial y dificultad de conservarla. 29. Estimación de la prueba pericial. 30. La consulta del expediente. 31. Lo que no debe hacer el juez. 32. Relaciones entre juristas y psiquiatras. 33. Discordia entre derecho y psiquiatría. Conflicto de perspectivas y valores. 34. Cultura psiquiátrica de los penalistas. 35. Clases de peritos. 36. El médico forense tiene carácter de “funcionario público”. 37. Médicos de oficio. 38. Razones de la innecesariedad de la inscripción en Cámara de los peritos de parte. 39. Cultura penal de los psiquiatras. 40. Acotaciones de interés pericial relacionadas con artículos del CPC y del CPP. Última reforma del Código de Procedimientos en Materia Penal relacionada con la actuación de peritos. 41. Modelo de trato igualitario entre peritos de parte.

§ 17. LA PRUEBA PERICIAL: SU JERARQUIZACIÓN JURÍDICA.
EL DICTAMEN PSIQUIÁTRICO EN MATERIA
DE INIMPUTABILIDAD. SU FINALIDAD

Una rápida reseña histórica precederá a las consideraciones del tema: "la prueba pericial fue disciplinada por primera vez en la Constitución Carolina de 1532, prescribiendo la intervención de peritos en los casos de infanticidio, aborto, lesiones y enajenación mental del imputado.

"La Ordenanza Criminal Francesa de 1680, se transformó en procedimiento penal haciéndolo inquisitivo e imprimió carácter público a la acción, prescribió la comprobación genérica del delito mediante pericia, por lo que ésta encontró en dicho texto una estable organización.

"El derecho moderno consagró la tendencia a regular en forma analítica la prueba que nos ocupa, pero desvinculándola de la opinión del juez. La pericia ha tomado así un nuevo impulso y tiende cada vez más a emanciparse de la reglamentación jurídica de los testigos y a convertirse en una institución autónoma". Más adelante desarrollaremos el punto con mayor detenimiento para señalar las diferencias que existen entre el perito y el testigo (notas del doctor Ledesma J., *El proceso penal. Del sumario*, Ed. Policial, Bs. 1973, p. 204).

Siguiendo el derrotero que marcan las pautas del art. 34, inc. 1º, del Código Penal —guía metodológica imprescindible—, el problema inicial a resolver consiste en la demostración de la existencia de algún trastorno mental rotulado en el vocabulario legal como insuficiencia de facultades, alteración morbosa de las mismas o estado de inconsciencia.

A continuación, y mediante una interpretación psicogenética, deberá explicarse, científica y claramente, la rela-

ción existente entre la causalidad biológica puesta al descubierto y las consecuencias psicológicas que acrediten en el delito su naturaleza patológica, obviamente, en función de los elementos del apéndice psicológico del artículo mencionado.

El tercer paso comprende el juicio de peligrosidad del imputado, tributario o no de la aplicación de una medida de seguridad curativa.

§ 18. EL CRÉDITO DEL PERITAJE PSIQUIÁTRICO

Resulta indudable que en determinadas ocasiones los informes psiquiátricos no suministran construcciones firmes e incontrovertibles, idóneas para arribar a conclusiones asertivas y unánimes. Las discrepancias nacen de la propia psiquiatría y de quienes la profesan.

El demérito de las primeras surge de la propia naturaleza de las ciencias psiquiátricas, a las que se les imputa carecer de un cuerpo orgánico de doctrina, la imprecisión y el subjetivismo de sus diagnósticos, como así también la disparidad terminológica que, desde luego, desorienta a los magistrados y al lego.

Sabemos de estas fallas. Para la psiquiatría, la delincuencia patológica no es otra cosa que un reflejo de la vida, insondable por enigmática, contradictoria por aquello que encierra de paradójico, y en oportunidades por absurda e irracional. En ese terreno, pensamos que la justicia nos pide más de lo que estamos en condiciones de dar.

Empero, el caos doctrinario psiquiátrico es más aparente que real. Del cúmulo de orientaciones y escuelas que se disputan la verdad científica, pueden extraerse criterios rectores que han resistido la prueba del tiempo y las veleidades de la moda.

§ 19. DISPARIDAD DE LOS DICTÁMENES

En nuestro medio, las discrepancias no surgen tanto de las pericias * emanadas del cuerpo médico forense, como de entre éstas y las de los peritos de parte. El hecho no debe alarmarnos sobremanera si tenemos en cuenta que en una encuesta llevada a cabo en la Clínica de Heidelberg¹, en el 54 % de los dictámenes que se emitieron sobre pericias encomendadas durante un lapso determinado, se presentaron diferencias sustanciales con los anteriores, y no sólo por la imprecisión diagnóstica sino por apreciaciones valorativas.

La ley de procedimiento penal de Austria (arts. 125 y 126), con motivo de discrepancias periciales serias, trata de evitarlas sustituyendo la intervención de los peritos a propuesta de las partes, por informes psiquiátricos de las facultades de medicina. Acaso sea un ejemplo a seguir².

§ 20. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE
LAS PERICIAS Y LOS PERITOS

En esta oportunidad, debemos discrepar con los que sustentan que el solo título de médico legista habilita para convertirse en un experto en psiquiatría forense. Siempre hemos pensado que para resolver acabadamente las cuestiones psiquiátricas no basta ser psiquiatra de escritorio, sino que es absolutamente necesario ser un profesional fo-

* Hemos optado por el vocablo pericia, aun conociendo su impropiedad gramatical, ya que su empleo habitual lo ha consagrado en nuestro lenguaje forense.

¹ López Ibor, J., *Symposium de psiquiatría forense*, Madrid, 1958, p. 85.

² Cita de Barbero Santos, M., *Psiquiatría y derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 27.

guedado en la especialidad, que la ejerza o la haya ejercido. Únicamente de esta manera se podrán resolver eficazmente los problemas que, como en ninguna otra rama de la medicina legal, requieren un profundo conocimiento del alma humana cuyo logro —al decir de Pinel—, exige el contacto cotidiano con el enfermo mental, único medio para ganar experiencia y vivenciar la realidad.

§ 21. VOCACIÓN HUMANISTA DEL PERITO

Entendemos que el quehacer pericial jerarquizado por el conocimiento psiquiátrico carecería de penetración psicológica si no estuviera animado de una comprensión intuitiva que antecede a todo saber expreso.

Esta facultad intuitiva nunca podrá lograrse si no es secundada por un interés humano hacia nuestros semejantes, sean delincuentes o no, expresado ya por San Agustín: "*Nullum perfecta noscitur quad non perfecta amatur*", lo cual, en lenguaje corriente, puede expresarse como *amor a la verdad*.

De este modo, la pericia médico-forense contiene en su estructura íntima tres elementos: *intuición amorosa, ciencia y técnica*.

§ 22. LA ELOCUENCIA DEL ESTILO

Si bien la fundamentación científica constituye la mejor garantía de un informe pericial, requiere además un estilo, un toque personal que no está dado por la ciencia sino por el arte de la elocuencia, y ese arte es el que concede al dictamen la virtud de convencer. Ser portador

del espíritu de convicción es la suprema aspiración de un buen perito.

§ 23. LOS PSEUDO-PSIQUIATRAS

“Desgraciadamente, en no pocas ocasiones actúan como peritos *pseudo-psiquiatras* sin experiencia clínica, que no ven la enfermedad psiquiátrica, y sin embargo sus enfáticos dictámenes son los que sustentan las sentencias judiciales, causando graves daños morales y económicos”.

Vallejo Nágera³, a quien pertenecen estas palabras, propone, drásticamente, impedir que dictaminen en esta materia quienes no hubieran prestado servicio en un nosocomio durante un lapso determinado. “Los psiquiatras de gabinete son fatales, pues su inexperiencia clínica los lanza al fácil terreno de la especulación y las divagaciones”, agrega. Por nuestra parte, y ratificando nuestra propuesta del año 1954, entendemos que resultaría preferible crear en el cuerpo médico forense equipos especializados con dedicación psiquiátrica exclusiva.

Resulta absurdo, e incluso conforma un contrasentido, el hecho de que una tarea tan importante como trascendental sea desempeñada por un traumatólogo, un pediatra o un oftalmólogo.

Con todo, no basta con ser un excelente psiquiatra. Si quien debe asesorar a la justicia ignora la doctrina que la inspira y la técnica a que debe ajustar su cometido, es probable que equivoque el camino, produciendo un dictamen inocuo e insuficiente, que en lugar de ilustrar al juez llegue a confundirlo.

³ Cita de Vallejo Nágera A., *Symposium de psiquiatría forense*, Madrid, 1958, p. 13.

§ 24. OTROS FACTORES QUE CONTRIBUYEN
AL DESCRÉDITO PERICIAL

Cuando se trate de casos penales que presenten razonables dudas respecto de la sanidad mental del autor, o bien cuando el delito perpetrado se aparte de lo común, el examen a que debe ser sometido el procesado no puede quedar librado al azar de una fugaz cuanto intrascendente entrevista en el Palacio de Justicia y a la indicación rutinaria de las pruebas psicométricas que más tarde se vuelcan casi textualmente en el informe pericial.

Se da por sobreentendido que en estos casos el dictamen penal debe ser la resultante de un estudio exhaustivo del encausado, sometido para ello a un período de observación en un centro especializado, integrado por psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, antropólogos, genetistas, bajo la supervisión orientadora del médico forense y de los peritos designados por el tribunal. Tales condiciones hacen propicio el estudio de la personalidad a través del comportamiento, factor de capital importancia en proyección peligrista.

§ 25. REMISIÓN DEL PROCESADO A LA UNIDAD
PENITENCIARIA (U. 20)

A tales fines, en nuestro medio funcionan, en el Hospital Nacional José T. Borda, los pabellones Lucio Meléndez y Chiaruggi, transferidos en el año 1968 por el Poder Ejecutivo a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal.

Según decreto emitido en la citada oportunidad, en dichos servicios se alojarán para su observación:

a) los procesados por la justicia nacional que presenten indicios de enajenación (art. 262 del Código de Procedimientos en Materia Penal);

b) los procesados por la justicia nacional, comprendidos en el art. 10 del citado cuerpo legal;

c) los sobreseídos por la justicia penal nacional, por aplicación del art. 34, inc. 1º, del mismo código;

d) los condenados por la misma justicia, que se encuentren afectados de formas de alienación mental de larga duración o crónicas, y

e) los enfermos comprendidos en las cuatro situaciones legales anteriores, que sean remitidos por los jueces penales de jurisdicción provincial o los poderes ejecutivos provinciales, según corresponda.

No obstante la sabia previsión contenida en el apartado *a*, la cual nos pone a salvo de errores y apresuramientos, en general es poco aprovechada por los médicos forenses, que a veces se resisten a solicitar al juzgado tal medida. Quizá, si el pabellón Lucio Meléndez dependiera directamente del cuerpo médico forense, con miras a constituir el Hospital Judicial que todos anhelamos, se facilitaría el trabajo de los peritos, y con ello la eficacia de sus dictámenes. El pabellón Lucio Meléndez se ha convertido en una unidad carcelaria, más atenta a la seguridad del detenido que a su salud mental. Opinamos que actualmente los alojados en la U. 20 padecen todos los inconvenientes de una cárcel y no gozan de ninguna de las ventajas de un hospital. Sin duda, el instituto (U. 20) mejorará con las ampliaciones edilicias cedidas —260 camas— por el Hospital José T. Borda, mediante convenio interministerial.

Al margen de las divergencias de los informes y la incompetencia de los no especializados, existen otras dos razones que desarrollaremos en el parágrafo siguiente.

§ 26. LA “EGORRAGIA” Y EL “DIVISMO”

Dilatas consideraciones, profusión de citas entre cuya hojarasca no se evidencian la opinión personal ni los fundamentos del dictamen, lo que hace engañosa su lectura y dudosas las conclusiones: tales son las características de la *egorragia*.

En el *divismo*, no sólo aflora el enunciado de hipótesis *ad hoc*, a favor de veleidades doctrinarias, sino también el aferramiento al juicio propio y el desprecio por el de los otros.

§ 27. UBICACIÓN CORRECTA DEL PERITO PSIQUIATRA

En tanto la responsabilidad penal sea enfocada como un problema jurídico, el perito psiquiatra debe considerarse un auxiliar del juez. Ante los tribunales, la psiquiatría es una ciencia que coadyuva al descubrimiento de la verdad, y con ello a la realización de la justicia.

Según Leferenz⁴ “al juez ciertamente le corresponde la soberanía de un juicio valorativo; al perito, en cambio, la soberanía de su especialidad. *De iure*, añade, es el perito sólo un auxiliar del juez; *de facto*, sin embargo, decide no raramente el juicio”.

En términos generales, puede asegurarse que es la misma ley, como asimismo los juzgados, los que solicitan

⁴ Cita de Barbero Santos, M., ob. cit, p. 23.

a los peritos la solución de las cuestiones cuya resolución se encuentra a cargo de ellos. Al respecto, bien lo ilustra el art. 261 del Código de Procedimientos en Materia Penal: *“Cuando el procesado fuere mayor de diez años y menor de dieciocho o mayor de setenta, el juez instructor deberá comprobar por medio de información el criterio del procesado y especialmente su aptitud o discernimiento para delinquir”*.

La ley 11.177 del año 1921, agrega al referido artículo: *“Cuando al procesado se le impute un delito reprimido con reclusión o prisión de más de diez años el juez requerirá informe médico sobre su estado mental y capacidad para delinquir”*. Como se ve, sobre los hombros de por sí frágiles de la psiquiatría, se carga además el peso del juicio de imputabilidad. Aunque la decisión final quede a cargo del juez, el médico forense debe asumir una responsabilidad que en términos estrictamente técnicos no le pertenece. En ciertas oportunidades, el psiquiatra desempeña el rol de juez psicológico. De todas formas, se trata de una situación dual, porque si a la psiquiatría como ciencia natural le cabe explicar los *fenómenos morbosos a la manera de un mecanismo*, por su parte, la psiquiatría psicológica se interroga sobre el sentido de una conducta anormal desde el punto de vista *comprensivo y valorativo*, que es lo que justamente hace el tribunal cuando aprecia jurídicamente la capacidad de ser culpable.

Naturaleza jurídica de la prueba pericial

(El perito no es un testigo, sea calificado o no)

El problema es contemplado desde tres puntos de vista: 1) el perito es un testigo pos-facto; 2) el perito es un auxiliar del juez; 3) la pericia como prueba autónoma (Ledesma, J., ob. cit. ps. 205-207).

1. Se le pretende asimilar, en primer término, a la prueba testimonial: el perito no sería otra cosa que un testigo especial pos-facto, siendo el primero testigo adventicio in-facto.

2. Una segunda corriente doctrinaria, que actualmente se impone, considera al perito como un auxiliar del juez. Su contribución sería la ayuda que presta a la labor judicial. Ésta parece la tesis aceptada por la Cámara Criminal de la Capital. Al manifestar que “los peritos médicos desempeñan el papel de auxiliares del juez y no de guías del mismo. Su función consiste en realizar todos los estudios experimentales necesarios para ofrecer un panorama completo, psíquico, fisiológico y anatómico de la gente, para que aquél pueda efectuar el estudio comprensivo de la psicogénesis del delito y la personalidad del autor” (*in re*: “Libenson, Selec.”, C.C.C., 31/III/59, t. 1959-V, p. 318).

3. En tercer lugar se considera a la pericia como un medio de prueba autónoma. Sería una prueba especial separada y distinta de los otros medios probatorios (Ferro, Bartolomé A., *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, t. IV, p. 127).

Para este autor el perito es un órgano de prueba, porque lleva al proceso los materiales para el completo conocimiento de los hechos, cosas o personas investigados.

Desde el punto de vista del juez y de los demás sujetos procesales, la pericia es para esta doctrina un medio terminante de comprobación de un hecho. Precisamente, la pericia sirve para poner en manos del juez el objeto de la prueba, llevando así a su conocimiento hechos, cosas o personas que se investigan en el proceso.

Nosotros adherimos a la segunda tesis, y nos parece que la tercera concede al peritaje médico competencia preferencial en desmedro de la autoridad del juez.

Mientras tanto, expondremos las razones por las cuales un testigo no debe confundirse con un perito, sea calificado o no.

Distinción entre perito y testigo:

El perito está dentro del proceso penal pero fuera del delito, como lo están todos los integrantes del elenco judicial, incluyendo al juez.

Si bien el perito y el testigo están obligados a comparecer ante el llamamiento del juez, el perito puede renunciar a la prestación para la cual se lo designa, alegando una excusa fundada (art. 328, C.P.C.), mientras que el testigo no puede sustraerse al deber de declarar.

El testigo no puede elegirse. El perito puede elegirse entre un número indeterminado de personas, siempre que éstas cumplan adecuados requisitos científicos o técnicos.

El testigo puede ser tachado; el perito, sólo recusado. El testimonio anulado no se puede reemplazar por el de otra persona. La pericia anulada puede ser realizada nuevamente por otro perito.

El testigo refiere lo percibido por él en relación directa, sensorial, visual, auditiva con el hecho investigado, y por lo tanto es individual, contingente y deriva de la circunstancia de haber sido espectador.

Los testigos pueden ser careados; los peritos no.

El testigo relata hechos conocidos fuera del proceso; el perito se ocupa de hechos conocidos con motivo del proceso, en o por medio de él.

El testigo debe ser fiel a las percepciones recibidas. El perito debe ser fiel a las reglas, a los principios de su ciencia y al resultado de sus observaciones.

Los honorarios van implícitos en la dignidad de la función pericial. El testigo, a lo sumo, podrá ser indemnizado

por el tiempo sustraído a su trabajo (Ledezma, J., ob. cit., ps. 205-207).

Éstos son los argumentos por los cuales rechazamos el término de “testigo calificado” con que en algunas legislaciones provinciales se conceptúa a los peritos médicos, incluso sentándolos en la misma silla de los testigos.

Cuanto más jerarquicemos la función pericial, tanto más se afianzará el cometido de la justicia: *establecer la verdad*.

§ 28. NEUTRALIDAD PERICIAL Y DIFICULTAD DE CONSERVARLA

Respecto de los peritos oficiales, diremos que en algunas oportunidades confunden su misión con la del acusador público.

Por más repugnancia moral y aversión personal que les produzca el delito y su autor, en ningún caso el dictamen debe dejar traslucir esos sentimientos, utilizando la pericia para volcar apreciaciones subjetivas que desnaturalizan y desprestigian la institución médico legal. Muy a menudo, los médicos legistas convierten sus escritos en libretos acusatorios.

En cuanto a los peritos de parte, suelen adolecer de los mismos defectos, pero a la inversa. La función del perito de la defensa no es alterar la verdad a favor del encausado, sino poner en evidencia, *patentizar*, o *revalorizar*, los aspectos positivos que en el cúmulo de las constancias sumariales han pasado desapercibidos o menospreciados.

§ 29. ESTIMACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Si el perito médico es un testigo calificado y la pericia una de las tantas piezas sumariales, al juez le cabe la facul-

tad de apreciarlas en función de la totalidad de las pro-
banzas y de los objetivos del proceso penal. En tal sentido:

“Cuando los peritos son competentes, han examinado con detenimiento en variabilidad y en múltiples ocasiones, en operaciones que han producido resultados concretos, han realizado sus tareas en conjunto, se han expedido con uniformidad, expresando sus opiniones en forma amplia y a través de conclusiones que conservaron y conformaron a la sana crítica, cuando sus afirmaciones no están en discordancia con los elementos fácticos de la causa, cuando los resultados han sido obtenidos en operaciones de análisis y síntesis; en fin, cuando vienen estas pruebas garantizadas por tales supuestos (o al menos una razonable concurrencia de ellos), deben los jueces acordarles un valor probatorio” (S.T., E.R., *Fallos*, 1935, p. 364; CCC, *LL*, 128, 548; C2ª Penal de Tucumán, *JA*, 1967, I, 159) “sobre todo si son correctos sus fundamentos” (SCBA, 18/1956) “y si nada hay para que el juez desconfíe de la astucia y poder crítico del perito” (Manzini, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1952, t. III, p. 417) “ya que de lo contrario importaría un acto de arbitrariedad susceptible de descalificación en Cámara, ante la Corte Provincial” (SCBA, julio 13, 1976; Horte, 258, n° 16; SCBA, 1956, V, 642; 1956, I, 612, si media absurdidad) “y en Corte Suprema de la Nación por vía de recurso extraordinario, sin que obste a esta conclusión la circunstancia de que distintas pericias formulen distintos encuadramientos, en cuanto concuerden en la conclusión” (SC Tucumán, 44, 46, 85).

§ 30. LA CONSULTA DEL EXPEDIENTE

Esta consulta constituye, sin lugar a dudas, un paso inexcusable de la pericia médica, porque si criminológica-

mente el estudio de la personalidad del autor atrae la atención del perito, el *hecho* mediante el cual se revela esa conducta, y sin el cual no se ponen en acción los resortes judiciales, ocupa un lugar protagónico (valor sintomático del delito). Recordemos que al hombre se lo juzga no por lo que es, sino por lo que hizo: *lo que no está en el expediente no está en el mundo*.

Cabe agregar que si en alguna parte se refleja fielmente la personalidad del autor, es en el espectro conformado por las constancias sumariales que el perito debe analizar e interpretar prolijamente; por algo el art. 34, menciona "...en el momento del hecho...". Con menos energía, el art. 345 del Código de Procedimientos en Materia Penal, en lugar de imponer al perito la obligación de interiorizarse del sumario, señala que "...será lícito a los peritos revisar las actuaciones producidas para tomar por sí mismos los antecedentes del caso...".

Resulta muy común leer teorizadas pericias en las que el único ausente es el hecho incriminado.

§ 31. LO QUE NO DEBE HACER EL JUEZ

a) No debe, únicamente, homologar el informe médico, ya que es él quien ha de establecer la culpabilidad del agente;

b) tampoco debe subestimarlos porque no se acomode a su manera de pensar;

c) no ha de rebatir en el mismo plano cuestiones que son del dominio exclusivo del especialista;

d) no debe quedarse con la duda. El nombramiento de nuevos peritos, con exclusión de los que dictaminaron

anteriormente, e incluso apelando a los peritos oficiales de psiquiatría de las facultades médicas, son recursos suficientes para que el magistrado, al ponderar las diferentes opiniones, contribuya a formar su propio juicio;

e) las *conclusiones de las pericias* no obligan al juez; de lo contrario, importaría delegación de justicia. No obstante, tampoco debe apartarse de sus conclusiones sin fundamentarlo acabadamente (CCiv. 44 1976, A, 472), dadas con subordinación a la sana crítica y a principios científicos (CCC *Fallos*, I, 499, J.E.R., *Fallos*, 1935, 171). En contrario, el doctor Estévez propició exitosamente la absolución de la duda, apartándose de las conclusiones mayoritarias de diez médicos forenses de la Capital Federal, en un trabajo serio, profundo, científicamente inobjetable y bien documentado, que conducía a la condena de un médico que, aduciendo la calidad de intersexo, practicaba intervenciones mutilantes (*in re*, "Defacio", JA, nov. 20/970).

Barbero Santos⁵ reproduce el parecer de Ehrhardt y Villinger sobre las recíprocas funciones del juez y del psiquiatra: "El juicio de reproche del juzgador se encuentra, respecto de los datos psíquicos de la conducta, en la misma relación que el juicio estético a la obra de arte. El perito psiquiatra representa para el juez el mismo papel que unos lentes para el experto en arte que padeciera miopía, y de la misma forma que los lentes no podrían decidir si el cuadro que se contempla es bello, tampoco el perito psiquiatra podrá usurpar al juez en el juicio de reproche sobre la culpabilidad del sujeto".

El art. 346 de nuestro Código de Procedimientos en Materia Penal legisla claramente sobre el punto: "*La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez*

⁵ Barbero Santos, M., ob. cit., p. 24.

teniendo en consideración la competencia de los peritos (no tiene el mismo valor el informe del titular de una cátedra psiquiátrica que el de un reciente posgraduado), la uniformidad o disconformidad de sus opiniones (no siempre la mayoría representa la verdad), los principios científicos en que se fundan (requisito fundamental), la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica (el sentido común no es sólo patrimonio de los ilustrados; suele el lego, con sus ojos menos empañados, descubrir la verdad de las cosas) y las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ofrezca”.

§ 32. RELACIONES ENTRE JURISTAS Y PSIQUIATRAS

A nuestro entender, la opinión de Dorado Montero “ha perdido en este punto gran parte de su vigencia. El autor citado sostiene que “los tribunales no pueden pasarse sin los peritos médicos, y sin embargo podríamos decir que por regla ordinaria no se pueden ver; la hostilidad con que se miran recíproca y habitualmente los jueces penales y los peritos médicos, sobre todo los psiquiatras, tienen raíces muy hondas”.

En la actualidad, la situación ha cambiado sustancialmente. Ejemplo de ello son los intentos de aproximación que entre unos y otros se evidencian, tanto en el extranjero como en nuestro país. En España, Austria y Estados Unidos se cuentan cuanto menos quince conferencias y reuniones realizadas conjuntamente entre abogados y psiquiatras, de las cuales han surgido importantes publicaciones. En el foro argentino impera un gran respeto por la opinión psiquiátrica, e incluso, siendo ello lo realmente valioso, en los cen-

⁶ Dorado Montero, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1905, ps. 16 y 17.

tros y en las cátedras de derecho y de medicina legal la concurrencia de jueces y funcionarios judiciales ocupa la primera fila, en contraste con los médicos, cuyo interés por estas disciplinas es notoriamente inferior.

§ 33. DISCORDIA ENTRE DERECHO Y PSIQUIATRÍA. CONFLICTO DE PERSPECTIVAS Y VALORES

No sin sorpresa se leen las páginas escritas por Jerónimo Hall, profesor de criminología de la Universidad de Indiana, al referirse a la psiquiatría y a la responsabilidad penal.

En opinión de la justicia norteamericana, los psiquiatras resultan ser muy malos, y en el caso de que no fueran ellos, entiende dicha justicia que la psiquiatría es una disciplina subalterna o infradotada. El lamentable concepto en que se encuentran los peritos psiquiatras norteamericanos, hace que el doctor Hall se exprese de la siguiente manera: "... a pesar de que los expertos conocen mucho más que los profanos, es preferible la intervención del jurado, pues determinan más acertadamente los hechos, por la razón fundamental que los desórdenes mentales, a diferencia de las enfermedades físicas, implican criterios sociales (...) no sólo está en cuestión el hecho de que los expertos seleccionados no alcancen a ser representativos o de que no decidan sobre la base de las pruebas aportadas sino casi siempre de acuerdo con su propia opinión sobre la materia (...) también está el desacuerdo inevitable entre los expertos que se debe a muchos factores"⁷. Asimismo, y en consideraciones peyorativas hacia la psiquiatría, Hall se pregunta en qué categoría de la escala de las cien-

⁷ Hall, Jerónimo, *Criminología*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 24.

cias se encuentra, colocándola por debajo de la física, acreditándole menos seguridad para ofrecer “pruebas convincentes, porque incluso la psiquiatría tiene que ver con datos empíricos altamente complejos e impalpables, descontando que muchos de sus cultores se han aventurado por los ámbitos ilimitados de la filosofía y la religión; no hay más que repasar los títulos de Freud y Yung para convencerse de ello”.

Al parecer, el desprestigio que padece la psiquiatría en Norteamérica se origina en el campo del psicoanálisis. Continúa Hall: “. . .bajo una fachada científica imponente, el psicoanálisis se sitúa muy cerca de la frenología y del magnetismo animal de otras épocas (. . .) Tantos y tan flagrantes han sido el teorizar y las prácticas anticientíficas de los psicoanalistas de los últimos cincuenta años, que muchos de ellos se han desilusionado bastante al respecto, habiendo llegado a considerar ciencia y análisis como antitéticos (Ellis).

”Por estas razones, el derecho utiliza métodos objetivos para clarificar y comprobar el testimonio de los expertos, que no están conformes con que alguien controle sus diagnósticos, y mucho menos que se los critique (. . .) El método principal para valorar el testimonio de los expertos, consiste en someter las cuestiones de hecho a un grupo representativo de personas profanas pero inteligentes (habría que establecer el coeficiente intelectual antes de nombrar los miembros del jurado, y además comprobar su profunda ignorancia en materia de enfermedades mentales), guiadas dentro de ciertos límites y controladas por el juez y tribunales de apelación”.

Un ejemplo del sistema propuesto en la cita, lo constituyó el caso Rivet, en 1960, en el cual “. . .dos jurados, siguiendo las indicaciones del juez, votaron a favor de la capacidad del acusado, a pesar de que dos médicos en la

primera ocasión y tres en la segunda, atestiguaron su insania e incapacidad para ser juzgado. Como consecuencia se le condenó por homicidio y fue ejecutado después de una indagatoria legal” (Mayer Gross)⁸.

§ 34. CULTURA PSIQUIÁTRICA DE LOS PENALISTAS

El acercamiento es promisorio. Sin embargo, necesita concretarse para sustituir la guerra fría por una *entente* cordial; para ello, se hace necesario incorporar a la carrera de derecho penal la especialidad psiquiátrica, incluyéndola en los cursos de posgraduados.

§ 35. CLASES DE PERITOS

Según su procedencia, se reconocen tres clases de peritos: oficiales, de oficio y de parte.

Los peritos oficiales han cambiado su antigua denominación de médicos de los tribunales, por la de médicos forenses.

Primitivamente, el nombramiento de médico de los tribunales emanaba del Poder Ejecutivo nacional; más tarde, de la Corte Suprema de Justicia, previo concurso de méritos. Las tramas de este último cernidor no han sido siempre uniformes; se fueron reduciendo o ampliando, según los vientos que soplaron por el Palacio de Justicia.

La exigencia de ser médico legista diplomado por universidad nacional se mantiene vigente en mérito a lo dispuesto por la ley 12.210 de 1935, cuyo rigor se ve atenuado por aquello de ser médico con antecedentes científicos, tí-

⁸ Mayer Gross, M.; Slater, E., y Ruter, M., *Psiquiatría clínica*, Paidós, Buenos Aires, t. II, p. 417.

tulos docentes o dedicación manifiesta que demuestren idoneidad médico-legal.

§ 36. EL MÉDICO FORENSE TIENE CARÁCTER
DE “FUNCIONARIO PÚBLICO”⁹

Si bien es cierto que la cuestión que enuncia el párrafo no involucraría, a la luz del derecho administrativo, divergencias importantes, se ve sin embargo controvertida por el Código Penal (ley 11.179), el cual, en su art. 77, 3^{er} pár., enuncia que “. . .por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’ usados en este código, se designa a todo el que participa, accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. . .”, redacción que induce a pensar que el art. 77 ha equiparado los conceptos de funcionario público y empleado público; cosa que, según expresiones de R. Núñez, no es de esta manera.

El funcionario público representa al Estado, por cuya cuenta y orden actúa, gozando de autonomía decisoria dentro de las reglamentaciones en vigencia y siendo responsable ante aquél.

Por su parte, los empleados públicos no son titulares exclusivos o en participación con otros de la representación estatal, sino que su condición es la de agentes encargados de prestar servicios auxiliares de la función pública. Su responsabilidad no está configurada ante el Estado, sino ante aquellos a quienes deben sujeción y acatamiento.

En función de lo expuesto, deben ser considerados funcionarios públicos el juez y el secretario de un tribunal de justicia, el fiscal y el defensor oficial en los tribunales;

⁹ Notas extraídas de un trabajo de Ricardo Núñez, *El significado del concepto funcionario público en el Código Penal*, en JA, 1946, p. 544.

asimismo, los peritos oficiales, cuyo acto fundamental ante la entidad estatal que los ha designado como tales, los compromete a ejercer la voluntad de la ley en el esclarecimiento de la verdad. Carecen de tal representación los peritos de parte, que si bien han sido nombrados por el juez, no obran por cuenta y voluntad del Estado.

El médico forense es un *funcionario público*, en tanto que el ordenanza sólo es un *empleado*.

§ 37. PERITOS DE OFICIO

Se denominan de esta manera los médicos designados directamente por los jueces, o bien a requerimiento del Ministerio Fiscal, debiendo llenar las mismas condiciones estipuladas por el art. 3º de la ley 12.210. Asimismo, el nombramiento seguirá el riguroso orden formado por sorteo de la lista que todos los años confeccionarán las cámaras de los fueros respectivos.

El perito de oficio entra en el proceso sin confundirse con un órgano jurisdiccional, por un lado, y sin vincularse con los intereses de las partes, por otro. Por eso también es denominado tercero imparcial. De ahí que haya sustentado el tribunal que “los peritos designados por los magistrados deben desempeñar sus funciones con lealtad, informando de la verdad, sin medir a quién favorecen o perjudican; no son peritos para satisfacer las inclinaciones de las partes” (*in re*; “Barbenza, R.”, C.C.C., 13/2/70) Cita de Ledesma.

§ 38. RAZONES DE LA INNECESARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN EN CÁMARA DE LOS PERITOS DE PARTE

La jurisprudencia constante de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital ha declarado que no correspon-

de la designación de perito de parte si el mismo no se encuentra inscripto en la nómina correspondiente de la Cámara.

La disposición que obliga a las Cámaras de Apelaciones de cada fuero a llevar un registro de peritos, se refiere exclusivamente a la designación de oficio.

Esto se basa en que la imposición a las partes en el juicio penal de la obligación de designar perito de una lista oficial llevada por el tribunal, podría importar no sólo una reforma del Código de Procedimientos en Materia Penal por vía de reglamentación, sino, y esto adquiere características de mayor gravedad, atentar contra el principio de la defensa en juicio.

En consecuencia, nada obsta a que si una de las partes del juicio penal desea designar en su nombre a una persona que sin encontrarse en el registro oficial reúne las condiciones de idoneidad y capacitación que las leyes exigen, así lo haga (Jurisp. Penal de Buenos Aires, fallo 1512 del 15/6/65, año IV, n° 13, p. 121).

§ 39. CULTURA PENAL DE LOS PSIQUIATRAS

En otra parte subrayamos la necesidad de incluir un curso de derecho penal en el programa de medicina legal para posgraduados.

Es de esperar que el *hombre delincuente* sea considerado lo suficientemente importante como para ser tenido en cuenta en la reforma de la docencia universitaria. “Si la materia requiere especialización, debe especializarse el órgano ordinario” (Iturmendi, cita de Barbero Santos, *Psiquiatría y derecho penal*, ob. cit.).

§ 40. ACOTACIONES DE INTERÉS PERICIAL RELACIONADAS
CON ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA
PENAL Y DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Art. 322 "in fine", CPPC; art. 153 CPPP: El examen pericial es obligatorio siempre que no pueda ser interpretado plenamente por el juez sin auxilio de especialistas y que el hecho o circunstancia sea pertinente para la averiguación de la verdad ¹⁹.

Jurisprudencia: El instructor policial, en virtud de las atribuciones conferidas por el art. 446 del mismo cuerpo legal puede designar peritos (SCBA, 1970-I-357; 1970-II-77).

No invalida la peritación la circunstancia de que la dispusiese el comisario cuando ya había remitido el sumario al juez, si recae sobre un hecho posterior y que por su naturaleza no admite dilación (SCBA, 1959-I-256).

Las pericias médicas fundadas en principios científicos, y que llegan a conclusiones categóricas, no se destruyen, en general, con simples argumentos, sino sólo con otras pruebas que demuestren el error (SCBA, 19-VII-476).

Art. 323, CPPC: Por lo general, los peritos deberán ser dos o más, pero bastará uno: 1º) cuando sólo éste pueda ser habido; 2º) cuando haya peligro de retardo; 3º) cuando el caso sea de poca importancia.

Art. 154, CPPP: El juez designará uno o más peritos,

¹⁹ Cafetzoglus, Alberto N., *Derecho procesal penal*, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1977, p. 109.

según lo estime conveniente, sin perjuicio del derecho acordado por el art. 159. Las partes podrán nombrar peritos a su costa para que procedan a llenar su cometido.

Art. 326, CPPC: Los peritos aceptarán el cargo bajo juramento (salvo, desde luego, los oficiales, por haber jurado al hacerse cargo del nombramiento respectivo).

Art. 327, CPPC: Nadie podrá negarse a acudir al llamamiento del juez para desempeñar un servicio pericial, si no estuviera legítimamente impedido. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del juez, en el acto de hacerse saber el nombramiento. El perito que sin alegar excusa fundada dejara de acudir al llamamiento del juez, o se negara a prestar el informe, incurrirá en las responsabilidades de los testigos —multa, arresto, pena por desacato a la autoridad establecida en el Código Penal—; puede ser compelido por la fuerza pública.

El art. 157 del CPPP, menciona una multa de 100 a 500 pesos o detención de hasta 20 días. El auto que así lo resuelva es apelable en relación. “Resulta, pues, evidente que la obligación de prestar auxilio judicial es, cuando se dan las condiciones, una verdadera carga pública”¹¹.

Arts. 333, CPPC; 158 CPPP: Los peritos podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces.

Art. 337, CPPC: “El juez fijará a los peritos todos aquellos puntos que crea oportunos y les dará por escrito o de palabra todos los datos que tuviere, haciendo mención de ellos en la diligencia y cuidando muy particularmente de no darlos de una manera sugestiva”.

Art. 160, CPPP: “El juez manifestará claramente el objeto del informe”. Conviene consignar el término en el que

¹¹ Cafetzoglus, Alberto N., ob. cit., p. 110.

se cumplirá la tarea pericial, pues en caso contrario puede quedar excluida la responsabilidad por negligencia de las partes.

Art. 339, CPPC: "Los peritos practicarán unidos la diligencia, y las partes podrán asistir a ella y hacerles cuantas observaciones quieran, debiendo retirarse cuando aquéllos pasen a discutir y a deliberar". El mismo texto adopta el art. 161 del CPPP. La jurisprudencia, recógida en *Fallos*, t. IV, p. 593; *JA*, 75-530, de la CCC de la Capital Federal, ha considerado nulo el dictamen practicado por los peritos separadamente, aunque se tratare de ampliación de uno anterior, verbigracia: peligrosidad, y los encargados de realizarlas sean los médicos de tribunales, habiendo la defensa indicado su perito. En cuanto al derecho de las partes a concurrir a la diligencia pericial, debe limitarse o suspenderse si los peritos estiman que tal asistencia perturba el desarrollo del examen o la calidad del mismo afecta las condiciones personales del examinado (por ejemplo, exploración ginecológica, un tacto rectal, etcétera); en todo caso, procede que los peritos comuniquen al juez tal eventualidad.

La presentación del informe pericial: En la práctica, el dictamen siempre se efectúa por escrito; en el juicio oral se amplía en la audiencia. Cuando existe coincidencia de opiniones todos los peritos firman un único dictamen; cuando hay disidencia de opiniones, cada uno suscribe la suya, y el juez, al sentenciar, apreciará el mérito de la prueba pericial.

Esta situación es contemplada por el Reglamento para la Justicia Nacional, en su art. 43 (prueba de peritos) "*Cuando se decreta prueba pericial con intervención de más de un perito, el auto que la disponga expresará que los expertos deben practicar unidos la diligencia y expedir su*

dictamen en un solo escrito, consignando el fundamento de sus opiniones, sean ellas concordantes o discordantes y, en su caso, las razones por las cuales los disidentes no coinciden con los otros”.

Historia clínica (documento privado): Según opinión generalizada, la historia clínica constituye un documento público; sin embargo, el análisis detenido de la legislación conduce a lo contrario. En primer lugar, el art. 254, CPPP, establece que “*los medios de prueba establecidos en materia civil para la comprobación de los documentos privados, rigen también en lo criminal en cuanto no estén limitados o en oposición con lo que se determina en este código*”. Cuando el Código Civil habla de los instrumentos públicos, se encarga, en su art. 979, de enumerar los documentos que revisten dicho carácter, no figurando en ninguno de su diez enunciados la historia clínica, como así tampoco los certificados médicos, los cuales, por lo tanto, deben catalogarse de instrumentos privados. Si se admite que la historia clínica agregada en autos es un documento privado, es válida la incorporación al proceso por la vía de un pedido de informes, ya que, aunque no está reglado específicamente este medio en el rito penal, el art. 254 CPPP reenvía a los medios probatorios en materia civil (C 3^a La Plata, S-III-1976, p. 181). “La historia clínica si bien no es un instrumento público según la noción técnica pertinente y lo dispuesto por el art. 979 del Código Civil, no hay duda de que de todos modos asume los relieves de un documento dotado de los caracteres para valer como tal” (C 3^a La Plata, S-III-1976, Reg. 181).

Certificado médico: El certificado médico expedido por un facultativo de un establecimiento oficial no constituye un documento público en los términos del art. 979 del Código Civil. Dicho instrumento no goza de autenticidad

ni tiene, respecto de su contenido, la fuerza probatoria de los arts. 993, 994 y 995 del Código Civil (SCBA, 1969-496).

Art. 329, CPPC: No podrán prestar informe pericial acerca del delito los que no están obligados a declarar como testigos, ni los que se encontraren afectados por algunas de las inhabilidades para ser testigos.

Honorarios: "Los que prestaren informes como peritos, en virtud de orden judicial, tendrán derecho a cobrar honorarios si no tuviesen retribución o sueldo del Estado o municipio, sin que esta gestión paralice la prosecución de la causa" (art. 166, CPPP).

Última reforma del Código de Procedimientos en Materia Penal relacionada con la actuación de peritos

(Anotaciones ordenadas del libro de Luis Darritchon "Comentario crítico a las reformas al Código de Procedimientos en Materia Penal", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981)

Atentos a las recientes reformas introducidas en el Código de Procedimientos en Materia Penal, ley 22.385 (año 1981) mencionaremos los arts. 339, 347 y 484, de incumbencia pericial.

Art. 336 (Texto nuevo): "Decretado el reconocimiento pericial durante el plenario, podrán las partes nombrar peritos a su costa, que acompañarán a los que el juez haya designado, siempre que dicha diligencia no pueda reproducirse en el plenario.

Durante el plenario las partes podrán usar libremente del mismo derecho y aun solicitar cualquier prueba pericial en los casos en que ella fuera procedente.

No es obligatoria la designación de perito por la parte que propone la prueba pericial, cualquiera que sea la etapa del proceso”.

Este artículo, renovado en la última parte, consagra la no obligatoriedad de la actuación de peritos de parte, a quienes los interesados deberán costearle sus honorarios. Se entiende que tal exigencia vulnera la garantía de la defensa en juicio con respecto a la imposibilidad económica de nombrarlos a su costa. Vale decir que la parte puede solicitar una diligencia pericial sin tener la obligación de proponer perito, cualquiera que sea la etapa en que se encuentre el proceso.

Art. 339 (Texto nuevo): “Los peritos practicarán unidos la diligencia y las partes podrán asistir a ella y hacerles cuantas observaciones quieran, debiendo retirarse cuando aquéllos pasen a discutir y a deliberar.

En caso de que el expediente hubiese sido entregado a los peritos, éstos deberán mantenerlo a disposición de las partes para su examen; salvo que se trate de un sumario en estado de secreto, lo que el juez hará saber a los peritos al disponer la entrega”.

Numerosas veces, en manos el sumario de los médicos forenses, éstos se veían obligados a negar a las partes la consulta de la causa cuando en realidad no existía razón valedera para tal negativa. En la última modificación procesal se soluciona una cuestión de derecho. La reforma del procedimiento deberá reglamentarse.

Art. 347 (Texto nuevo): “Los que prestaren informes como peritos en virtud de designación de oficio tendrán derecho a cobrar honorarios, si no tuviesen retribución o sueldo del Estado, sin que esto paralice la prosecución de la causa.

Presentada la pericia y brindadas las explicaciones que pudieran serle requeridas, el interesado podrá pedir la regulación de sus honorarios. El juez, con la presentación efectuada, ordenará la formación del respectivo incidente y, previa vista al Ministerio Fiscal y demás partes por el término común de tres días, regulará los honorarios del perito, cuyo pago estará a cargo del Estado con imputación al presupuesto del Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio del derecho de éste a repetirlo de la parte que resulte condenada en costas”.

El sistema adoptado por la reforma procesal pone fin a una injusta situación del perito de oficio ante la imposibilidad de hacer efectivos los honorarios que se le hubieran regulado.

Art. 484 (Texto nuevo): “Durante el término de prueba el juez ordenará la ratificación de los testigos y peritos del sumario, cuando las partes hubiesen observado sus declaraciones o exámenes periciales en los escritos de acusación o defensa y pedido tal ratificación dentro de los primeros diez días del término de la prueba o cuando lo considerase conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Los acusadores particulares o sus representantes, los procesados y sus defensores, y el Ministerio Fiscal, pueden concurrir a la ratificación de los testigos y peritos y hacerles, por intermedio del juez, las preguntas que estimaren pertinentes; y este último puede preguntarlos de oficio, aunque la ratificación hubiera sido dispuesta a petición de parte”.

Este agregado expreso pone el acento en una cuestión que no tenía solución legislativa en el procedimiento penal y que por excepción era recogida por algún tribunal, apli-

cando supletoriamente las disposiciones civiles y las disposiciones comerciales.

Art. 475. "Del dictamen se dará traslado a las partes y a instancias de cualquiera de ellas, o de oficio, el juez podrá ordenar que los peritos den las explicaciones que se consideren convenientes, en audiencia o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso. El perito que no concurre a la audiencia o no presentare el informe ampliatorio dentro del plazo, perderá sus derechos a cobrar honorarios total o parcialmente".

Comenta Darritchon (ob. cit., p. 77) que aunque no se ha reglamentado expresamente lo concerniente a las explicaciones que tendrán que dar los peritos, su expresa mención en la nueva norma otorga a las partes el derecho a exigir las y al juez el deber de ordenarlas si lo considera necesario o conveniente. Con ello —y esto es lo importante— nace la obligación para los jueces, una vez presentada la pericia, de dar traslado a las partes para que se expidan dentro del término que judicialmente les fije, a falta de uno determinado.

§ 41. MODELO DE TRATO IGUALITARIO ENTRE PERITOS DE PARTE

Pide que se reconsidere una resolución que quebranta la igualdad en la labor de los peritos de parte.

Señor juez de instrucción:

El Dr. N.N., perito designado a propuesta de la defensa en la causa seguida contra el Sr. C.N., expresa:

El día 20 del cte. se le notificó por cédula que debía abste-

nerse de ver al Sr. *R.L.* en el sanatorio Emanuel como no fuera juntamente con los señores médicos oficiales.

Para que VS. pueda apreciar que la actitud no es fruto de ninguna arbitrariedad, se ponen en conocimiento de VS. los siguientes antecedentes y circunstancias:

- 1º) El Dr. *R.A.L.*, perito designado a propuesta de los querellantes en este sumario, es el médico tratante del Sr. *R.L.* y, como tal, lo visita a diario, o casi a diario, en dicho sanatorio.
- 2º) Así se le hizo saber a la Excm. Cámara en el escrito presentado ante la misma el 6/12/78, cuando se denunció que el administrador del sanatorio Emanuel no permitía ver al Sr. *R.L.* La Excm. Cámara expidió un certificado que permitió efectuar el cometido.
- 3º) En ese escrito a la Excm. Cámara, se hizo presente que los señores médicos oficiales y el Dr. *C.* (médico tratante) ya tenían formado criterio sobre el estado del Sr. *R.L.* Los señores médicos oficiales por haber intervenido en la pericia ya realizada y el Dr. *C.* por ser el médico tratante del nombrado señor.
- 4º) En su larga actuación como médico forense, el Dr. *N.N.* ha tenido oportunidad de intervenir en situaciones como la que se presenta en estos autos —es decir, perito de parte que debe intervenir en una pericia ampliatoria—. Y si bien el art. 339 de la ley procesal penal establece que la diligencia procesal la deben practicar todos los peritos en forma conjunta, no debe olvidarse que el art. 337, en su segunda parte, dice que después de nombrados los peritos pueden “*practicar todas las operaciones y experimentos que su ciencia y arte les sugiera*”. De esta manera se pueden distinguir “las operaciones y experimentos” previos al dictamen pericial y al dictamen mismo.
- 5º) Advierta VS. que si se le impide al Dr. *N.N.* continuar sus exámenes, se lo coloca en la imposibilidad fáctica de emitir un dictamen fundado; o de lo contrario los señores médicos oficiales se verán obligados a concurrir con el suscripto en las varias entrevistas que necesariamente se deberán realizar para formar criterio científico.

Por las razones expuestas de VS. se solicita:

- 1º) Se revoque por contrario imperio la resolución que se le ha notificado al Dr. N.N. el 20 del cte., autorizándolo a visitar al Sr. R.L. en la misma forma que lo hace el perito de la querella, Dr. C.;
- 2º) Para el caso que VS. mantenga su criterio se interpone recurso de apelación por ante la Excma. Cámara. SERÁ JUSTICIA.

Dr. N.N.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Barbero Santos, M., *Psiquiatría y derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1965.
- Cafetzoglus, Alberto N., *Derecho procesal penal*, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1977.
- Dorado Montero, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1905.
- Hall, Jerónimo, *Criminología*, Depalma, Buenos Aires, 1963.
- López Ibor, J., *Symposium de psiquiatría forense*, Madrid, 1958.
- Mayer Gross, M.; Slater, E. y Ruter, M., *Psiquiatría clínica*, Paidós, Buenos Aires.
- Núñez, Ricardo, *El significado del concepto "funcionario público" en el Código Penal*, JA, 1946-544.
- Vallejo Nágera, A., *Symposium de psiquiatría forense*, Madrid, 1958.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO PERICIAL

Sumario

42. Régimen de trabajo. 43. Composición del dictamen psiquiátrico-forense; *a*) capítulo expositivo; (1) electroencefalografía; (2) informe psicológico o pruebas psicotécnicas; (3) informe socio-cultural y antropológico, I) estado mental del procesado en el momento del hecho; II) estudio del hecho, antecedentes y circunstancias que lo rodearon; *b*) consideraciones médico legales, (1) diagnóstico clínico; (2) tipificación del delito a través de sus notas sobresalientes; (3) operación psicogenética; (4) traslado del material criminológico al terreno jurídico penal, (5) juicio de peligrosidad; *c*) conclusiones. 44. Impugnación de peritos. Errores y falso testimonio. 45. Cooperación entre el perito de parte y el letrado patrocinante. 46. Retención en domicilio, sanatorio u hospital y los exámenes de los médicos forenses. 47. Notificación a los peritos oficiales.

§ 42. RÉGIMEN DE TRABAJO

El art. 43 del Reglamento para la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema, dispone que “...*cuando se decrete prueba pericial con intervención de más de un perito, el auto que lo disponga expresará que los expertos deben practicar unidos la diligencia y expedir su dictamen*”

en un solo escrito, consignando el fundamento de sus opiniones, sean ellas concordantes o discordantes y en su caso, las razones por las cuales los disidentes no coinciden con los otros". Lo cierto es que muy pocas veces los dictámenes médicos en disidencia completa siguen el camino indicado en el artículo citado.

La finalidad de tales disposiciones es, sin duda, evitar la incomunicación entre los peritos, especialmente cuando los de parte integran la junta médica, ya que en ciertas oportunidades, aunque en realidad son las menos, sucede que los médicos forenses dilatan o apresuran la redacción de sus informes, o guardan cierto hermetismo, y el perito de parte recién se entera de su remisión cuando del juzgado lo conminan a presentar el suyo en un plazo que oscila entre tres y cinco días, incluyendo la amenaza de que, en caso de no hacerlo así, incurrirá en desobediencia; figura penal prescripta en el art. 243 del Código Penal: "*Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva.*

"En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de 1 mes a 1 año".

§ 43. COMPOSICIÓN DEL DICTAMEN PSIQUIÁTRICO FORENSE

Siguiendo las normas generales dictadas por el art. 342 del Código de Procedimientos Penales, el peritaje psiquiátrico mantiene las tres etapas consignadas en dicho artículo, variando únicamente el contenido y la formulación específica de la materia.

Fundamentalmente, el informe psiquiátrico consta de

tres capítulos: el expositivo, el de las consideraciones psiquiátricas forenses o médico legales, y el de las conclusiones.

a) *Capítulo expositivo.*

A continuación del encabezamiento de rigor, donde se consignan los puntos de pericia a evacuar, el presente capítulo queda librado al mejor criterio del perito y al ordenamiento que el mismo entiende como más adecuado, comenzándose, por lo general, con el estudio de la personalidad del encausado. Para ello, habrá que acudir no sólo a las constancias sumariales, sino también a las investigaciones que el perito, valiéndose de los medios a su alcance, pero respetando las limitaciones procesales, estime conveniente practicar, sin excluir los exámenes somático, neurológico y biológico. En presencia de un psiquismo anormal, presuntamente patológico, el perito, a través de interrogatorios repetidos tantas veces como sea necesario, debe cumplir el *momento semiológico*, consistente, según técnicas, en recoger y ordenar los síntomas con que el trastorno se manifiesta, explorando función por función —descomposición analítica—, para luego agruparlas en una reconstrucción sintética, con vistas al diagnóstico clínico.

En cuanto a los antecedentes del sujeto, cabe señalar que no debe ahorrarse notación alguna: historias clínicas, certificados médicos, prontuarios, etc., incluso información de conocidos o familiares. Dentro de las especialidades con que cuenta el cuerpo médico forense, destacaremos los cuatro tipos de exámenes que interesan al psiquiatra.

1. *Electroencefalografía.* Es regla consagrada que un solo trazado es insuficiente; ante la duda, y frente a una conducta clínicamente significativa de lesión o disfunción cerebral, se impone repetir los exámenes, aun en otros ser-

vicios que no sean los del cuerpo médico forense. Asimismo, resultará oportuno recomendar el tipo de reactivación electroencefalográfica, incluso en la prueba de ebriedad provocada, experiencia capaz de darnos más de una sorpresa.

2. *Informe psicológico o pruebas psicotécnicas.* Resulta conveniente elegir las que más se adapten al caso en estudio. Somos partidarios de que la testista no trabaje aisladamente; antes y después de las pruebas del intercambio informativo entre la psicotécnica y el médico, siempre resultará beneficioso que el diagnóstico clínico lo efectúe éste y no la psicóloga.

3. *Informes sociocultural y antropológico.* Agrupando en este apartado los dos últimos, de los cuatro tipos de exámenes que interesan al psiquiatra, cabe señalar que los aportes de estas materias auxiliares constituyen un equipo interdisciplinario de inestimable valor. Al margen de responder a nuevas exigencias metodológicas, abren y profundizan investigaciones que iluminan la comprensión racional del momento delictivo recaído sobre la trayectoria histórica de un sujeto, sustentado en un pasado y proyectado hacia un porvenir, indisolublemente ligados a la disposición personal y al mundo circundante.

Se entiende que este material pertenece a la carpeta del psiquiatra, quien debe valorarlo dentro de la estructura general de la pericia.

1) *Estado mental del procesado en el momento del hecho:* Algunas veces, esta investigación la solicitan los propios jueces, particularmente cuando aparece un compromiso de conciencia. La tarea psiquiátrica se concentra entonces en el examen de la memoria relacionada al hecho y al comportamiento del autor durante el mismo.

II) *Estudio del hecho, antecedentes y circunstancias que lo rodearon*: Bajo el título de *semiología delictiva* se cobija la aplicación de singular empeño en el análisis descripto de la conducta ilícita, recreando el *inter-criminis* a través de la información sumarial y de los datos extraídos del interrogatorio pericial.

b) *Consideraciones médico-legales.*

Éstas deben cubrir, cuanto menos, cinco cometidos:

1. *Diagnóstico clínico.* Constituyendo una tarea exclusivamente psiquiátrica, importa describir el cuadro semiológicamente caracterizado de la entidad nosológica a que pertenece. Si se tratara de un caso de inconsciencia, habrá de establecerse su autenticidad y etiología.

2. *Tipificación del delito a través de sus notas sobresalientes.*

3. *Operación psicogenética.* Se logra a través de la demostración de que el delito, por su forma y estructura, reviste la modalidad psicopatológica del trastorno mental diagnosticado (filiación nosográfica del delito), lo cual, en otras palabras, significa que entre el delito y la enfermedad mental debe existir una correlación sintomática y patogénica que asegure el nexo causal.

4. *Traslado del material criminológico al terreno jurídico penal.* Al efectuar dicho traslado, el material citado debe adecuarse a la fórmula de la inimputabilidad legislada en el art. 34, inc. 1º del Código Penal, la cual, desde que es mixta, exige una tarea doble: a) ubicar el trastorno mental diagnosticado dentro de alguno de los

componentes de la trilogía del apartado biológico del art. 34 “...*insuficiencia de las facultades, alteración morbosa de las mismas o estado de inconsciencia*”, y b) las consecuencias psicológicas entran también en la interpretación psiquiátrica forense, porque no se concibe una enfermedad mental sin que la conducta alterada repercuta sobre el ámbito social acarreando disvalor. Las alteraciones de la conducta constituyen un fiel exponente de los rendimientos psicológicos, en cuanto a la capacidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones. La valuación y el nivel de este juicio, es del resorte exclusivo del juzgador, sin que ello obste para que el perito, basado en los factores psicológicos, manifieste también su opinión.

5. *Juicio de peligrosidad.* El presente juicio corre por cuenta del perito psiquiatra, tomando oportuna la aplicación de una medida de seguridad curativa que, obviamente, también es decidida por el juez.

c) *Conclusiones.*

En el orden de los puntos de pericia, se formulan las respuestas que merecen, recapitulando los argumentos esgrimidos en las consideraciones psiquiátrico-forenses, como remate obligado de una estructura sólida y armónica.

Este capítulo es el primero que se lee de un dictamen; por lo tanto, lo sintético, que constituye su principal mérito, no debe impedir la comprensión integral del caso.

§ 44. IMPUGNACIÓN DE PERITOS. ERRORES Y FALSO TESTIMONIO

Únicamente en casos muy excepcionales —que los hay— un psiquiatra puede verse involucrado en un proceso por

falso testimonio, a raíz de una equivocación en el diagnóstico, o indicaciones, asimismo erróneas, de una internación nosocomial. En ciertos casos, es el Ministerio Fiscal quien acusa; en otros, algún interesado.

El sobreseimiento de la causa es la regla, ya que el falso testimonio no se comete culposamente y, en el caso, hay que demostrar que hubo dolo, es decir, que existió intención de causar daño o perjuicio, alterando voluntariamente la verdad. En el fárrago de opiniones desencontradas a que da lugar el profesionalismo psiquiátrico, ello es, si no imposible, al menos muy difícil de demostrar, ya que en esta materia el margen de error es ilimitado.

§ 45. COOPERACIÓN ENTRE EL PERITO DE PARTE Y EL LETRADO PATROCINANTE

Ambos profesionales deben estar completamente imbuidos de la tarea que deben realizar en común, y no trabajar aisladamente.

En un intercambio permanente, el abogado seguirá la marcha del proceso y las actuaciones del perito desde el momento en que éste acepte el cargo, proponiendo los puntos a dilucidar y desarrollándolos en vista de la finalidad perseguida.

Por su parte, el letrado debe secundar al experto en cualesquiera de las incidencias en las cuales pueda quedar involucrado, tanto en sus relaciones con el tribunal, como con los médicos oficiales.

Asimismo, cooperará recolectando datos y antecedentes, extrayendo de las actuaciones sumariales aquellos hechos o testimonios que a su juicio refuercen las argumentaciones periciales.

§ 46. RETENCIÓN EN DOMICILIO, SANATORIO U HOSPITAL Y LOS EXÁMENES DE LOS MÉDICOS FORENSES

El reglamento de 1963 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional y Criminal de la Capital Federal, dispone al respecto:

“Sólo podrá disponerse que la detención del procesado se haga efectiva en su domicilio o sanatorio privado, cuando los médicos oficiales de los tribunales afirmasen en forma categórica que la asistencia de aquél no es posible en los hospitales o enfermerías de la Dirección Nacional de Institutos Penales. En caso afirmativo, el examen e informe médico oficial deberá repetirse cada quince días, haciendo saber por nota a la Cámara el nombre del procesado, el delito, conclusiones del informe, nombre del facultativo, fecha del traslado y dirección del sanatorio o domicilio. Antes de ordenar este traslado se dará vista al fiscal de primera instancia para que exprese sus opiniones” (art. 65).

“El trámite para la internación de procesados en el hospital neuropsiquiátrico, deberá efectuarse directamente ante el Instituto Nacional de Salud Mental, sin perjuicio de los peritajes que correspondan al cuerpo médico forense” (art. 58, internación de procesados).

§ 47. NOTIFICACIÓN A LOS PERITOS OFICIALES

Aceptado el cargo por el perito propuesto por la defensa, es de incumbencia del juez establecer el término para la presentación de la pericia y disponer los puntos sobre los que se realizará la misma, así como la pertinente notificación a los peritos oficiales designados al efecto. Si

ello no se ha cumplido, no puede atribuirse a negligencia de la defensa la demora en la presentación de la misma.

La disposición aludida emana de un fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal, Sala 2ª, causa 5304, "Barbieri, F.", del 18/5/65 (véase en Jurisp. Penal de Bs. As., año IV, n° 13, p. 121).

PARTE SEGUNDA
RESPONSABILIDAD PENAL
DEL ENFERMO MENTAL

CAPÍTULO IV

CONCEPTOS BÁSICOS

Sumario

48. Introducción; *a)* escuela clásica; *b)* escuela positiva. 49. El hombre es un ser responsable. 50. Concepto de responsabilidad penal. 51. Fundamentos psiquiátricos filosóficos de la responsabilidad penal.

§ 48. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos demasiado lejos del Congreso de Neurología celebrado en Ginebra en el año 1907, oportunidad en que la asamblea se pronunció en favor de la moción del doctor Gilbert Ballet, el cual expresó en la citada oportunidad: “Las cuestiones de responsabilidad e irresponsabilidad son para mí, cuando obro y hablo solamente con el carácter de médico, absolutamente indiferentes. No me son indiferente como psicólogo, pero como perito médico considero que por efectos de una lamentable costumbre es como los magistrados o los jueces plantean al médico la cuestión relativa a saber si tal o cual persona es o no responsable, cuestión que el médico no está capacitado para resolver”.

A más de setenta años de dicho pronunciamiento, las palabras que conforman su contenido han perdido vigencia, por cuanto el avance de la psiquiatría sobre el campo socio-lógico y cultural ha superado la antítesis entre la medicina y el derecho.

Para reforzar esta simbiosis, resulta menester el cumplimiento de dos requisitos. En primer término, el psiquiatra debe conocer la ley a la que ha de servir. Asimismo, y en segunda instancia, los encargados de administrar justicia penal deben contar con la preparación psiquiátrica y criminológica adecuada, a fin de lograr sustraerse a la autocracia tiránica de los informes médicos.

El psiquiatra llamado a dictaminar sobre esta materia, debe saber ubicar su cometido dentro de la estructura de la responsabilidad penal, conociendo además la modalidad funcional de los otros factores, que asimismo la integran y supeditan.

Cuando se menciona el tema de la responsabilidad penal, parece surgir, indubitable, la referencia expresa a las razones por las cuales el delincuente debe soportar las consecuencias legales de su infracción.

Las discrepancias existentes pueden resumirse en los postulados de la escuela clásica y la positiva.

a) *Escuela clásica.*

Los postulados de esta escuela se basan en la autoría moral y el libre albedrío. Consideran los mismos que el hombre es un ser inteligente y libre, por lo que es capaz de comprender la naturaleza del acto que realiza y elegir entre el realizarlo o no. Puesto en la disyuntiva de optar entre el bien y el mal, al decidirse por este último obra voluntariamente, cargando con sus consecuencias; de la misma manera en que se expone el autor de un libro por lo que ha escrito o un artesano por la obra realizada.

b) *Escuela positiva.*

Postula la negación de la libertad moral del hombre y sostiene el determinismo cosmológico. Afirma que el ser humano no es más espontáneo en su conducta que la piedra que cae o la ameba que se retrae cuando se vierte una gota de ácido en el medio en que vive. Por lo tanto, asegura que el fundamento de la responsabilidad no ha de buscarse en el autor del delito, sino en la sociedad que tiene el derecho de defenderse.

En opinión de Ferri, los actos del hombre pueden serle imputados, debiendo asumir la responsabilidad que le cabe en función de ellos, ya que el hombre se debe a una sociedad.

A poco de andar, los positivistas perfeccionan su teoría con la doctrina del estado peligroso: el autor de un delito es responsable de éste, en la medida de su peligrosidad.

Como en la presente oportunidad no es nuestro propósito extendernos sobre las características y confrontaciones de ambas tendencias penales, nos remitimos al § 10, y para fijar ideas reproducimos un cuadro en el que sintéticamente se podrán apreciar las diferencias mencionadas.

Obviamente, y aun habiendo recibido algunas contribuciones de orden positivista —peligrosidad, medidas de seguridad, etc.—, resulta evidente que nuestra legislación penal es de corte eminentemente clásico.

§ 49. EL HOMBRE ES UN SER RESPONSABLE

Para el que tenga inclinaciones semánticas, será interesante descubrir cómo la responsabilidad penal no es sino una de las tantas formas en las que el hombre se

ESCUELA	PRINCIPIO FILOSÓFICO	MÉTODO	CONCEPTO DEL DELITO	P E N A		
				Fundamento	Función	Relación
<p><i>Clásica:</i></p> <p>Surge como una reacción contra el arbitrio teológico y autocrático.</p> <p>Beccaria Carrara Pessina</p>	<p><i>Libre albedrío:</i></p> <p>Formulado apriorísticamente. El hombre es libre y un ser voluntario.</p>	<p><i>Lógico; Abstracto; Deductivo.</i></p>	<p><i>Culturalista; ente jurídico; objeto ideal.</i></p>	<p><i>Responsabilidad moral.</i></p>	<p><i>Castigo; retribución; defensa del derecho; prevención, intimidación.</i></p>	<p><i>Con la cantidad y calidad de daño o lesión al derecho; con el delito.</i></p>
<p><i>Positiva:</i></p> <p>Nace del campo de las ciencias naturales antropológicas y psiquiátricas.</p> <p>Lombroso Ferri Garófalo</p>	<p><i>Determinismo:</i></p> <p>Ley de la conservación de la materia. Comte Lamark</p>	<p><i>Causal explicativo:</i></p> <p>Observación de la realidad; científico natural.</p>	<p><i>Fenómeno natural:</i></p> <p>En dependencia con factores antropológicos, sociales y físicos.</p>	<p><i>Responsabilidad social.</i></p>	<p><i>Defensa social.</i></p>	<p><i>Con el delincuente; peligrosidad.</i></p>

(Las dos escuelas penales básicas)

compromete, ya sea con las cosas más importantes, o con los más banales menesteres.

Acompañamos a Pedro Laín Entralgo¹, erudito historiador español, en sus incursiones filológicas.

Responsabilidad procede del verbo latino *respondere*, que expresa la acción recíproca de *spondere*, obligarse, empeñarse o prometer, tal como sucede en el deber de cumplir el pacto de los *esponsales* y, *sponsa*, esposa o prometida. En este mismo sentido, el *responso* es una invocación para que Dios se comprometa a proteger nuestros muertos —en la antigua Grecia, los sacrificios y libaciones en los altares perseguían una finalidad similar.

Profundizando psicológicamente el tema, Pedro Laín Entralgo desarrolla una simple pero convincente argumentación: “Acabo de oír la una de la tarde, y alguien me pregunta qué hora es. Yo contesto: la una. ¿Qué he hecho yo con ello? Indudablemente tres cosas: he dado una respuesta hacia afuera a la pregunta de un hombre; he respondido que en efecto es la una, y además he respondido hacia dentro, es decir, ante mí mismo, ante el tribunal de mi propia conciencia, conciencia que no es solitaria, sino que está religada con la conciencia de los otros hombres, *religación del hombre*, constituyendo así un carácter esencial de la existencia humana.

”El hombre es un ser responsable y lo es porque es capaz del uso de la *libertad*: de una libertad sometida a modos y grados. El problema psicológico de la responsabilidad penal queda así referido al uso de la libertad —problema candente de los mal llamados semialienados— (...) Conformarse con hablar de una irresponsabilidad atenuada es cosa tan ruda y primaria como una psiquiatría que se

¹ Laín Entralgo, Pedro, *Discurso*, Real Academia Nacional de Medicina, Madrid, 1951.

contentase clasificando a los enfermos mentales en *dementes* y *parcialmente razonables*".

Los problemas inherentes a la imputabilidad disminuida deben ser acometidos con mayor amplitud y mejores armas intelectuales por los juristas y psiquiatras de nuestro siglo, para lo cual es urgente edificar una disciplina consagrada a estudiar con precisión los modos y grados normales y patológicos de la libertad humana; nos parece que la empresa le corresponde más al derecho que a la medicina.

§ 50. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PENAL

En derecho se habla de responsabilidad penal en relación con las consecuencias del delito, consistentes en la obligación de sufrir las consecuencias de los actos ilícitos tributarios de una pena.

En las postrimerías del proceso penal, recién se hace presente la responsabilidad como el deber de cumplir la pena que tal acción merece.

§ 51. FUNDAMENTOS PSIQUIÁTRICO-FILOSÓFICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el tema en los párrafos 5 a 13, en los cuales se profundizan los aspectos jurídicos, lo enfocaremos ahora de acuerdo con la óptica de la psiquiatría forense que, accesible a la formación médica, pretendemos que no desvirtúe ni deforme los principios de la dogmática penal.

Descansa la teoría de la responsabilidad humana, en

la existencia de un *yo* capaz de mantener una conducta, un modo de existir distinto de los de los seres que lo rodean, a cuyo efecto resulta necesario poseer la capacidad de elegir, decidirse y ejecutar, constituyéndose por vía de aquellos actos en propietario de los mismos.

Si como entes libres somos capaces de realizarnos de una u otra forma, de crear hechos y cosas, automáticamente nos convertimos en responsables de esas mismas cosas que hacemos, y de cargar a nuestra cuenta sus consecuencias, malas o buenas.

Sin embargo, aún existe otro factor a considerar, concerniente a la permanencia de la identidad del *yo*. Pese a las variaciones temporales biológicas y ambientales, un denominador común en los proyectos de acción nos permite atribuir a cada persona, a través del tiempo, una filosofía psicológica particular.

La identidad consigo mismo —cualidad rectora del sentido de una vida— sufre, a raíz de las enfermedades mentales, un profundo quebranto a consecuencia del cual los actos emanados del *yo* alterado ya no le pertenecen, le son totalmente ajenos, extraños; por lo tanto, el paciente no responde por ello; en todo caso, la responsable sería la enfermedad.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Lafín Entralgo, Pedro. *Discurso*, Real Academia Nacional de Medicina, Madrid, 1951.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DINÁMICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

(Presupuestos de la responsabilidad penal)

Sumario

52. Presupuesto objetivo (no hay delito sin antijuridicidad); *a*) antijuridicidad; *b*) causas de justificación; (1) estado de necesidad; (2) cumplimiento de deberes; (3) legítima defensa. 53. Presupuesto subjetivo; *a*) imputabilidad y culpabilidad: relaciones y diferencias; *b*) concepto genérico de imputabilidad. 54. Criminología e imputabilidad; simil físico de la imputabilidad. 55. Imputabilidad legal. Sistemas que la regulan; *a*) psiquiátrico puro; *b*) exclusivamente psicológico; *c*) psiquiátrico-psicológico-jurídico; consecuencias de la fórmula; (1) rechazo de todo razonamiento apriorístico deductivo; (2) estructura unitaria de la fórmula; (3) función calificadora y condicionante del apéndice psicológico. 56. De la culpabilidad en general; *a*) concepto; *b*) la investigación de la imputabilidad es previa y eliminatória; *c*) características funcionales de la culpabilidad; *d*) diferencias con las causas de justificación, que sabemos suprimen la ilicitud; *e*) causas que excluyen la culpabilidad; (1) el error; (2) la coacción. 57. De la culpabilidad en particular. Especies de culpabilidad; *a*) el dolo; (1) teoría de la voluntad del resultado; (2) teoría de la representación o previsión; (3) teoría del asentimiento; *b*) el dolo eventual; *c*) la culpa.

Una manera didáctica de esclarecer y desarrollar el tema, es partiendo de la definición técnico-jurídica del

delito, entendido éste como *toda acción típicamente anti-jurídica y culpable*. Ello implica el manejo de tres conceptos que, aunque concéntricos, por diferentes no deben confundirse: *antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad*.

Desde otra sistemática, podremos ordenar estos elementos en dos presupuestos: 1º) presupuesto objetivo: antijuridicidad; 2º) presupuesto subjetivo: culpabilidad, la cual incluye la imputabilidad. Los trataremos por separado, juntamente con las causas excluyentes.

§ 52. PRESUPUESTO OBJETIVO

a) *Antijuridicidad.*

Un hecho se considera antijurídico cuando es *contrario al derecho*, es decir, cuando está en desacuerdo con los fines del orden jurídico que regula la vida en común, juntamente representado por la ley¹.

b) *Causas de justificación.*

Llámase de esta manera a las circunstancias que hacen desaparecer la antijuridicidad. Las causas de justificación se refieren a hechos que tienen la exterioridad de un delito, pero no lo son por ausencia del elemento antijurídico expresamente consignado por la ley. De esta manera, la muerte causada en legítima defensa es formalmente idén-

¹ Existe una correlación entre el proceso que los juristas llaman subsunción y nuestra tarea diagnóstica. En la primera se identifica una conducta con la descrita por la ley como típicamente antijurídica; en la segunda el médico adscribe el cuadro clínico observado a una entidad típicamente patológica.

tica a la que resulta de un homicidio alevoso, pero mientras la primera es legítima, la segunda es antijurídica. Mediando una causa de justificación, la acción queda desprovista del carácter delictivo, por ende, la instrucción se detiene inmediatamente, sin entrar en la investigación de la culpabilidad; el sobreseimiento de la causa epiloga el proceso judicial.

Las causas de justificación se encuentran consignadas en el art. 34 del Código Penal; ellas son:

1º) *Estado de necesidad*. "...el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño" (art. 34, inc. 3º);

2º) *Cumplimiento de deberes*. "El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo". En estas disposiciones, se incluirían el homicidio y las lesiones ocasionadas en la práctica de los deportes, la muerte o las lesiones como consecuencia de una intervención quirúrgica o acto médico.

3º) *Legítima defensa*. "El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende" (art. 34, inc. 6º).

§ 53. PRESUPUESTO SUBJETIVO

a) *Imputabilidad y culpabilidad: relaciones y diferencias.*

Ambas se desenvuelven dentro de la esfera subjetiva del individuo, pero mientras una constituye un supuesto

básico —un estado psicológico—, la otra aparece al ejercitarse dicho estado en relación con un determinado hecho.

Los dos elementos conforman una unidad compuesta; estática, si se trata de la imputabilidad; dinámica, en cuanto funciona como culpabilidad.

No es suficiente que un sujeto haya cometido un hecho típicamente antijurídico para que se lo declare responsable; además, es necesario que sea culpable, que medie una relación subjetiva entre el autor y el acto, relación que se establece mediante el ejercicio de las funciones psíquicas inherentes a una personalidad normal. Lo expuesto implica afirmar que el *yo* del *autor* se halla presente en el delito, que realmente es obra suya, y que en consecuencia se ha hecho acreedor a la retribución penal correspondiente. Mas para que esta circunstancia se verifique, resulta menester poseer los atributos psicológicos que personalicen el delito; en ello consiste la imputabilidad.

Rescapitulando, diremos entonces que desde el punto de vista jurídico, la pena posee un carácter retributivo; como tal, se presupone que quien ha de sufrirla es psicológicamente imputable, vale decir, capaz de comprensión y voluntariedad; única forma de poder retribuirle el accionar ilícito.

b) *Concepto genérico de imputabilidad.*

Genéricamente considerada, la imputabilidad es el conjunto de condiciones que desde el punto de vista psicológico debe reunir una persona para que se le pueda atribuir la comisión de un delito a los fines que las leyes penales estatuyen. En un nivel menos técnico, se la puede definir como la facultad de obrar normalmente, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política de los hombres (von Liszt), o más sencilla-

mente aún: la imputabilidad se basa en la salud mental. Ser imputable equivale a ser mentalmente sano; se supone que todos lo somos, hasta que no se demuestre lo contrario. Es por esta razón que la ley contiene las excepciones, es decir, las causas de inimputabilidad.

Por su parte, el art. 36 del Código Penal, aplicando el criterio puramente biológico, declara no punibles a los menores de catorce años (falta de madurez de la personalidad)².

§ 54. CRIMINOLOGÍA E IMPUTABILIDAD

Según lo mencionado en el párrafo, nos suscribimos a los conceptos de Fontán Balestra³, por cuanto nos parecen muy instructivos, ya que señala el importante papel que desempeña a la criminología en la tarea psiquiátrico-forense.

La imputabilidad es un concepto criminológico que se alcanza mediante la observación directa del individuo, tomando como referencia la ley penal. En virtud de lo expuesto, es que Mezger, refiriéndose al art. 51 del Código Penal de Alemania, expresa que "... es la puerta por la que el derecho punitivo pasa al terreno de la moderna investigación de la personalidad".

La fórmula de von Liszt se acerca mucho al concepto de salud mental, la cual puede definirse como el conjunto de facultades que permiten a un individuo pensar, sentir y actuar en armonía con el medio, creando y compartiendo el bienestar social.

² Pueden considerarse sinónimos de imputabilidad los términos usados corrientemente en el foro: capacidad para delinquir, capacidad de ser culpable, capacidad de imputación.

³ Fontán Balestra, C., *Manual de derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 144.

Símil físico de la imputabilidad

Solemos comparar la capacidad para delinquir, con la aptitud física para practicar deportes.

Para que un boxeador pueda ejercer su profesión, se le exige un mínimo de condiciones psicofísicas: edad, estatura, peso, integridad corporal, normalidad cardiovascular, pulmonar, etc.; requisitos éstos indispensables (imputabilidad física), sin los cuales el código deportivo no le extiende la licencia correspondiente para practicar su profesión.

Del mismo modo, si un individuo está mentalmente enfermo, en un estado de inconsciencia, o es menor de catorce años, careciendo de aptitud psicológica, el Código Penal le retira la *patente* de delincuente y, en su caso, lo exime de pena.

El ejemplo propuesto se enriquece al señalar las circunstancias en que un boxeador, en el terreno de la culpabilidad deportiva, pierde dolosamente la pelea al venderse al adversario. Asimismo la puede perder a título de culpa si, negligentemente, descuidó su preparación; o por cuanto, imprudentemente, aplicó un golpe bajo. El fracaso como boxeador puede también depender de su impericia.

§ 55. IMPUTABILIDAD LEGAL.

SISTEMAS QUE LA REGULAN

El problema que ahora se plantea es el de transplantar al terreno de la ley la noción genérica de imputabilidad, plasmándola en una fórmula que, sin desvirtuar su finalidad, encierre en su texto todos aquellos casos acreedores de inimputabilidad.

Nos anticipamos a manifestar que el criterio adoptado por nuestro Código es el psiquiátrico-psicológico-jurídico, advirtiéndole que si el autor de un delito no tiene la edad requerida por la ley, o sea, catorce años, es sin más inimputable, sin necesidad de satisfacer una condición de índole psicológica ulterior, por cuanto se presupone *ope legis* que estos atributos no se alcanzan por falta de madurez mental.

Los sistemas adoptados por las diferentes legislaciones pueden reducirse a tres: el psiquiátrico puro; el exclusivamente psicológico, y el psiquiátrico-psicológico-jurídico.

a) *Psiquiátrico puro.*

La imputabilidad depende exclusivamente del factor biológico: salud mental. Por contrario imperio, la inimputabilidad surge ante la presencia de un trastorno mental, abstracción hecha de las consecuencias psicológicas que tales estados acarrearán.

Este sistema es el adoptado por el Código Penal español del año 1944, en fórmula transcrita de su anterior de 1932, art. 8º: “Están exentos de responsabilidad criminal: el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir”.

El francés, en su art. 64, expresa: “No hay crimen ni delito cuando el reo estaba en estado de demencia en el momento de la acción o cuando ha sido obligado por una fuerza a la cual no ha podido resistir”.

Asimismo, siguen el sistema biológico puro los códigos de Honduras (que hace referencia al imbécil o demente); Chile (loco o demente); Puerto Rico (idiota o lunático), y Bolivia (demencia).

Al margen del defecto jurídico de ignorar lo que verdaderamente le importa al derecho penal, o sea la incapacidad

cidad de comprender y gobernar, el sistema biológico puro, necesariamente debe atenerse a una terminología acerca de la cual no existe unanimidad de pareceres y, por añadidura, resulta insuficiente para abarcar la múltiple y proteiforme variedad de trastornos psíquicos capaces de crear situaciones de inimputabilidad. Por lo demás, la ley tiene en cuenta las enfermedades mentales en función de sus efectos y no de su nomenclatura ni del lugar que ocupan en las clasificaciones psiquiátricas.

Se considera criticable, desde el punto de vista técnico, confiar todo el valor a una fórmula psiquiátrica de terminología cambiante y sin vigencia unánime. “Ello serviría únicamente para introducir confusiones, dudas y vacilaciones en la aplicación del precepto respectivo, salvo que llevara la voluntad (osadía) hasta definir el término científico usado”⁴.

Por nuestra parte, agregamos que al recaer toda la prueba de la inimputabilidad sobre un diagnóstico médico, se minimiza tanto la función del juzgador que éste desaparece del escenario forense; de donde puede afirmarse que en el sistema biológico puro, el psiquiatra sustituye al juez.

b) *Exclusivamente psicológico.*

El presente sistema prescinde de la causalidad psiquiátrica, ateniéndose únicamente al funcionamiento de las operaciones psíquicas y su rendimiento.

La fórmula psicológica más antigua, es la del Código Toscano, la cual establecía la inimputabilidad a “quien no tiene conciencia de sus actos”; según Mc Iver, de magnífico rigor técnico.

Este sistema impera en Venezuela (referido a quien

⁴ Mc Iver, C., *Fórmula legal de la imputabilidad*, en “Revista de Derecho Penal”, 1945, año I, p. 161.

quede privado de conciencia y libertad); Ecuador (de entender y querer); Panamá (de discernimiento, conciencia y libertad); Paraguay (del uso de las facultades intelectuales).

Si la psiquiatría maneja un lenguaje tan impreciso como precarias resultan ser sus teorías, la psicología, aún en pleno desarrollo, flaquea del mismo lado. Cualquiera que sea la terminología utilizada: conciencia, voluntad, entendimiento, comprensión, libertad, acarrear las mismas discrepancias conceptuales. Sin ir más lejos, la aparente simpleza de la palabra *facultades*, empleada en el inc. 1º del art. 34 de nuestro Código Penal, ha dado motivo a interpretaciones dispares, según el criterio restringido que excluye la vida afectiva, y el criterio amplio, que abarca todos los componentes del psiquismo normal.

Por otra parte, el análisis psicológico, forzosamente limitado al acontecimiento delictivo, no contabiliza los antecedentes heredológicos, biográficos, sociales, y aun psicopatológicos, cuyo estudio, de acuerdo con directivas criminológicas, no puede ni debe eludirse.

El riesgo de la exclusiva valoración psicológica radica en la índole subjetiva del *inter-criminis*, la fugacidad de su fenomenología, y la infiel traducción posterior en el mundo vivencial del imputado (es lo que sucede en los estados de emoción violenta).

Liberada la investigación psicológica de las bases biológicas que la sustentan, nunca alcanzaremos a determinar la raíz morbosa del evento criminal. Siguiendo el criterio psicológico puro ¿cómo podría atestiguarse la modalidad patológica del delito y aplicar la medida de seguridad curativa?

La causalidad psiquiátrica propone el umbral mínimo, el punto de reparo por encima del cual los elementos psicológicos de la inimputabilidad tendrían fuerza excusante.

Aún cabe poner de manifiesto otras circunstancias de-

mostrativas de que por sí solos los elementos psicológicos, sin el aporte psiquiátrico, resultan insolventes. Se trata de los delitos cometidos por delirantes lúcidos, provistos de una excelente memoria, orden y claridad del pensamiento y de la voluntad, puestos al servicio de tan razonadas motivaciones, adecuada preparación y eficacia ejecutiva del acto criminoso, que ni aun el más detenido análisis psicológico podría detectar su extracción patológica, si no fuera porque la psiquiatría los ha calificado, tras una larga experiencia, como entidades morbosas.

Desde este enfoque exclusivamente psicológico, se hace sumamente complejo convencer al lego —incluyendo al juez—, de que nos encontramos en presencia de un verdadero enfermo mental, y que esa conducta delictiva, aparentemente desprovista de atributos dolosos, está viciada por el germen patógeno de un proceso paranoico: es lo que hemos llamado, con la debida licencia jurídica, *dolo patológico*.

El fundamento causal, pues, de la morbosidad de un accionar delictivo, le pertenece a la psiquiatría, dentro de cuyo marco el juzgador valoriza, en el caso concreto, el alcance y la trascendencia de los efectos psicológicos inherentes a la inimputabilidad.

c) *Psiquiátrico-psicológico-jurídico.*

Nuestro Código Penal, al igual que el alemán, italiano, brasileño, peruano, entre otros, adoptan este sistema, que no solamente requiere la presencia de una causalidad psiquiátrica, sino que, además, exige las consecuencias psicológicas que anulen la comprensión y la voluntariedad.

El art. 34, inc. 1º, dispone: *“No son punibles: el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las*

mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Consecuencias de la fórmula

Del sistema biopsicológico emergen tres consecuencias, a saber:

1. *Rechazo de todo razonamiento apriorístico deductivo.* La interpretación legal de la fórmula no acepta de antemano que una afección psiquiátrica acarree por sí misma inimputabilidad, como tampoco que un disturbio psicológico, en ausencia de todo factor patológico, se constituya exclusivamente en fundamento de aquel estado.

2. *Estructura unitaria de la fórmula.* Alguna vez hemos dicho que con admirable visión antropológica, el art. 34 reivindica jurídicamente la indisoluble comunión que existe entre el cuerpo y el espíritu. Todo intento de escindir ambos componentes, constituye una infracción a las reglas de una buena técnica forense.

3. *Función calificadora y condicionante del apéndice psicológico.* Es evidente que las entidades mayores de la psiquiatría clínica —oligofrenia profunda, demencia, confusión mental, psicosis maniaco depresiva, esquizofrenia—, llevan en sí mismas, consustancialmente, diríamos, la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones.

Sin embargo, cuando la psiquiatría se muestra impotente para establecer la naturaleza patológica de sus cuadros, el apéndice psicológico asume un papel decisivo. En

efecto, como quiera que la preocupación de la ley recae sobre las condiciones psicológicas tributarias o no de imputabilidad, son estas consecuencias las que suministran las pautas valorativas, el índice en cuya virtud el trastorno mental asume categoría de morboso.

Sabemos que cualquiera que sea la ubicación clasificatoria que se le asigne a un trastorno mental, si durante el hecho el autor no comprendió o no pudo dirigir sus acciones, la inimputabilidad es la consecuencia legal inexorable.

En el terreno de la crítica, Cousignio Mc Iver expresa que los componentes psiquiátricos incluidos en la fórmula de la inimputabilidad introducen un elemento de confusión y que no tienen por qué preocupar a la vida jurídica. Si existe falta de capacidad para entender y querer, seguramente el autor es un enfermo mental; pero aunque no lo fuera, si carece de esos atributos en sus procesos psíquicos, con toda seguridad carece de la posibilidad de obrar con culpa.

En la segunda de las hipótesis citadas, Mc Iver se coloca en un absurdo, pues no se concibe, está fuera de toda razón científica, que una persona carente de discernimiento y voluntad no tenga alteradas sus facultades, cualquiera que sea el lugar que dicha alteración ocupe en la clasificación psiquiátrica: psicosis, neurosis, personalidad psicopática, reacciones vivenciales anormales, en corto circuito, etcétera.

Por otra parte, sabemos que en el sistema mixto no caben las contradicciones, porque la inimputabilidad legal constituye una estructura unitaria, integral e indivisa: *lo que la causalidad anuncia, las consecuencias lo rubrican; cuando la psiquiatría duda, la valoración psicológica lo decide*. Inseparablemente asociados, ambos elementos se complementan y compenetran en una misma *gestalt*, como una llave en su cerradura.

Con singular eficacia técnica, la fórmula de la inimputabilidad adoptada por nuestra legislación penal ha captado la esencia del ser humano en su vertiente somática y psicológica, señalando la distinción fundamental entre el hombre sano y el enfermo de la mente, en su doble valoración biológica y espiritual. Fue por ello, sin duda, por lo que nuestra fórmula de inimputabilidad, al margen de otros factores beneficiosos que pueda incluir, ha sido propuesta como modelo para futuras legislaciones continentales.

§ 56. DE LA CULPABILIDAD EN GENERAL

a) *Concepto.*

Repetamos, una vez más, que no es suficiente que un sujeto imputable haya cometido un hecho típicamente antijurídico para que sea penalmente responsable; es necesario, además, que sea culpable. Se reafirma de esta manera el principio *nulla poena sine culpa*, imperante en el derecho represivo moderno, el cual le hace decir a Jiménez de Asúa⁵, que el derecho penal ha sellado su destino en la inseparable compañía de la culpabilidad. Conviene insistir —porque es fundamental entenderlo— en que *la imputabilidad es un estado*, una cualidad inherente al individuo, un atributo de su personalidad, que como ya lo expresáramos, es equivalente a salud o madurez psíquica.

Si la imputabilidad es un estado, la culpabilidad consiste en el ejercicio de dicho estado al cometer un hecho antijurídico en concreto. *La imputabilidad constituye el presupuesto obligado de la culpabilidad: nadie puede ser declarado culpable si no es previamente calificado imputable.*

⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1956, p. 38.

b) *La investigación de la inimputabilidad es previa y eliminatória*

Si se trata de un inimputable, la indagación de culpabilidad no tiene sentido. La cuestión consiste en saber si un sujeto con capacidad de ser culpable, puso en juego dicha aptitud en el momento de cumplir la acción delictiva que se le atribuye, y de la cual será o no su legítimo propietario.

c) *Características funcionales de la culpabilidad.*

1. La culpabilidad es personal e indelegable, y tiene un carácter subjetivo e intransferible, pues fijada la culpabilidad del autor de un hecho criminoso, con éllo no se resuelve que todos los que han participado del delito sean también culpables; inversamente, la ausencia de culpabilidad en uno, no hace presumirla en los demás⁶.
2. La falta de culpabilidad no elimina la existencia del delito, del cual puede haber otro culpable.

d) *Diferencias con las causas de justificación, que sabemos suprimen la ilicitud.*

Quando media una causa de justificación (presupuesto objetivo de la responsabilidad penal), el delito desaparece, *no hay delito para nadie*; en cambio, en las causas de inculpabilidad, el delito sólo desaparece subjetivamente en relación con el sujeto para quien la causa de exclusión es válida⁷. No se sobresee la causa, sino al inculcado.

⁶ Fontán Balestra, C., ob. y lug. cit., p. 269.

⁷ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, t. II, p. 68.

e) *Causas que excluyen la culpabilidad.*

1. *El error.* Para que tenga poder excusante, el error tiene que ser esencial e inculpable. Esencial cuando impide al autor comprender la naturaleza criminosa del acto que realiza a consecuencia de una falsa apreciación de los hechos. Resulta inculpable cuando, pese al cuidado o normal diligencia que las circunstancias exigieron, el error ha surgido igualmente. Es el caso del cazador que, en plena espesura, confunde su presa con un compañero y lo mata de un disparo. Pero si el mismo caso se verifica por inducción de un tercero que tiene interés en eliminar a su enemigo, la culpa no es del que efectuó el disparo equivocadamente, sino que ésta se traslada al inductor (traslación de la culpa), es decir, al que lo llevó a cometer el error con plena conciencia de la criminalidad del acto.

2. *La coacción.* Ésta comprende la intervención de una fuerza o *violencia física* (*vis absoluta*), o de la *violencia moral* (*vis compulsiva*).

El que es obligado por el ejercicio de una fuerza sobre su cuerpo a empuñar un arma o a accionar el gatillo de un revólver, no es culpable, ya que aun comprendiendo la criminalidad del acto, no puede dirigir su accionar, pues el movimiento corporal es forzado por la otra persona, sobre la cual recae entonces la acción culpable.

Cuando alguien ha sido objeto de actos de violencia moral no es culpable, ya que bajo una amenaza grave e inminente no puede obrar con libertad; está compulsado a obrar de determinada manera aunque no lo desee.

La amenaza puede recaer directamente sobre el mismo coactado o sobre otra persona ligada afectivamente al violentado. En ambas circunstancias, el autor material del hecho es imputable, pero no culpable.

Insertamos a continuación un cuadro sinóptico en el que se ordenan los elementos de la responsabilidad penal, como asimismo el papel que juegan las causas excusantes en el trinomio de la ilicitud, la culpabilidad y la imputabilidad. En la primera, excluyendo la ilicitud, *no hay delito*; en la segunda, eliminando la culpabilidad, *no hay pena*, y en la tercera, no existiendo la imputabilidad, *no hay delincuente*.

<i>Presupuesto objetivo</i>		<i>Presupuesto subjetivo</i>
ILICITUD	CULPABILIDAD	IMPUTABILIDAD
Delito	Nexo psicológico	Autor
<i>Causas que la excluyen:</i>	<i>Causas que la excluyen</i>	<i>Causas que la excluyen:</i>
1. Estado de necesidad (art. 34, inc. 3º).	1. Coacción.	1. Insuficiencia de las facultades.
2. Cumplimiento de un deber; legítimo ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º).	2. Error de hecho no imputable.	2. Alteración morbosa de las mismas.
3. Obediencia debida (art. 34, inc. 5º).	↓	3. Inconsciencia.
4. Legítima defensa (art. 34, inc. 6º).	↓	↓
LICITUD	INCULPABILIDAD	INIMPUTABILIDAD
NO HAY DELITO	NO HAY PENA	NO HAY DELINCUENTE

§ 57. DE LA CULPABILIDAD EN PARTICULAR. ESPECIES DE CULPABILIDAD

Dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad, la misma debe entenderse como la relación subjetiva

que liga al autor con el acto, *el hecho, a más de ser producido físicamente, tiene que ser obra humana, personal, subjetiva del actor*. Para que exista culpabilidad han de darse, necesariamente, dos factores: *a)* que el sujeto sea imputable, es decir, que reúna los atributos psicológicos para comprender y dirigir las acciones, y *b)* que el ejercicio en ese *estado* se refiera a un obrar típicamente antijurídico. La forma en que se ejerza el discernimiento y la voluntad con respecto al delito cometido, engendrará las dos modalidades de la culpabilidad: el dolo y la culpa.

a) *El dolo.*

Con ser la forma más grave de la culpabilidad, no se encuentra definido sin embargo en el Código Penal, aunque tres teorías se encargan de cubrir este vacío; ellas son, la teoría de la voluntad del resultado, la de la representación o previsión y la del asentimiento.

1. *Teoría de la voluntad del resultado.* Según expresiones de Carrara, el dolo consiste en la “intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley”. El resultado debe ser querido por el autor, y únicamente cuando lo es se da esa forma de culpabilidad. Conceptualmente, es éste el punto que siempre separa el dolo de la culpa.

La presente teoría implica que quien realizó el acto debió conocer los hechos y su significado delictivo; asimismo, que realmente existió la intención de realizarlo. No se trata de *haber querido la acción*, sino de *haber querido el resultado*.

2. *Teoría de la representación o previsión.* Los partidarios de esta teoría consideran que la voluntariedad con-

tiene demasiadas exigencias subjetivas, las cuales no permiten que todas las modalidades del dolo se vean encuadradas dentro de su fórmula. El elemento subjetivo es de difícil comprobación, en tanto y en cuanto no se tomen en cuenta las circunstancias externas al mismo, que sirven de referencia.

En opinión de Fontán Balestra ⁸, la doctrina de la previsión traslada los elementos al exterior para formar juicios sobre si hubo o no dolo, prescindiendo de las manifestaciones del sujeto. Si de la forma en que se han producido los hechos surge que el autor debió forzosamente preverlo, se supone que lo ha querido. De esta manera, si un individuo apunta con su arma cargada a una persona y aprieta la cola del disparador, resulta evidente que tuvo la intención de matarlo (doctrina de la voluntad); asimismo, lo es por cuanto *forzosamente debió prever* que lo mataría (doctrina de la representación o previsión). Interrogado el autor del disparo, éste podrá negar haber querido efectuar el disparo para producir la consecuente muerte de la víctima; sin embargo, la teoría de la representación o previsión *presume* que, habiendo *previsto*, lo ha *querido*.

3. *Teoría del asentimiento*. “Requiere como elemento indispensable la previsión o representación de un resultado como cierto, probable o posible, pero no exige la intención o la voluntad del resultado, sino que es suficiente con su aceptación o asentimiento.

”Si la representación del resultado no detiene al autor en su acción, entonces es evidente que lo acepta”.

Diremos, pues, que “*obra con dolo quien al momento de la acción, se representa un resultado criminoso cierto o posible, que en primera o última instancia quiere o acep-*

⁸ Fontán Balestra, C., ob. y lug. cits., p. 101.

ta”⁹. El hecho de que la previsión del resultado no detenga al autor en su acción, lo constituye en culpable á título de dolo.

b) *El dolo eventual.*

Éste resulta de la posición psicológica adoptada por el autor, el cual, previendo el resultado delictivo de su acción, no sólo no lo rechaza, sino que además lo acepta. Como se ve, este tipo de dolo se identifica con la teoría del asentimiento. Si bien es cierto que el resultado ilícito no ha sido querido directamente, también lo es que no se ha dejado de desearlo; en cuya virtud, Binding expresa que no es necesario que el autor lo quiera, sino que basta con que *no lo quiera*.

Un ejemplo ilustrará el concepto de dolo eventual y su mecanismo psicológico:

Un joven, despechado por el rechazo de su pretendida, decide matarla, y en el momento preciso en que lo va a hacer advierte que ésta tiene un niño en sus brazos. Si ese joven, a pesar de prever la posibilidad de que el niño resulte herido al disparar el arma, igualmente efectúa el disparo, y mata a la criatura, se coloca dentro del dolo eventual, ya que aun previendo el resultado fatal como posible no desistió en su accionar ni hizo nada para abstenerse de obrar.

La raíz subjetiva del dolo eventual debe rastrearse en la *indiferencia*, cuando el autor se ha dicho “sea así o de otro modo, pase lo que pase, obro en todo caso”¹⁰.

⁹ Fontán Balestra, C., ob. y lug. cits, p. 248.

¹⁰ Soler, Sebastián, ob. cit., t. II, p. 137.

c) *La culpa.*

Este tema nos interesa sobremanera, por cuanto a la responsabilidad médica atañe específicamente el accionar culposo, llámesele *impericia, negligencia o imprudencia*.

El eje principal de la culpa, entidad jurídica menor que el dolo, *reside en no ejercitar la capacidad de prever* un acontecimiento típicamente antijurídico, no ajustándose su conducta a las exigencias de la vida en común por no haber usado su capacidad de reflexión.

Pueden distinguirse dos tipos de culpa: culpa inconsciente, y culpa consciente o con representación. Obra con *culpa inconsciente* quien, por negligencia, imprudencia o impericia no se representó el resultado delictuoso de su acción.

En la *culpa consciente o con representación*, el autor se ha representado el resultado del acto, pero no asiente en él, sino que *confía en que no ha de producirse*; en esa inteligencia es que obra.

Esta última forma de culpa se aproxima al dolo eventual, ya que en ambos existe la previsión de un resultado antijurídico, pero mientras en la culpa se confía en evadirlo, en el dolo *se asiente* en el resultado.

El nivel más alto de la culpa linda con el dolo eventual; por su parte, el más bajo lo hace con el accidente o caso fortuito.

Cuando el resultado es *inevitable* —pese a haber agotado todas las diligencias que el caso requiera—, o no existe la *posibilidad de preverlo*, se cae en el terreno de lo fortuito; motivo por el cual el derecho nada puede reprochar.

Hay tres factores esenciales que juegan su papel en los casos de culpa, ellos son: *la previsibilidad, la previsión y la evitabilidad*.

Para finalizar, y sintetizando, diremos que sólo pueden

ser atribuidos a título de culpa, *los resultados típicamente antijurídicos que el autor pudo y debió haber previsto, creando con su falta de diligencia un riesgo mayor que el que resulta del acontecer común y corriente de las cosas.*

La falta de diligencia se manifiesta a través de las distintas modalidades de la culpa: la imprudencia, la negligencia, la impericia en un arte o profesión, así como también la inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes a cargo del inculpado.

Por las aguas de la negligencia y la imprudencia, navegan los delitos culposos tributarios de la responsabilidad médica (arts. 84-94, Código Penal). Obra con negligencia aquel que no toma las debidas precauciones ante el acto que realiza. El negligente omite proceder con la atención y reflexión necesarias para no causar perjuicios involuntarios.

Negligente es el que sale a la calle en su automóvil sin frenos, el cirujano que deja en la cavidad abdominal del paciente compresas o instrumentos quirúrgicos.

La imprudencia implica un obrar temerario —cuyo resultado debió preverse como posible—, aunque, desde luego, no querido.

Cabría decir que el negligente *no hace* lo que debe hacer, y que el imprudente *hace* lo que no debería.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Fontán Balestra, Carlos, *Manual de derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1956.
- Mc Iver, C., *Fórmula legal de la imputabilidad*, "Revista de Derecho Penal", 1945.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

7

1250

7

7

7

CAPÍTULO VI

DE LA IMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Sumario

58. El artículo 34, inciso 1º del Código Penal. 59. Antecedentes legislativos. 60. Concepto de facultades. 61. Nomenclatura. 62. Composición tripartita del apartado biológico.

§ 58. EL ARTÍCULO 34, INCISO 1º DEL CÓDIGO PENAL

La fuente natural del análisis psiquiátrico de la inimputabilidad, surge de la propia redacción del art. 34, inc. 1º del Código Penal, artículo éste que, con total propiedad, se ha dado en llamar *enciclopedia de la responsabilidad penal*. El mismo establece que no es punible “*el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de las facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por un estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*”.

En relación con el texto del artículo transcrito, estimamos oportuno verter algunas consideraciones que el mismo nos merece.

§ 59. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El Proyecto Tejedor (1866) inaugura la fórmula bio-psicológica en la determinación de la capacidad para ser culpable, vinculando al estado patológico —o insuficiencia de las facultades— el requisito de que el sujeto haya *perdido el uso de la inteligencia, o la capacidad para comprender la criminalidad del acto*; temperamento éste adoptado por el Código de 1886, en el inc. 1º de su art. 81.

Bajo la influencia del positivismo criminológico, el Proyecto de 1891 elimina el aspecto psicológico, ajustándose únicamente a la causalidad psiquiátrica, y exime de pena “al que ha cometido el hecho bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera”, fórmula que reedita el Proyecto de 1928, aunque demostrando mayor restricción, ya que sólo acredita la excusa en los casos de *alienación mental* (tesis alienista).

Idéntico criterio adopta el Proyecto de 1906 en su art. 41, el cual “mereció una certera y erudita crítica de Julio Herrera, quien no sólo atacó su estructura, sino que, victoriosamente, reveló la insuficiencia de una fórmula puramente biológica de la capacidad de culpabilidad. Hace resaltar la necesidad de que el concepto de inimputabilidad se complete por su referencia al efecto psicológico, pues la excesiva y peligrosa generalidad de estas expresiones (locura, idiotez, inconsciencia) debe ser limitada por la exigencia de que ellas sean tales que priven del discernimiento o la posibilidad de dirigir sus acciones. Es por ello que propone como texto la fórmula del Proyecto ruso del Código Penal de 1903, cuyo art. 35 de la versión francesa traduce así: ‘no es punible el hecho cometido por un individuo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea por alteración morbosa de la actividad de su alma, sea

en un estado de inconsciencia, no podía, en el momento de la acción, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir las acciones'. Luego, a través de sucesivas modificaciones originadas en las comisiones legislativas, se le dio al Proyecto ruso la redacción que actualmente tiene nuestra ley penal" (extraído del relato de José Severo Caballero, en las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Penal, 1974).

§ 60. CONCEPTO DE FACULTADES

Dentro de la terminología psicológica, este vocablo ha caído en desuso, ya que literalmente sólo significa, poder o potencia para efectuar una acción. Si identificamos el concepto de facultades con el de *mente*, la definición de esta última, consignada por Núñez según la legislación italiana de 1889, sería el conjunto de todas las facultades psíquicas del hombre, innatas o adquiridas, desde la memoria hasta la conciencia, desde la inteligencia hasta la voluntad, desde el raciocinio al sentido moral. Sin embargo, Núñez¹ advierte que de la definición debe excluirse la conciencia moral. Entiende que ésa es la idea de la ley, que sólo hace referencia a una insuficiencia o alteración de las facultades psíquicas de carácter intelectual (comprensión y volición del acto, prescindiendo de la facultad ética de valorar).

Las objeciones formuladas a esta interpretación no carecen de contundencia. Amén de que ya nadie acepta una psicología cercenada, los sentimientos morales que nacen de la esfera afectiva del psiquismo constituyen los supremos reguladores de la conducta humana, confirmando la

¹ Núñez, Ricardo, *La culpabilidad penal en el Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 69.

sentencia criminológica de Mezger², quien expresa que *el problema básico de la psicología criminal yace en la investigación de la disposición afectiva individual.*

Por otra parte, el *comprender* no se reduce sólo a una operación intelectual, sino que emana de la esfera afectiva, desde la que captamos y sentimos el mundo de los valores. En psicología penal, comprender es valorar; se comprende lo que se siente, el no sentirlo es índice de falta de comprensión.

Quiérase o no, el ingrediente *afectivo* no deja de infiltrarse en los entretelones de cualquier acto humano, asumiendo, en muchas oportunidades, el comando psicológico: lo *afectivo* es lo *efectivo*. De esta manera, la razón intelectualizada se ve relegada a un plano totalmente secundario. Las necesidades primordiales de la vida, el imperio de los instintos, los sentimientos, las pasiones y los estados emocionales no pueden quedar ausentes en la etiología de los comportamientos delictivos, también sujetos a valoración jurídica. La responsabilidad no se piensa, se siente.

De acuerdo con la psicología penal, reducir el concepto de *mente* (facultades) sólo a la órbita intelectual y volitiva, es amputar el factor más importante de la personalidad humana. Más adelante veremos cómo este problema adquiere capital importancia en la valuación forense de las personalidades psicopáticas, en las que el defecto estructural reside en la esfera de los sentimientos y de la voluntad.

§ 61. NOMENCLATURA

Una nueva observación viene a añadirse ahora a las ya comentadas. Nos estamos refiriendo a la nomenclatura

² Mezger, E., *Criminología*, trad. del alemán por José Rodríguez Muñoz, Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1942, p. 66.

utilizada por el art. 34 del Código Penal, al mencionar las causas biológicas de la inimputabilidad. No lo hace acudiendo a entidades nosológicas ni a cuadros clínicos determinados, que siempre retacean el campo psiquiátrico, sino que acude a un lenguaje psicopatológico, nombrando el trastorno fundamental que caracteriza varias de las formas nosológicas sin restringir el alcance terminológico; cuando habla de insuficiencia de las facultades —denominador común de todas las especies de oligofrenia—, alude tanto a la idiocia como a la imbecilidad o debilidad mental, no excluyendo ninguna de ellas; el descartarlas va por cuenta del intérprete.

Donde más se aprecia la intención generalizadora de la ley, es en la utilización de la expresión “*alteración morbosa*”, del latín: *morbo* (enfermedad).

Si como lógicamente se infiere, el concepto de morbo-so equivale a todo lo que sea enfermedad, sin mencionar excepción alguna, no resulta lícito crear dentro de esta amplitud terminológica legal categorías privilegiadas ni excluyentes.

§ 62. COMPOSICIÓN TRIPARTITA DEL APARTADO BIOLÓGICO

El apartado biológico del art. 34 reúne en un trinomio los tipos de trastornos mentales que requieren consideraciones especiales.

La *insuficiencia de las facultades* y las *alteraciones morbosas* de las mismas, conforman dos de los tres elementos del trinomio mencionado; tienen en común la relativa persistencia y autonomía de sus formaciones patológicas, implicando un cambio o mutación de la personalidad.

Por su parte, los *estados de inconsciencia* asumen el

carácter de crisis transitorias de la conciencia superior, de aparición brusca y duración escasa, donde se amortiguan o desaparecen las funciones cognoscitivas en favor de lo cual predomina la actividad automática; he aquí el tercer elemento del trinomio: episodios que desaparecen sin dejar huellas en una personalidad *no* enferma.

En esta oportunidad, nos anticipamos a plantear un interrogante netamente psiquiátrico: ¿pueden catalogarse como enfermedades mentales las oligofrenias?

La pregunta ha quedado sin respuesta, al menos desde que Pinel elaboró su famosa escala para la medición de la inteligencia, demostrando que la oligofrenia no es en realidad una enfermedad, sino simplemente un déficit en la inteligencia.

Por las razones que exponemos a continuación, consideramos que a las formas mayores de oligofrenia —idiotismo e imbecilidad— puede adjudicárseles el título de enfermedades: *a*) existe un proceso orgánico o funcional en el nivel encefálico (heredológico, pre o posnatal); *b*) esté proceso se pone de manifiesto mediante síntomas (a modo de una secuela alejada), y *c*) la desadaptación en el plano social acarrea un disvalor que adquiere gravitación decisiva en la vida de relación.

Sin perjuicio de que más adelante profundicemos en el tema, lo hasta aquí expuesto justifica plenamente que, desde el punto de vista psiquiátrico, estas formas mayores de frenastenia sean incluidas en el concepto de *enfermedades mentales*, y que en función de ello las tratemos en conjunto, como alteraciones morbosas de las facultades.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Mezger, E., *Criminología*, trad. del alemán por José Rodríguez Muñoz, Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1942.

Núñez Ricardo, *La culpabilidad penal en el Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1946.

PARTE TERCERA
TEORÍA DE LA ENFERMEDAD MENTAL

CAPÍTULO VII

ALTERACIÓN MORBOSA DE LAS FACULTADES

Sumario

63. Necesidad de investigar el concepto. "alteración morbosa de las facultades". Tesis en pugna. 64. Tesis alienista: análisis y crítica. 65. Concepto psiquiátrico de alienación. Discrepancias en la escuela francesa, de donde proviene. 66. El traslado del concepto de alienación al campo penal. Sus consecuencias, a) primera consecuencia; b) segunda consecuencia; c) tercera consecuencia. 67. Tesis nosológica.

§ 63. NECESIDAD DE INVESTIGAR EL CONCEPTO: "ALTERACIÓN MORBOSA DE LAS FACULTADES". TESIS EN PUGNA

Bajo el título que enuncia el parágrafo se oculta una cuestión de hondo calado psiquiátrico, pues se hace necesario establecer qué cuadros mentales comprende y a quiénes alcanza. Este interrogante carecería de adecuada respuesta si previamente no penetráramos en el campo de la psiquiatría, para mostrar cómo encara sus problemas, cuáles son sus dificultades, y las teorías que tratan de superar esas dificultades. Son dos las tesis que se disputan el mo-

nopolio del concepto de *alteración morbosa*: la *alienista*, y la *nosológica*.

§ 64. TESIS ALIENISTA: ANÁLISIS Y CRÍTICA ¹⁻²

Desde que la psiquiatría argentina tuvo conciencia jurídica ha homologado el concepto de alienación al de alteración morbosa de las facultades; es decir que no todos los enfermos mentales son inimputables; sólo gozan de esta excusa los alienados; los demás quedan desamparados, excluidos de la fórmula de inimputabilidad.

Desde esta perspectiva, sostenemos que el concepto de alienación, si bien fue útil en los comienzos de la psiquiatría, cuando su escaso desarrollo se conformaba con simples y rígidos postulados teóricos, en la actualidad se debe suprimir como elemento normativo de sus clasificaciones, ya que se descarta injustificadamente un importante contingente de estados mentales que, desde los puntos de vista nosográfico, etiopatogénico, sociológico, terapéutico y de pronóstico, no admite diferencias radicales con aquellas entidades morbosas (psicosis) que constituyen el cuerpo central de la patología psiquiátrica. En este sentido, un neurótico, un toxicómano, un alcohólico crónico, un psicópata grave, tienen tanto derecho a ser considerados enfermos mentales como un delirante, un maníaco o un esquizofrénico; les cabe el mismo tipo de tratamiento y la misma asistencia especializada.

¹ Cabello, Vicente P., *Concepto de alienación mental. Su insolvencia técnica y doctrinaria en la legislación civil argentina*, LL, 9-IV-1966.

² Cabello, Vicente P., *El concepto de alienación ha caducado en la legislación penal argentina*, LL, 22-VIII-1966.

§ 65. CONCEPTO PSIQUIÁTRICO DE ALIENACIÓN.
DISCREPANCIAS EN LA ESCUELA FRANCESA,
DE DONDE PROVIENE

En nuestro país, este concepto ha sido importado de Francia, donde no tiene, como podría creerse, una acepción uniforme, ya que si bien para algunos autores (Hesnard, Binet, Rossi, etc.) el trastorno fundamental de la alienación radica en el elemento intelectual —“la locura es una desgracia que se ignora, falta de autoconciencia que contribuye a caracterizarla doctrinariamente”—, para otros el vocablo alienación tiene un claro sentido social y valorativo. Veamos algunos ejemplos ilustrativos.

Rogues de Fursac³ expresa que “la palabra alienación debe designar el conjunto de estados patológicos en los cuales las perturbaciones mentales, cualquiera que sea su naturaleza, presenten un carácter antisocial”, y redondea su pensamiento agregando que “todo individuo atacado de una afección psiquiátrica no es, pues, necesariamente un alienado”. Este vocablo se aplica únicamente al que, por el hecho de padecer una enfermedad mental, es susceptible de entrar en conflicto con la sociedad, encontrándose, en consecuencia, inadaptado para vivir en su seno.

Ernesto Dupré⁴ sostiene iguales ideas cuando, al hablar de una delirante crónica, manifiesta: “. . . psicótica desde hace veinte años, ella no se ha transformado en alienada sino desde hace tres días, en el momento en que ha sido arrestada bajo la inculpación de vagabundaje en el último grado de miseria”.

³ Rogues de Fursac, *Manual de psiquiatría*, Alcan, París, 1919, p. V.

⁴ Dupré, Ernesto, *Patología de la imaginación y de la emotividad*, Payot, París, 1925.

P. Juquelier y V. Roger ⁵ afirman que “lo que constituye alienación, noción social y no médica, es el conjunto de reacciones del enfermo y no el diagnóstico de la afección de que está atacado”.

Como puede verse, este último criterio, apoyado en los trastornos de la conducta, se acerca mucho más a la idea de enfermedad mental tal cual nosotros la concebimos; tal cual surge de la realidad viva de los hechos.

No obstante lo expuesto, y merced a la obra del maestro Nerio Rojas, la versión *intelectualista* es la que se ha impuesto en el foro y de la cual da cuenta la jurisprudencia. Su definición, por todos conocida, es la siguiente: “Alienación mental es el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad”.

Si bien es cierto que Rojas señala en el primer paso de su definición que el trastorno debe ser general, perturbando las funciones mentales tomadas en conjunto y comprometiendo la personalidad en su síntesis, el segundo elemento definitorio exige, para que dichos trastornos alcancen la categoría de alienación, que el enfermo no tenga conciencia de los mismos, que ignore su carácter patológico, o que tenga una noción parcial o discontinua.

De lo expuesto se deduce que un enfermo mental, con graves trastornos afectivos o volitivos, no será alienado si conserva la capacidad intelectual de enjuiciarlos, de reconocer que los posee o, más aún, si desea o reclama los servicios de la psiquiatría.

Existen muchos psicóticos (alienados) que son expectadores de sus propios trastornos, por los cuales sufren,

⁵ Juquelier, P. y Roger, V., *Tratado de psiquiatría*, Colección Sargent, Puvul, t. 1, p. 156.

se angustian, y experimentan como catastrófica la vivencia de la desintegración del *yo*, no siendo infrecuente que algunos terminen en el suicidio, como ocurre en ciertos casos de esquizofrenia o depresión. Ésta es una de las razones que impiden considerar la *conciencia del trastorno* como signo distintivo de alienación.

Para Rojas, el compromiso de la conciencia es fundamental en la psicosis, y debe contribuir a caracterizarla, doctrinaria y prácticamente, y agrega: “en más de un caso he podido, buscando este estado de conciencia, seguir el paso de una neurosis a una franca alienación”⁶.

De acuerdo con esta sistemática, los neuróticos, las personalidades psicopáticas, los posconmocionados de cráneo, posecefalíticos, el 50 % de los epilépticos, histéricos, defectuosos esquizofrénicos, toxicómanos, alcoholistas crónicos, afásicos, preseniles —que, agrupados bajo la denominación de semialienados, padecen graves alteraciones afectivas y volitivas—, son excluidos del concepto de alienación y no figuran en sus clasificaciones.

Tales enfermos mentales no son alienados, porque como textualmente expresa Rojas, el paciente tiene conciencia de su estado patológico⁷. No importa que un enfermo, un posecefalítico, por ejemplo, presente groseras desadaptaciones e incoercibles reacciones agresivas tributarias de encalecamientos prolongados, cuando no de terapéuticas heroicas, lobotomía, electroconfusión; si a pesar de todo lo que sucede en la práctica el sujeto tiene conciencia de esa impulsividad mórbida, reclamando en oportunidades medidas de contención, tampoco se lo considera alienado.

⁶ Rojas, Nerio, *Psiquiatría forense*, El Ateneo, Buenos Aires, 1932, ps. 20 y 21.

⁷ Rojas Nerio, *Medicina legal*, El Ateneo, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 156.

§ 66. EL TRASLADO DEL CONCEPTO DE ALIENACIÓN AL CAMPO PENAL. SUS CONSECUENCIAS

Son tres las derivaciones o consecuencias de esta proyección: *a)* crea un régimen de privilegio a favor de los estados de alienación; *b)* elimina las bases psicológicas de la imputabilidad; *c)* el médico sustituye al juez.

a) Primera consecuencia.

Según ya expresáramos anteriormente, siguiendo las directivas de la escuela *alienista*, la psiquiatría forense argentina identifica el criterio de alienación con el de *alteración morbosa de las facultades*. Este enfoque crea el agudo problema de establecer si, conforme a la ley, las enfermedades mentales que carecen del título de alienación son capaces de crear situaciones de imputabilidad o, por el contrario, allí donde el art. 34, inc. 1º del Código Penal expresa: "...*alteraciones morbosas de las facultades...*", debe leerse simple y llanamente *alienación mental*. La tesis alienista resuelve la cuestión mediante un acto de fe; lo que no es alienación queda fuera del apartado biológico del art. 34, excluyendo por adelantado la extensa y variada gama de alteraciones patológicas del psiquismo, que incluso conforman para la psiquiatría auténticas enfermedades mentales, tributarias de severos o prolongados tratamientos biológicos o psicoterapéuticos.

Resulta fácil advertir que el sentido restrictivo o excluyente del término *alienación*, limitando lo morboso a la esfera intelectual, declara *a priori* la imputabilidad de todos los llamados semialienados, cualquiera que sea el compromiso de las afecciones volitivas o afectivas, y sin que importe el tratamiento psiquiátrico que requieran y el peligro social que representen.

b) *Segunda consecuencia.*

De lo expuesto surge indubitable que para la tesis alienista la razón de la imputabilidad radica exclusivamente en el factor biológico del art. 34, partiendo por el medio la fórmula legal de la inimputabilidad, y convirtiendo en letra muerta los fundamentos psicológicos de la capacidad para delinquir “por considerarlos impregnados de la metafísica del libre albedrío, y lo mejor sería suprimirlos”⁸.

c) *Tercera consecuencia.*

Mediante esta suerte de estrategia científica —imposición de un criterio médico sobre otro legal— el psiquiatra sustituye al juez en el juicio de imputabilidad.

Escuchemos nuevamente al doctor Rojas: “En cada caso concreto, la solución depende de la opinión médica: cuando el perito prueba alienación, el juez da absolución. En sentido inverso, si el perito no diagnostica alienación, el juez declara imputabilidad⁹. Las razones expuestas precedentemente nos han permitido afirmar que el concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina”.

§ 67. TESIS NOSOLÓGICA

Esta corriente homologa la alteración morbosa de las facultades a la enfermedad mental. Resulta evidente que el eje alrededor del cual gira la problemática biológica de la inimputabilidad, es el concepto de enfermedad mental. Es

⁸ Rojas, Nerio, *Medicina legal...*, p. 72.

⁹ Rojas, Nerio, *Psiquiatría forense...*, p. 24.

por ello que estimamos que antes de estudiar en particular las entidades, los síndromes y cuadros clínicos, es decir, toda la gama de trastornos mentales que integran el territorio de la psiquiatría forense, se debe ensayar una profundizada investigación conceptual, destinada a elaborar una teoría de la enfermedad mental que dé respuesta adecuada a los interrogantes que ofrece la locución jurídica de *alteración morbosa de las facultades*.

El empeño casi epistemológico, quizá sobrepase los límites de este trabajo, pero pensamos firmemente que no sólo le interesa a los médicos, sino también a los abogados. Técnica y culturalmente, por más engorrosa y difícil que sea esta investigación, debe cumplirse, cuanto menos a título de ensayo.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Cabello, Vicente P., *Concepto de alienación mental. Su insolvencia técnica y doctrinaria en la legislación civil argentina*, LL, 9-VI-1966.
 — *El concepto de alienación ha caducado en la legislación penal argentina*, LL, 22-VIII-1966.
- Dupré, Ernesto, *Patología de la imaginación y de la emotividad*, Payot, París, 1925.
- Juquellier, P.; Roger, V., *Tratado de psiquiatría*, Colección Sargent, Puvul, Francia
- Rogues de Fursac, *Manual de psiquiatría*, Alcan, París, 1919.
- Rojas, Neio, *Medicina legal*, El Ateneo, Buenos Aires, 1942.
 — *Psiquiatría forense*, El Ateneo, Buenos Aires, 1932 .

CAPÍTULO VIII

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA CONCEPTUAL DE ENFERMEDAD MENTAL

Sumario

68. Referencias informativas acerca de la enfermedad mental. 69. Connotaciones con respecto a la enfermedad mental. 70. Requisitos de la definición; *a)* definición notativa; *b)* definición esencial; *c)* definición cerrada o abierta. 71. Parámetros del concepto de enfermedad mental y sus autores representativos: biológico y cultural, *a)* parámetro biológico; *b)* parámetro cultural; (1) criterio social de los rendimientos; (2) relativismo cultural; (3) criterio normativo; (4) criterio valorativo. 72. Proyección del concepto médico de enfermedad mental al campo jurídico penal.

Conceptuar la enfermedad mental, elaborando una teoría sobre la misma, es una empresa de alto compromiso psiquiátrico, y siempre se corre el riesgo de que cualquier método que se adopte no alcance el fin propuesto, dado que se trata nada más ni nada menos que de desentrañar el enigma del *ser enfermo*, muy próximo a una latitud ontológica.

La enfermedad no es un ente concreto que puede definirse sólo con arreglo a los principios de las ciencias de la naturaleza, sino que está conformada por conceptos ideales, inmersos en el ámbito de la cultura y que, por lo tan-

to, son conceptos relativos a cada época, a cada pueblo o a cada civilización.

Sin embargo, si no queremos renunciar a nuestra vocación científica, el reto debe aceptarse, especialmente frente a las exigencias que demanda el diagnóstico de inimputabilidad, cuyo presupuesto biológico nos pertenece por derecho y por responsabilidad profesional.

La primera cuestión a encarar consiste en saber si la enfermedad mental es definible y, de serlo, determinar a qué reglas técnicas debe ajustarse la tarea.

El obstáculo con el cual se tropieza desde el comienzo, es la imposibilidad de atribuir a la enfermedad mental un valor definitivo, permanente, invariable y universal. La mejor de las definiciones siempre tendrá un margen de imperfección e incertidumbre, donde se entretujan, en cambiantes transiciones, lo normal, lo anormal y lo patológico; el hombre como totalidad, sano o enfermo, es inaccesible al conocimiento integral.

Legrand du Saules, en otros términos, ha dicho: “. . . los trastornos mentales se representan, se conciben, se describen, pero no pueden resumirse en una fórmula breve, lúcida y clara”.

El derecho ha tenido mejor suerte, pues acudiendo al método dogmático ha construido una teoría del delito. El hecho se explica si se piensa que el delito es una creación del hombre, y la enfermedad es un fenómeno natural, cuya esencia se nos escapa de las manos, dando razón al filósofo Vico, cuando sentenciaba que sólo puede conocerse lo que es creado por uno mismo.

Una ligera mirada histórica nos informa que, si en el siglo pasado sólo se estudiaron algunas enfermedades mentales, a poco de andar la nosografía ha modificado su catálogo, incorporando entidades y desalojando otras que ya no responden a las necesidades clínicas.

§ 68. REFERENCIAS INFORMATIVAS ACERCA DE LA ENFERMEDAD MENTAL

Son muy pocas las obras que incluyen capítulos dedicados exclusivamente al estudio profundo de la enfermedad mental. Asimismo, es dable leer ciertos trabajos publicados en revistas especializadas, cuyo enfoque filosófico los hace casi inaccesibles al lector común.

Como ejemplo de la primera posición se lee: La enfermedad mental es un esquema informulado que se aparta de otro esquema aún más informulado, que es la personalidad normal. Klages dice que se ha convertido en un simple juicio de disvalor, pero siempre se trata de una disminución del estado de salud; otros llegan al extremo de considerarla como una noción empírica rudimentaria. Para Weizsacker, enfermo es "todo aquel que solicita servicios profesionales de un médico, y éste cree que puede y debe proporcionárselos".

Mira y López afirma que "el concepto de enfermedad es ya inservible para la medicina actual y tan sólo puede conservarse como término eurístico en su acepción popular".

Ya no es cuestión de decir que una persona está enferma, sino que es necesario diferenciar los cuatro significados de *ser*, *estar*, *sentirse* y *vivir* enfermo.

Convengamos en que esta manera de encarar una cuestión de tanta importancia no puede conformar a nadie.

Más adelante desarrollaremos el concepto de enfermedad mental, siguiendo, en cierto modo, el método cartesiano.

§ 69. CONNOTACIONES EPISTEMOLÓGICAS CON RESPECTO A LA ENFERMEDAD MENTAL

Comúnmente manifestamos conocer una enfermedad cuando la concurrencia de ciertas manifestaciones clínicas

conceden al cuadro unidad estructural. De esta manera, se establece un principio de orden, es decir, de regularidad y clasificación. Forzosamente, el concepto de enfermedad, para responder a los mandatos científicos, inmoviliza las imágenes como en una placa fotográfica. El método *fotográfico*, en patología, sin duda tiene sus ventajas, y pensamos que de él no podemos desprendernos aunque ignore las dos dimensiones radicales que integran la realidad de un ser enfermo, que son: el hombre subyacente y su proyección en el mundo de los valores. Las manifestaciones patológicas ya no son una *instantánea*, sino una *serie filmica* de momentos biográficos que se hace necesario contemplar desde una perspectiva témporoespacial.

§ 70. REQUISITOS DE LA DEFINICIÓN

Resulta evidente que el concepto de enfermedad mental desborda el de enfermedad somática; mientras ésta se ciñe al recinto corporal, construyendo su patología sobre principios de orden natural —causal explicativo—, los fenómenos mentales se hacen en el espacio sociocultural, circunstancia que requiere otro enfoque metodológico. ¿Qué definición le conviene al de enfermedad mental, la notativa o la esencial?

a) *Definición notativa.*

La presente definición se integra mediante la reunión de las notas sobresalientes que caracterizan un todo determinado: la *observación*, la *descripción*, el *ordenamiento* jerarquizado de las manifestaciones sintomáticas, seguida de la *recomposición* sintética de dichos elementos. De esta ma-

nera, se configura la imagen mental —*eidós*— de lo representado. El empirismo es el alma de esta definición.

b) *Definición esencial.*

Va en busca de la propia sustancia constitutiva de la cosa real; diríamos de la radicalidad del ser del ente, que en psiquiatría se identifica con el factor causal.

Un caso ejemplar lo constituye la parálisis general progresiva. Al decir que es una meningo encefalitis sifilítica, el cuadro clínico adquiere coherencia y unidad, suministrando al tratamiento una finalidad específica; desgraciadamente, son pocos los cuadros mentales que disfrutan de una estructura *esencial*. De cualquier manera, la psiquiatría persigue la esencia de las enfermedades mentales, detrás de su raíz biológica, procurando concederle una sólida fundamentación científica.

c) *Definición cerrada o abierta.*

Si avanzamos más en la dirección señalada, notaremos que la enfermedad mental admite sólo una estructura abierta, radial, o, si se quiere, vectorial, que le permite asimilar todo elemento nuevo capaz de integrar su cuerpo doctrinario; en función de estas características, la definición de enfermedad mental debe ser dinámica, provisoria y perfectible.

§ 71. PARÁMETROS DEL CONCEPTO DE ENFERMEDAD MENTAL:
BIOLÓGICO CULTURAL.

SUS AUTORES REPRESENTATIVOS

Esta distinción entre lo biológico y lo cultural, con sus mutuas relaciones, es experimentada por los psiquiatras no

sólo como una necesidad filosófica, sino que, técnicamente, supone adoptar métodos acordes con la naturaleza de ambos componentes.

a) *Parámetro biológico.*

Las enfermedades mentales serían enfermedades somáticas en las que los síntomas psíquicos adquieren prevalencia. En este terreno, la pregunta clave tiende a indagar cuál es el núcleo generador de las enfermedades mentales. Por razones históricas y rigorismo clínico, necesitamos, ante todo, un punto de partida seguro, una referencia obligada, que no puede ser otra que la suministrada por nuestro cuerpo.

Es obra de Kraepelin el haber construido el concepto de enfermedad mental sobre el esquema de las enfermedades somáticas, de donde resulta que aquélla es en realidad una enfermedad corporal en la que los síntomas psíquicos adquieren representación frontal. El extremismo de este pensamiento es sostenido por Schneider, para quien sólo existen enfermedades en lo corporal. Este autor expresa: “. . . enfermedad propiamente dicha no existe sino en lo somático, y denominamos *morboso* a lo psíquicamente anormal, cuando es susceptible de ser referido a procesos orgánicos patológicos”. Sin este fundamento, designar como morbosos los rasgos psíquicos o sociales que salen de lo corriente, no posee sino el significado de una imagen y, por lo tanto, carece de valor con respecto al conocimiento. No podemos renunciar a este principio, so pena de lanzarnos a una metafísica del alma. Precisamente el alma, como ente espiritual, no puede padecer de enfermedad. Sólo en sentido metafísico puede hablarse de enfermedades del alma y, en tal caso, lo sería el pecado.

La presencia de un factor orgánico-funcional es el criterio más seguro para identificar una enfermedad psíquica.

Sin embargo, la firmeza de este criterio se debilita, ya que las dolencias mentales —ratificamos— también se crean en el espacio sociocultural.

b) *Parámetro cultural.*

Al margen del biológico ¿podemos hallar en los trastornos mentales algún otro criterio que permita suministrar el calificativo de morbosos?, ¿lo morbosos se encuentra únicamente en lo biológico? La respuesta proviene de la concepción culturalista, la que a su vez computa cuando menos cuatro criterios: social de los rendimientos, relativismo cultural, normativo y valorativo.

1. *Criterio social de los rendimientos.* En la elaboración diagnóstica de una enfermedad mental no puede quedar ausente su proyección sociológica. Ni siquiera las enfermedades somáticas se mantienen en términos naturales puros, porque el hecho de estar enfermo siempre incide sobre los rendimientos en cualquiera de sus áreas: vital, social, laboral, etc. En este sentido, la negatividad de los rendimientos hasta llegar al fracaso profundo y reiterado, marcaría el punto donde comienza lo patológico, criterio que sirve como ejemplo para diferenciar los distintos grados de oligofrenia.

2. *Relativismo cultural.* Este concepto surge de la psiquiatría comparada y de la antropología cultural, que ponen en evidencia el acondicionamiento social de las enfermedades mentales y la relatividad de sus síntomas.

En efecto, nosotros consideramos las alucinaciones, los delirios, las obsesiones, etc., como síntomas de enfermedades mentales. Sin embargo, el estudio de otras culturas ha demostrado que todos estos síntomas se consideran normales. Ejemplos de ello son los siguientes casos: entre los *dobu*,

las ideas persecutorias son consideradas normales, al igual que entre los *tacola*, las alucinaciones.

La relatividad de los síntomas se extiende también a las enfermedades somáticas. En diversas tribus indígenas se halla tan difundido cierto tipo de espiroqueta cutánea, que la mayor parte de los hombres la padecen, y los pocos que están libres de ella se ven excluidos del matrimonio por ser considerados enfermos.

Resulta, pues, y así lo anota Ackerknecht, que “lo psíquicamente normal depende en alto grado de la concepción imperante en determinada sociedad; lo mismo ocurre, por otra parte, con lo delictivo, en que el juicio de esa sociedad acerca de si alguien es un enfermo mental no depende fundamentalmente de síntomas que aparezcan en forma similar en todas partes, sino de si el sujeto cumple con un mínimo de integración y de aptitud funcional dentro de su sociedad o si, por el contrario, las alteraciones psíquicas han ido tan lejos que lo convierten en un cuerpo extraño dentro de ella: es la sociedad la que decide si una variación biológica es enfermedad o no lo es”.

Sin duda lo expuesto resultará bastante desconcertante para una mentalidad biologista. Sin embargo, para nosotros, que tanto hemos expuesto en relación con la dimensión social, ello no constituye ninguna premisa novedosa.

3. *Criterio normativo.* Este criterio aprovecha las desviaciones estadísticamente confeccionadas como criterio de normalidad. Estimamos necesario mencionar las dos variantes habitualmente empleadas en las pautas normativas: la del término medio o estadística, y la norma de valor.

Para la norma del término medio normal, la misma se sustenta en el promedio de datos estadísticamente dispuestos según la curva de Gauss. En realidad, se trata de una imposición mayoritaria. Si una encuesta practicada en un

determinado medio etnológico acusara un coeficiente mental de promedio 70, lo normal estaría ubicado en la parte más alta de la curva, y tanto serían anormales el idiota como el genio, por colocarse ambos en los extremos más alejados del epicentro, uno a la izquierda y el otro a la derecha de la mencionada curva. La frecuencia de un fenómeno como criterio de normalidad, en medicina sólo sirve para obtener informaciones erróneas.

¿Las caries deben considerarse normales por su mayor frecuencia?, ¿debemos concluir que la homosexualidad es normal porque del informe Kinsey surge estadísticamente el predominio de tales relaciones? Con este sistema ¿cómo se fijaría el límite frente a lo anormal y lo patológico? Wellmams da la respuesta: “...sólo calificamos de patológicas las anomalías cuando alcanzan cierto grado...”. Aunque admitamos que el sistema normativo es inseguro, y que se encuentra sujeto a múltiples factores distorsionantes, algunos psiquiatras de nota, como K. Schneider, lo emplean como criterio definitorio; por ejemplo, en las personalidades psicóticas: desviaciones de la personalidad, que se apartan notoriamente de las normas del término medio o de valor. Más tarde tendremos ocasión de ocuparnos extensamente de este conflictivo tema.

4. *Criterio valorativo.* En cambio, la norma de valor se basa en la imagen de un prototipo humano, concebido idealmente, del cual el hombre se acerca o se aleja; desviaciones que también marcan el grado de anormalidad. En psiquiatría, *la salud mental se toma como norma de valor.*

Sabemos que tanto la lógica como la ética y la estética, son ciencias normativas. La primera establece las reglas del buen pensar; la siguiente las de un comportamiento adecuado, en tanto que la última normativiza las reglas apreciativas de lo bello. El concepto de salud mental encierra cualidades referidas a la lógica, a la ética y a la

estética. Lógica en cuanto al correcto pensar, ética por lo que hace a la formación moral de la conducta, y estética en lo que se refiere a la armonía en el vivir. La salud mental suele identificarse también con la vida plena, que es la conjunción feliz y armónica del bien, la belleza y la verdad.

En virtud de lo expuesto, nos sentimos autorizados a afirmar que *goza de salud mental aquel que piensa, siente y actúa en armonía con el medio, creando y compartiendo el bienestar social.*

No existe dificultad alguna en llamar anormal a la persona que no cumple con estos requisitos, ideológicamente concebidos por la sociedad en que vive. Como siempre, el problema surge cuando se trata del límite tras el cual lo anormal deviene patológico.

La tesis expuesta aparece condensada en la expresión de Jaspers, el cual manifiesta que "...bajo cualquier punto de vista, pero no siempre el mismo, patológico significa nocivo, indeseable, inferior. Enfermo es un concepto general de demérito, de falta de valor, que abarca todos los deméritos posibles"¹.

Kraepelin piensa lo mismo cuando dice: "Sólo podemos atribuir significación patológica a las desviaciones personales cuando adquieren gran importancia para la vida corporal o psíquica".

Al tratar los límites de la locura, Bleuler² afirma: "La extensión práctica del concepto de enfermedad mental descansa, no en el criterio médico ni psicológico, sino en la incapacidad social", agregando estas sugestivas palabras: "Si el público y la justicia piden continuamente a los psiquiatras las resoluciones de aquellas cuestiones (ausencia

¹ Jaspers, K., *Psicopatología general*, trad. de la 5ª ed. alemana por los doctores Saubidet y Santillán, Ed. Bini y Cía. Buenos Aires, 1951, t. II, ps. 375, 379, 395.

² Bleuler, E, *Tratado de psiquiatría*, Espasa Calpe, Madrid, p. 130.

de sanidad mental), ello es por las consecuencias. No se quiere saber si uno está sano o enfermo, sino que se quiere averiguar si hay que recluirlo, si es responsable o no".

A mayor abundamiento, el mismo vocablo *enfermedad*, con que denominamos lo patológico, encierra un juicio de valor. En castellano se habla de enfermedad, *infirmes* (falta de firmeza); dolencia (lo que duele); en inglés, *ill*, derivado de *devil* (demonio, malignidad). Lo malo, pernicioso e indeseable, siempre aparece asociado a la enfermedad (*maladie*, en francés).

§ 72. PROYECCIÓN DEL CONCEPTO MÉDICO DE ENFERMEDAD MENTAL AL CAMPO JURÍDICO PENAL

Como objeto del conocimiento psiquiátrico, la enfermedad mental pretende estudiar el fenómeno morboso utilizando dos métodos: el causal explicativo en cuanto enfoca la enfermedad desde su naturaleza biológica, y el método valorativo, en cuanto se propone enjuiciar la conducta disvaliosa que es su consecuencia.

La ciencia jurídica penal, como así también la psiquiátrica, estiman las perturbaciones de la mente sobre dos soportes correctamente planteados en la fórmula legal de la inimputabilidad: *sistema mixto*, el cual no sólo exige la presencia de una insuficiencia de las facultades, alteración morbosa de las mismas o estado de inconsciencia (terminología de riguroso estilo psicopatológico), sino que además ella impida comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones en el momento del hecho.

No puede pedirse mayor coincidencia de criterios. Ambos conceptos están montados sobre una misma estructura biológica y valorativa, indisolublemente unidos en lo que tiene el enfermo de *persona*, aunque esta bipolaridad permite a las dos disciplinas poner el acento sobre uno u otro

de sus componentes, según el caso lo requiera, y de acuerdo con las modalidades funcionales del delito cometido.

No existe, pues, duplicidad de criterios: la enfermedad de la psiquiatría es la enfermedad de la ley.

Lo que se modifica es el juicio valorativo que en lo jurídico interpreta la esencia misma de una realidad que impone en el mundo de los valores normas y principios acordes con la finalidad axiológica del derecho penal.

De lo expuesto se infieren dos variantes: *a*) cuando la psiquiatría se muestra remisa o impotente para establecer la naturaleza patológica de un caso, la valoración de la conducta —en cuanto demuestra falta de discernimiento o voluntad— convierte el apéndice psicológico en el árbitro del litigio; *b*) los límites de lo morboso contenido en el concepto de enfermedad de la ley, pueden tener un alcance mayor que los de la psiquiatría (régimen distinto de valoraciones), pero de ninguna manera alteran la estructura que es común y solidaria a ambas disciplinas.

En síntesis, podemos sostener que la tesis aquí expuesta concilia los puntos más candentes y aparentemente discrepantes entre el concepto de enfermedad mental, según lo entiende la medicina, y el mismo concepto según la visión de la ley.

Dada la propia estructura de la enfermedad mental, ni lo psiquiátrico puede desentenderse de lo cultural-valorativo, ni a lo jurídico le está permitido desconocer la raíz somática y corporal del hombre enfermo.

Lo que sucede es que ambos criterios, consustanciados en una conformación dialéctica, pueden, sin perjuicio del sistema, prevalecer el uno sobre el otro, según convenga a las circunstancias.

El toque de gracia de esta metodología es suministrado por las personalidades psicopáticas —en especial, la inversa—, en las cuales lo valorativo asume papel calificador.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Bleuler, E., *Tratado de psiquiatría*, Espasa Calpe, Madrid.

Jaspers, K., *Psicopatología general*, trad. de la 5ª ed. alemana por los doctores Saubidet y Santillán, Ed. Bini y Cía., Buenos Aires, 1951.

CAPÍTULO IX

NUESTRA DEFINICIÓN DE ENFERMEDAD MENTAL

Sumario

a) El proceso. *b)* La sintomatología; (1) faz subjetiva de los síntomas psíquicos; (2) faz objetiva de los síntomas psíquicos; (3) enumeración sintomatológica; (4) síndromes mentales. *c)* La causalidad. *d)* Alteraciones de la personalidad; disvalor social.

Luego de haber recopilado datos, nociones y circunstancias dispersas dentro de un panorama en el que la enfermedad mental aparece sin perfiles propios, indeterminada y fluctuante, sólo ahora, en una síntesis constructiva, su definición puede quedar en nuestras manos.

Enfermedad mental es el resultado de un proceso cerebral, orgánico o funcional, que poniéndose de manifiesto mediante síntomas provistos de tipicidad, acepta una etiología reconocida o postulada, en cuya virtud se produce una alteración de la personalidad que imposibilita adoptar una conducta acorde con los valores sociales en vigencia.

La presente definición de naturaleza notativa, contiene cuatro elementos que conviene desarrollar; estos son: el proceso, la sintomatología, la causalidad y las alteraciones de la personalidad.

a) *El proceso.*

Este elemento reconoce la existencia de nuevos acontecimientos que ocurren en el cerebro y que reemplazan las leyes y los fenómenos psíquicos normales por otros que los transforman en cantidad y calidad.

El proceso interno se nos ofrece como un cambio, una mutación; como un cuerpo extraño que invade la personalidad deteriorándola y provocando un disvalor; se quiebra una estructura, entendida ésta como el orden y la disposición de los elementos que integran el todo psíquico. El concepto de procesal —suceso en marcha— se aplica a las enfermedades cuyo comienzo suele ser invasor, tocado de cierto dramatismo que el sujeto experimenta como un peligro o amenaza a la integridad del *yo*; tal sucede en los brotes esquizofrénicos, las crisis depresivas y los episodios delirantes.

La precisión del lenguaje hace a la claridad de las ideas. En medicina hablamos de *alteración* cuando se trata de lo orgánico, y de *trastorno* cuando está en juego lo funcional.

Cuando en psicopatología se define un fenómeno como procesal, se habla, generalmente, de un fenómeno incomprendible. Lo incomprendible surge cuando, a partir de las vivencias de un hombre normal, un fenómeno psíquico o un período psicológico pierde la vinculación genética en la cadena de la significación, es decir, cuando pierde una relación de sentido; una vivencia no es derivable de la otra. La quiebra de la estructura somática como consecuencia del proceso, rompe también el sentido, la línea directriz de una personalidad.

Generalmente, el proceso es concomitante con el cuadro clínico presente, y entre ambos se establece una relación sincrónica de causa a efecto; podemos inferir la mar-

cha del proceso mediante la sintomatología, que es su expresión. Sin embargo, en otras oportunidades, el proceso se ubica en etapas alejadas, genéticas, embriológicas, natales o posnatales, como sucede con las oligofrenias. Otras veces, en períodos ya avanzados de la vida —meningoencefalitis, traumatismo de cráneo, etc.—, proporciona síntomas tardíos que aparecen a título de secuelas. Nunca será suficiente recomendar la investigación biográfica de un encausado cuyo delito anormal e inmotivado haga sospechar una causalidad biológica.

El proceso puede aparecer bruscamente, de improviso, bajo el estallido violento de una crisis; en ocasiones cumple una gestación insidiosa, solapada, de progresión lenta pero segura (etapa preparatoria, de rumiación psicológica en los delirantes).

A fin de poder establecer las diferencias existentes entre proceso, desarrollo y reacción, corresponde ahora establecer un parangón entre estos tres conceptos.

Desde Jaspers, estamos acostumbrados a distinguir estos tres estados, particularmente en materia de delirios.

En el *desarrollo*, la estructura del aparato mental no se altera como en el proceso, sino que se mantienen el orden y la disposición de los elementos que integran el todo psíquico, sin poseer ese carácter endógeno, avasallador y destructivo de la personalidad que desorganiza el sentido de la vida.

Los actos psíquicos emanados de un desarrollo son comprensibles en la medida en que surgen de una personalidad y no de un *proceso morboso*.

En el desarrollo no todo es endógeno; una motivación siempre actúa a la manera de causa detonante. Existe una participación factorial exógena que sirve de eje al delirio, lo nutre y lo mantiene a favor de un terreno predispuesto, sí, pero sin ser arrasado ni destruido por la maleza invasora.

En lo que hace a las *reacciones*, cabe expresar que son tipos de respuestas surgidas en la periferia psicológica. A fin de caracterizar este fenómeno, Jaspers señala dos condiciones: *a)* la idea no se hubiera producido sin la correspondiente vivencia, y *b)* guarda una relación comprensible entre el estímulo y la respuesta, tanto en contenido como en tiempo; la dependencia con la causa originaria es simple y directa, no penetra en las profundidades de la personalidad, que permanece, de esta manera, un poco como espectadora.

El tema reviste interés criminológico y forense, porque si bien las tres modalidades merecen el calificativo de delirantes, el tratamiento y el pronóstico varían notablemente: el proceso siempre indica gravedad, ya que existe una personalidad profundamente alterada; las otras dos formas son relativamente benignas y demandan medidas de seguridad reducidas y con vistas a la curación.

b) *La sintomatología.*

Aunque excediéndose en el aspecto psiquiátrico del tema, resulta interesante ahondar en el sentido semiológico del *síntoma*, como unidad de significación patológica.

La palabra *síntoma* deriva del griego *syn* (con) y *pip-teín* (caer). Su traducción literal sería coincidencia, del latín *cadere* (caer).

De acuerdo con esta semántica, el valor intrínseco del *síntoma* estaría en su carácter representativo que, *coincidiendo con una alteración o trastorno morboso, se transforma en la señal ostensible de su existencia*. Es por ello que el verdadero *síntoma* trasciende el simple fenómeno físico o psíquico, y cuando se le anuncia, despierta inevitablemente la idea de una pertenencia a tal o cual enfermedad.

Mediante los *síntomas*, el cerebro se convierte en el

altoparlante de la afección mental, el órgano que la expresa y la revela ante los ojos, los oídos y el entendimiento del médico.

El grado y la forma de comprender la adecuación y el tenor de los afectos, la incapacidad de enjuiciar, de ejercer la voluntad, adquieren la categoría de síntomas, es decir, de señales de ese defectuoso trabajo cerebral.

De esta manera, gradualmente, mediante la aplicación del método anátomo-clínico, nutrido en la experiencia, los síntomas se distinguen en primer término como fenómenos anormales, más tarde se los bautiza con un nombre, y finalmente —bajo la influencia de las ideas nosológicas (creadoras de enfermedades)— se los incorpora al bagaje de la medicina general, constituyendo una de sus ramas: la psiquiatría.

Sin embargo, no es éste el tema que ahora queremos historiar. Simplemente, es nuestro deseo manifestar que aún hoy, a la percepción sin objeto se la llama alucinación; a un error incorregible, delirio; a la exaltación del ánimo, manía, etc.; hechos todos que, repitiéndose en muchos casos, bajo las mismas circunstancias y con similares características, adquieren *tipicidad*, propiedad en cuya virtud aprendemos a reconocerlos, y finalmente a identificarlos en un agrupamiento sintomático.

Por ende, los síntomas son los *accidentes* con que se realizan las enfermedades, y constituyen la representación del proceso que las origina.

En materia psicopatológica, los síntomas, como ciertas telas, constan de un doble envés: uno oculto, *subjetivo*, otro perceptible, *objetivo*.

1. *Faz subjetiva de los síntomas psíquicos.* Lo verdaderamente característico de los síntomas psíquicos es, justamente, la faz subjetiva de los mismos, por cuanto trans-

curriendo en la intimidad, caen fuera de la percepción directa. Se palpa un tumor, se percibe el color ictérico de la piel, o se ausculta un soplo pulmonar, pero una idea, un sentimiento, una vivencia, sólo se captan mediante una operación intuitiva, y por lo tanto, sujeta a interpretaciones personales. Ello explica las frecuentes discrepancias periciales, sobre todo cuando se trata de delirios interpretativos, pues cada uno aprecia la verdad desde su propio ángulo visual.

El aspecto subjetivo de los síntomas es la exploración más complicada de realizar, y la *fenomenología* un método especialmente creado para este fin; sin embargo, no suele suministrar datos asertivos, en particular cuando se discuten los estados de inconsciencia.

2. *Faz objetiva de los síntomas psíquicos.* Esta faz de los síntomas psíquicos se acusa en el rendimiento de las funciones psíquicas comprometidas por el trastorno: lucidez del sensorio, amnesias, paramnesias, alucinaciones, ideas obsesivas o delirantes, abulia o impulsividad, excitación, depresión, apatía, angustia, etc., síntomas que se constituyen en elementos representativos de las funciones mentales alteradas.

3. *Enumeración sintomatológica.* Los síntomas más frecuentes con que se expresan los trastornos mentales son: insuficiencia psíquica, déficit mental, confusión mental, alucinaciones, delirios, excitación, depresión, escisión de la personalidad y obsesiones.

4. *Síndromes mentales.* En semiología se acostumbra a designar con el nombre de síndrome a una serie de síntomas que se encuentran equiparados, sin que se les pueda asignar una causa determinada; al síndrome le hace falta especificidad, es decir que un mismo síndrome psiquiátrico

sea capaz de gestarse por distintas causas o viceversa; que un mismo agente etiológico pueda suministrar distintos tipos de alteraciones mentales. Ante esta inseguridad etiológica, la psiquiatría se maneja mediante un lenguaje en el que predomina el léxico sindromático, aguardando que el avance científico permita descubrir las causas y convertir los síndromes en entidades morbosas.

c) *La causalidad.*

Dentro del método científico natural, el concepto de enfermedad no se perfecciona sin el concurso de una causa o constelación de causas, a cuyo anexo los síntomas se tornan inteligibles y pasibles de una explicación. En tales circunstancias, los síndromes adquieren la jerarquía de entidades morbosas, gozando de autonomía, individualidad e independencia; se les identifica con un nombre y adquieren el derecho de figurar en los cuadros clasificatorios.

Una primera clasificación de las psicosis de acuerdo con su etiología, distingue las *psicosis orgánicas*, cuando las causas consisten en una lesión cerebral; *funcionales*, si provienen de trastornos de este origen, y *mixtas* si concurren ambos factores.

<i>Psicosis orgánicas</i>	<i>Psicosis funcionales</i>	<i>Psicosis mixtas</i>
 Oligofrenias Demencias Confusión mental Epilepsias	Delirios Depresión Manía	Esquizofrenias

Asimismo, y en razón de sus causas, las psicosis suelen calificarse en *endógenas*, cuando la fuente etiológica reside

en el propio organismo, consustanciado con la constitución y la herencia (v. gr., esquizofrenia, psicosis delirantes, locura maniaco depresiva). Por su parte, las psicosis *exógenas*, reconocen causas externas (v. gr., intoxicaciones, traumatismos e infecciones).

d) *Alteraciones de la personalidad: disvalor social.*

El presente elemento conceptual de las enfermedades psíquicas ha sido ampliamente desarrollado al tratar el parámetro cultural. En esta oportunidad, le daremos una resonancia psicogenética en el juicio de imputación.

Hemos dicho antes que la psicosis altera la personalidad, por cuanto afecta las funciones del *yo*. El *yo* constituye una potencia que maneja y se maneja mediante el discernimiento y la voluntad, que pondera los motivos, los valoriza, y de acuerdo con ellos delibera, decide y ejecuta según un *proyecto de vida que le es peculiar y propio*.

En ciertas oportunidades, esa actividad del *yo*, ese proyecto de vida provisto de un sentido, de una estructura, y como consecuencia de esa corporalidad enferma, se rompe. El acto no es ya miembro de aquella estructura, sino algo que no le es propio.

Según opinión de López Ibor, enfermo mental es aquel cuyos actos resultan ajenos, extraños, fuera de su propia vida o camino.

He aquí cómo, inesperadamente, analizando el concepto psiquiátrico de enfermedad mental, nos topamos con aquel otro que informa sobre la noción jurídica de la inimputabilidad, y que puede resumirse en la siguiente idea: "La enfermedad somática atenta contra la vida; la enfermedad psíquica atenta contra la libertad" (Henry Hy).

El psicótico no puede elegir, la enfermedad lo hace

en su lugar. Es por ello que carece de la propiedad atributiva.

Interesa recordar que el enfermo mental se rige por sus propias leyes —tiene un código de conducta personal—, mediante las cuales valora el mundo, chocando contra el ordenamiento jurídico, o acarreado un disvalor que sirve de índice al proceso que lo aqueja.

Una vez más, contemplamos cómo, en el aspecto valorativo, la psiquiatría y el derecho penal se dan la mano, en la medida en que ambos estudian conductas y estiman sus consecuencias; desde diferentes ángulos, sí, pero con un mismo destino: salvar los valores humanos, comprometidos por la enfermedad y el delito.

A P É N D I C E

TEMAS QUE GUARDAN AFINIDAD
CON INTERESES JURÍDICO-CRIMINOLÓGICOS

I

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

(Problema exclusivamente jurídico pero de neta raigambre psiquiátrica)

Sumario

73. Introducción. 74. Origen del problema. 75. Aspecto psiquiátrico; *a*) defecto institucional; *b*) principio de la transición gradual de los cuadros mentales. 76. Método personalista; *a*) como ser personal y único; *b*) la personalidad como un todo indiviso, *c*) inconvenientes de pluralidad diagnóstica. 77. La enfermedad mental es un concepto cualitativo: en su forma puede meduse, en su esencia debe calificarse. 78. Traslado del concepto de sem-alienación al terreno jurídico. 79. Aspecto psiquiátrico-forense del problema. 80. Antinomia jurídica en las teorías de la pena. 81. Derecho penal de culpabilidad. 92. Derecho penal de peligrosidad. 83. Sistemas unitarios y sistemas pluralistas. 84. Ejemplos ilustrativos; *a*) ley 20.771 (toxicomanías); *b*) Anteproyecto Soler, arts. 24 y 25, 85, 86 y 87; *c*) Proyecto redactado por la Subcomisión de Reformas del Código Penal, Cámara de Diputados, 1974, 1975. 85. La imputabilidad disminuida en la legislación extranjera. 86. La imputabilidad disminuida en nuestro país. 87. Consideraciones finales.

§ 73. INTRODUCCIÓN

Después de haber desechado por impropia la denominación de semirresponsabilidad, los penalistas han convenido en llamarla *imputabilidad disminuida*, y así figura en

los proyectos de reforma legislativa tendientes a crear un régimen especial para los semialienados.

§ 74. ORIGEN DEL PROBLEMA

La nueva institución adquiere vigencia gracias a la obra de Grasset *Demis fous et demis responsables*¹, quien bajo el nombre de semialienados cobijó la cuarta parte de los trastornos psíquicos que transitan por los más variados derroteros de la psiquiatría.

He aquí la lista: neurosis, personalidades psicopáticas, alcoholismo crónico, debilidad mental, deterioros seniles y preseniles, defectos esquizofrénicos (esquizofrenias residuales), posconmociones de cráneo, posecefalitis, epilepsias (equivalentes), toxicomanías, encefalopatías, afasias, etc. El etcétera puede extenderse a cualquier sujeto que sin ser mentalmente enfermo tampoco sea enteramente sano. El concepto corresponde al pensamiento de Grasset: "Hay sujetos lo insuficientemente enfermos del psiquismo para no ser declarados normales y completamente responsables, pero que tampoco son suficientemente enfermos para ser declarados irresponsables, y a los que, por lo tanto, hay que declararlos semirresponsables"².

Aquí, el ilustre psiquiatra francés salta osadamente la valla de la medicina, y al hablar de responsabilidad promueve la conciencia de los penalistas que sin más aceptan la equivalencia entre semialienación y semirresponsabilidad.

¹ Grasset, *Demis fous et demis responsables*, "Revue des Mondes" París, 1906.

² Grasset confunde el concepto de responsabilidad con el de imputabilidad, sin advertir que son cosas distintas, aunque subsidiarias; la imputabilidad es un atributo inherente a la persona, y la responsabilidad penal aparece en orden a las consecuencias del delito. Es evidente, como dice Salvañó Campos, que la medicina recogió el sonido jurídico a través de su eco.

Lo interesante es que este planteo lo efectúa la psiquiatría y es el derecho quien lo recoge, preguntándose no sin desazón qué debe hacer cuando delinque un semialienado; de inmediato encuentra un principio de solución en la imputabilidad disminuida, estado intermedio que figura con regular suerte en la moderna legislación penal.

Lo que realmente preocupa a la psiquiatría forense es la validez del traslado al terreno jurídico del concepto de categoría nosológica³ y establecer *a priori* la responsabilidad penal que le cabe a cada uno de sus componentes, según la siguiente ecuación:

Normalidad psíquica	=	imputabilidad
Alienación mental	=	inimputabilidad
Semialienación	=	imputabilidad disminuida

El esquema, a fuerza de repetirse, incita al error técnico de enjuiciar una categoría en lugar de enjuiciar a una persona.

Habida cuenta de que el fluido entendimiento entre el derecho penal y la psiquiatría requiere que ésta dilucide y ordene su propio material, ofreciéndolo orgánicamente dispuesto para la valoración jurídica, debemos ante todo estudiar el aspecto médico de la cuestión que nos ocupa.

§ 75. ASPECTO PSIQUIÁTRICO

Aunque el problema, repetimos, es del derecho y no de la medicina, conviene analizar con detenimiento los

³ Categoría nosológica: en la nosotaxia psiquiátrica constituye un superestado que jerárquicamente es superior a las entidades nosológicas, síndromes o trastornos mentales y los agrupa y rotula bajo un título genérico; por ejemplo, alienación, semialienación, trastorno mental transitorio, reacciones en general.

aspectos psiquiátricos cuyos postulados están actualmente en revisión, no en cuanto a negar la realidad de estos casos intermedios, sino el modo de presentarlos al enjuiciamiento penal. Lo que se trata de demostrar es que la operación adolece de un defecto institucional y que debido a ello incurre en la negación del principio gradualista de los cuadros mentales.

a) *Defecto institucional.*

Obedece, a su vez, a la inestabilidad doctrinaria acerca de qué debe entenderse por enfermedad mental, inseguridad que corre pareja con el escaso conocimiento de la esencia causal de dichos trastornos, cuya natural resistencia al sometimiento clasificatorio es proverbial. Para obviar tales inconvenientes, el ansia taxonómica no se contenta con tipificar entidades sino que procura englobar bajo un mismo título un contingente de cuadros mentales cuya identidad reposa en ciertos rasgos, incluso ineptos para tal función; buen ejemplo de ello es el concepto de alienación. Sin perjuicio de habernos extendido sobre el punto formulando las observaciones que a nuestro criterio merecen, interesa aquí repetir las.

Como oportunamente lo demostramos, el vocablo "alienación" sólo concede dignidad psiquiátrico-forense a las enfermedades mentales que presentan defectos intelectuales aunque fueran notorias graves perturbaciones de las esferas afectivas y volitivas, marginando así el apartado biológico del art. 34 del Código Penal, una multitud de cuadros cuya certificación patológica cuenta con el aval de la psiquiatría. Entonces, para cubrir el *hiatus* que media entre el comportamiento normal y la alienación, se crea el concepto de semialienación.

El término, tan vago como impreciso, le hace decir a Legrain⁴ que “no es otra cosa que una manera cómoda de disfrazar nuestra ignorancia —que es una terminología de mera convención, demostrando la falta de un conocimiento más exacto de las verdaderas causas y de los verdaderos efectos— y conciliar las exigencias de la defensa de ciertos anormales con las exigencias del Código”.

Por una razón metodológica, a estas zonas grises no puede adjudicársele una categoría genérica, ya que sus componentes no solamente responden a fuentes etiológicas dispares sino que clínicamente nada tienen de común entre ellas. Por consiguiente, reafirmamos que las categorías de alienación y semialienación deben desterrarse de la literatura psiquiátrica, y con mayor razón del terreno penal, sencillamente porque constituyen pautas clasificatorias que hacen que se desvirtúe la realidad del mundo de los enfermos mentales.

b) *Principio de la transición gradual
de los cuadros mentales*

A la vulnerable consistencia del método nosológico, debe agregarse la noción del gradualismo, que señala la progresiva transición de un estado a otro, lo que justifica el principio del tránsito gradual dentro del escalonamiento de los trastornos mentales. El paso de la salud psíquica a la locura, de la plena conciencia a la inconsciencia, se verifica por grados sucesivos apenas sensibles que han merecido de los autores diversos calificativos: zonas intermedias de Maudsley, formas de paso de Forel, casos limítrofes de los alemanes, semialienados de los franceses, etcétera.

⁴ Legrain, citado por Salvañó Campos en *Anales de la primera conferencia panamericana de criminología*, 1948, t. I, p. 154.

§ 76. MÉTODO PERSONALISTA

Este método se aparta de lo categorial, encarando individualmente al “enfermo hombre” en sus dimensiones fundamentales: *a)* como ser personal y único; *b)* como un todo indiviso.

a) Como ser personal y único.

El estudio de la existencia personal de todo hombre sano o enfermo se ha introducido en la biopatografía humana constituyendo el tema predilecto del siglo xx. El concepto de delito, afiliado al poderoso movimiento romántico que pregonaba el individualismo y la libertad del *yo* en sus múltiples posibilidades, guarda en su fondo una vertiente irracional contra la cual se debate la concepción científica que pretende en vano reducirlo a un juego de fuerzas o a una ecuación matemática. Dos ejemplos ilustran el concepto: cuando la medicina dice que no hay enfermedades sino enfermos y cuando la justicia penal individualiza las penas.

b) La personalidad como un todo indiviso.

El ser individual, constituye una estructura indivisa que no se puede fragmentar en sectores independientes: lo que afecta una parte afecta al todo y lo que incide sobre un todo incide sobre las partes (tesis estructuralista o gestáltica): no se conciben hemiplejías psicológicas. Si la tesis de la imputabilidad disminuida pretendiera establecer que la pena actúa sobre un sector de la personalidad y la medida curativa sobre el otro, cometería uno de los mayores errores de psicología jurídica.

c) *Inconvenientes de la pluralidad diagnóstica.*

En el régimen legal vigente, el experto se plantea un sólo diagnóstico que oscila entre la normalidad y lo patológico. La encuesta, a menudo difícil, se agota en una sola instancia. Pero si se interpola la categoría de semialienación el diagnóstico diferencial se complica y oscurece, pues debe entablarse entre la normalidad y la anormalidad, entre ésta y la semialienación y entre la semialienación y la alienación, tarea que supera con mucho las posibilidades psiquiátricas debido a la inconsistencia de las bases en que se funda. Si se adopta este criterio, un número considerable de casos no encontrarían ubicación precisa en el esquema, o, lo que es peor aún, todos los dudosos irían a parar a la imputabilidad disminuida.

§ 77. LA ENFERMEDAD MENTAL ES UN CONCEPTO
CUALITATIVO: EN SU FORMA PUEDE MEDIRSE,
EN SU ESENCIA DEBE CALIFICARSE

Si bien es cierto que la enfermedad admite grados, por ejemplo, leve-grave-gravísimo, esta graduación no hace a la naturaleza ontológica, esencial, del acontecer morboso, sino a las variantes de su presentación.

La influencia del modismo popular: está "medio loco", al que quizá Grasset no haya escapado, desentona con los principios científicos que hoy rigen las investigaciones epistemológicas de la patología mental. En el terreno que nos ha colocado Grasset, resulta absurdo decir que una mujer está un poco embarazada, o que un hombre es semidiabético o medio canceroso.

Resumiendo: dado el estado actual de la psiquiatría, la tarea diagnóstica debe recaer sobre las constancias clínicas

del caso: *especificar y no generalizar* es la consigna médica. El enfermo constituye una realidad única tanto para la medicina como para el derecho. La categoría en la cual se encuadra al enfermo mental es convencional y depende de la interpretación de escuelas y teorías y del modo de valorar las cosas. Se es enfermo no porque el paciente pertenezca a una determinada categoría, sino porque la realidad morbosa surge de las características del caso concreto y singular. De cualquier manera, nosotros, en la "praxis" psiquiátrica, a falta de una doctrina consistente, nos atecemos al enfoque empírico, cumpliendo los postulados del quehacer médico. Igual temperamento adoptamos cuando ofrecemos a la justicia este mismo material; entonces conviene que guíe nuestros pasos la realidad despojada de toda ornamentación teórica.

§ 78. TRASLADO DEL CONCEPTO DE SEMIALIENACIÓN AL TERRENO JURÍDICO

Cuando la psiquiatría crea esta pseudo agrupación no sólo le adjudica un patronímico sino que le atribuye una responsabilidad penal limitada, y bajo esta forma se la endilga al derecho, que en la emergencia la ubica dentro de la gran institución de la culpabilidad. ¿Es legítimo este traslado con las consecuencias de atenuar la capacidad de imputación? Varias razones, ya enunciadas, amparan la respuesta negativa. Si actualmente la semialienación no presta oficio, y por eso no figura más en el léxico o en la literatura psiquiátrica, mal puede entonces exhumarla, y así, como herramienta estéril, entregársela al derecho penal. Ahondando más ese punto comprobamos que el criterio de semialienación le quita autonomía psicopatológica y aun jurídica a los cuadros que abarca, y al mismo tiempo le

atribuye cualidades que algunos particularmente no poseen: generaliza lo que no puede, sin especificar lo que debe.

Patogénicamente nada tienen que ver, no hay nada en común entre un psicópata perverso y un neurótico, un pos-comocionado de cráneo y un deteriorado senil, y sin embargo la categoría que los cubre les adjudica a todos, frente al derecho penal, idéntica cualidad, la semirresponsabilidad.

Además, existe una circunstancia que debemos destacar: la pretendida correlación entre la disminución de los rendimientos mentales y la disminución de la imputabilidad es sólo un presupuesto indemostrado y, en última instancia, sometido a la valoración jurídica.

§ 79. ASPECTO PSIQUIÁTRICO-FORENSE DEL PROBLEMA

Por sobre cualquier otra consideración, priva el criterio de que la enfermedad mental y la inimputabilidad tienen, ambas, una estructura cualitativa que reside en la incapacidad de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. ¿Quién valora esta capacidad y cómo debe formularse? Para nosotros, lo decimos una vez más, esta función, aunque resorte exclusivo del juez, debe incluirse en el programa técnico del perito, porque en las zonas limítrofes sólo un fino y discriminado análisis clínico puede captar la actitud mental puesta en juego en la conducta delictiva.

Éste es el punto más delicado y más expuesto a controversias, ya que tanto el experto como el juez, en los trámites finales de sus razonamientos, no pueden eludir el subjetivismo que envuelve toda estimación valorativa. Así por ejemplo, Salvaño Campos no tiene reparo alguno en afirmar que, "Basta ya con que un hombre no haya tenido

pleno goce de su conciencia y de su voluntad, para que no se le pueda aplicar la llamada pena común que sólo se destina a los seres enteramente normales. Porque si bien es verdad que no careció de cierta conciencia y voluntad para apreciar en mayor o menor grado la naturaleza del acto, no menos verdad es que sin el influjo patológico no lo hubiera ejecutado ⁵.

Otros autores analizan el problema de manera menos drástica; se preguntan acerca del coeficiente de libertad interna que tuvo el imputado y hasta qué punto es reprochable su conducta criminosa, teniendo en cuenta su personalidad y si pudo o no, dado este importante factor, obrar de otra manera (López Ibor)⁶.

Nosotros somos partidarios de este último sistema, o sea, estudiar el caso particular desnudándolo de toda referencia categorial, pues en cuanto lo ubicamos dentro de la semialienación corremos el peligro de razonar deductivamente: si no es alienado no le corresponde ser declarado imputable; nada importan las características singulares de su personalidad ni el delito cometido. La prueba de la capacidad de imputación recae de este modo sobre la categoría nosológica en la que inscribimos al sujeto y no sobre el sujeto mismo.

§ 80. ANTINOMIA JURÍDICA EN LAS TEORÍAS DE LA PENA

A través de las enseñanzas de nuestros penalistas, sabremos de las diferencias que existen entre las teorías que tratan sobre la naturaleza y función de la pena, considerando ésta de tres maneras: a) en sí misma (retribución moral

⁵ Salvaño Campos, *lug. cit.*, p. 144.

⁶ López Ibor, J., *La responsabilidad del enfermo mental*, discurso, 1951, ps. 27 y 28.

y jurídica); *b*) de acuerdo con sus fines (esterilización de la peligrosidad y rehabilitación social), y *c*) en una suerte de mezcla de ambos propósitos. Esta última posición es la que menos nos conforma porque desnaturaliza y debilita a la culpabilidad como institución básica del derecho penal. Recordemos que Jiménez de Asúa subraya en forma particularmente enérgica la necesidad de mantener a toda costa la culpabilidad como pilar inmovible del delito y de basar en ella la pena con su naturaleza retributiva. Soler sostiene que el derecho penal ha nacido con la inseparable compañía de la culpa. Los médicos, quizá porque no vemos el derecho con los ojos iluminados por las polémicas doctrinarias, no concebimos que a un culpable, por definición mentalmente sano, lo tratemos aunque sea en forma alterante o vicariante como un enfermo. ¿Revivimos acaso la tesis criminológica —desautorizada por la experiencia— de que el delito es enfermedad y el delincuente un enfermo psíquico? Para nosotros, efectos tan antagónicos de castigar y curar al mismo tiempo— reminiscencias arcaicas del concepto de pecado-enfermedad—, no pueden homologarse. El hombre reacciona de distinta manera ante la cárcel y ante el manicomio: “la cárcel deshonra y el manicomio humilla, y nadie puede sustraerse a tales influencias”.

En la cárcel el tiempo no se mide, se siente como un dolor; en el hospicio el tiempo se detiene por lo incierto de la esperanza. De vuelta en la sociedad, este hombre que ha pasado por el hospital y por la cárcel portará dos estigmas indelebles: el de ser a la vez un ex-convicto y un ex-insano, dos recomendaciones no muy favorables para rehabilitar a nadie.

A fuer de peritos obligados a introducimos en tan delicada cuestión, nos interesa conocer el criterio de juristas de avanzada, Leyendo a Zaffaroni ⁷, nos impresiona la tras-

⁷ Zaffaroni, E., *Manual de derecho penal*, parte general, Ediar, 1979.

endencia de este problema, que anuncia una crisis del derecho penal moderno, de la que ni siquiera los propios enunciadores de tales teorías se percatan acabadamente. Glorificaremos a Zaffaroni en la medida en que el tema lo justifique.

§ 81. DERECHO PENAL DE CULPABILIDAD

“Para los partidarios de la teoría retributiva de la pena, ésta tiene la medida de la culpabilidad. En alemán culpabilidad es *Schuld*, palabra que tiene dos sentidos: culpabilidad y deuda. La palabra “deuda” en castellano corriente ha perdido el sentido de culpabilidad que se conserva en el ‘Padre nuestro’. De alguna manera la pena retributiva remeda la idea de ‘pago’, ‘pagar las culpas’, ‘pagar las deudas’.

”Esta concepción del derecho penal que sostiene que la pena es una retribución por la reprochabilidad es llamada derecho penal de culpabilidad”. Esto implica que el derecho penal presupone al hombre como un ser capaz de elegir entre el bien y el mal, es decir, con autonomía ética eficiente para atribuirle la jerarquía de persona. En síntesis, el derecho penal de culpabilidad es el que jerarquiza al hombre como persona.

§ 82. DERECHO PENAL DE PELIGROSIDAD

“Por otro lado, cuando se pretende que el hombre es un ser que sólo se mueve por causas, de tal modo determinado que no goza de posibilidad de elección (la capacidad de elegir sería una ilusión), entonces nuestra conducta no se distingue de los restantes hechos de la naturaleza, y por lo tanto en esta concepción no habrá lugar para la

culpabilidad". "Dentro de este pensamiento la culpabilidad será una entelequia, el reflejo de una ilusión. Por ende, no podrá tenerse en cuenta para nada la cuantificación de la pena. Lo único que contará será el grado de determinación que tenga el hombre para el delito, es decir, la peligrosidad. Éste será, pues, *el derecho penal de peligrosidad*, para el cual la pena tendrá como objetivo y también como único límite, la peligrosidad".

§ 83. SISTEMAS UNITARIOS Y SISTEMAS PLURALISTAS

En la línea correlativa de las concepciones anteriores, los sistemas unitarios aplican sólo un tipo de penas: *retributivas*, en los términos del derecho penal de culpabilidad, y *supresoras de la peligrosidad*, conforme al derecho penal del mismo nombre.

Comenta Zaffaroni: "Frente a estos sistemas unitarios, que son la lógica resultante de las posiciones extremas e incompatibles, han surgido posiciones intermedias o pretendidamente conciliadoras, que no captan el fenómeno en su totalidad, sino que sólo combinan partes, procediendo a una superposición de ambas ideas del derecho penal, que si bien incompatibles, pretenden sus defensores que guarden coherencia". "Como consecuencia de esta superposición arbitraria de los derechos penales de culpabilidad y de peligrosidad, surgen los llamados 'sistemas pluralistas' de las sanciones penales, que sostienen la aplicación de pena y también de medidas".

"Estas pretendidas posiciones intermedias son el resultado de una grave incoherencia, porque afirman la existencia de dos ideas incompatibles pretendiéndolas compatibilizar dentro de un único sistema. Pero lo cierto, a menos desde el punto de vista realista, es que se manejan con dos ideas del hombre y del derecho penal que se ignoran mutua-

mente. Se trata de un desdoblamiento esquizofrénico del derecho penal, en el que una parte trata al hombre como persona a la que ha de castigar y la otra como cosa peligrosa a la que hay que neutralizar⁸. Éste es el sistema de doble vía, receptado por el Código italiano de 1930.

”La otra forma de combinar penas y medidas consiste en que se puede reemplazar, pasando en ciertos casos la ‘medida’ a ocupar el lugar de la pena, es decir que la medida puede ‘vicariar’ a la pena”. De esta forma el hombre es a veces tratado como persona y a veces como ente peligroso. Éste es el llamado sistema vicariante, receptado por el nuevo Código alemán y por nuestro proyecto de 1974-75. Al respecto, Zaffaroni expone el siguiente cuadro:

Sistema de sanciones penales

<p><i>Unitarios</i> (una sola clase de sanciones) sostenidas por</p>	<p>el derecho penal de culpabilidad que aplica</p>	<p>sólo penas retributivas (a los inimputables les aplica medidas que no tienen naturaleza penal).</p>	
	<p>el derecho penal de peligrosidad que aplica</p>	<p>sólo medidas preventivas (a imputables e inimputables).</p>	
<p><i>Pluralistas</i> (dos clases de sanciones) sostenidas por</p>	<p>una concepción incoherentemente desdoblada del derecho penal que aplica.</p>	<p>penas y medidas conjuntamente (sistema de la doble vía).</p>	<p>Ambas aplican sólo medidas a los inimputables.</p>
		<p>penas y medidas alternativamente (sistema vicariante).</p>	

⁸ El hombre merece llamarse “cosa” cuando se le sustraen cuatro atributos: conciencia, voluntad, libertad y responsabilidad. *Conciencia* para saber y valorar lo que hace; *voluntad* para alcanzar los ideales forjados; *libertad* para elegir caminos, y *responsabilidad* para comprometerse consigo mismo y con los demás.

§ 84. EJEMPLOS ILUSTRATIVOS

A título ilustrativo mencionaremos tres ejemplos vernáculos del sistema pluralista, uno previsto en el Código vigente (ley 20.771), relativo a las toxicomanías; otro incluido en el Proyecto Soler y el último redactado por una comisión especial del Poder Legislativo en 1974.

a) *Ley 20.771 (toxicomanías), art. 9º:*

“Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá además de la pena, una medida de seguridad curativa, que consistirá en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requiera su rehabilitación. Se aplicará por tiempo indeterminado, que no podrá exceder el término de la pena, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen. La medida de seguridad se cumplirá en establecimientos adecuados que el juez determine. En estos casos se ejecutará previamente la medida de seguridad curativa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena”.

Formulamos las siguientes críticas: a) la indeterminación de la medida de seguridad curativa queda anulada por el límite que le impone el término de la pena; b) si el paciente no se cura antes del máximo de la condena, se libera a la sociedad un sujeto peligroso, y entonces es evidente el fracaso del sistema; c) si se cura antes, se lo remite a la cárcel, donde sufrirá el castigo por haberse adelantado su curación. Vemos así a qué conduce esta legislación pluralista, que crea sistemas incompatibles como son la pena y el tratamiento curativo.

b) *Anteproyecto Soler, arts. 24 y 25; 85, 86 y 87:*

Con respecto a la inimputabilidad, el sabio maestro cordobés modifica el texto del art. 24, inc. 1º del Código vigente, pero deja intacta su estructura fundamental o quizá la refuerce al colocar en primer término aquello que jurídicamente hace al concepto de la capacidad para delinquir, cual es el discernimiento y la voluntad. Una grave alteración de la conciencia sustituye a la inconsciencia y se especifica la validez de la transitoriedad de lo morboso de las facultades.

Texto del art. 24 del Anteproyecto Soler: “No es punible el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones debido a insuficiencia de las facultades, alteración morbosa aunque sea transitoria de las mismas o una grave alteración de la conciencia”.

Art. 25.: “Si por efecto de alguna de las causas a que se refiere el artículo anterior se halla gravemente afectada en el momento del hecho, la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, la pena será atenuada de acuerdo al art. 74, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 85 y 86”.

Art. 85: “Cuando el estado de un sujeto condenado en las condiciones del art. 85, requiera el cuidado de un tratamiento especial, podrá ordenarse su traslado a un establecimiento adecuado o a un anexo especial de la prisión. El tiempo de internación se computará en la pena y no podrá exceder el término de ésta”⁹.

⁹ Al condenado por ser culpable se le aplica una pena, a pesar de lo cual se lo somete a un tratamiento especial, incluso fuera de la cárcel, o en un establecimiento adecuado, que no puede ser otro que un frenocomio (sistema pluralista vicariante). ¿Qué pasa cuando por requerirlo el tratamiento, éste excede el término de la pena?

Art. 86: “Cuando el autor de un hecho reprimido con pena superior a un año de prisión se halle comprendido en la disposición del art. 25, pero sea peligroso a consecuencia de las perturbaciones que le afectan, el tribunal fijará la pena correspondiente de acuerdo al artículo mencionado, pero podrá sustituirla por la internación indeterminada del sujeto en un establecimiento adecuado o en un anexo especial de la prisión. Esta internación no podrá durar menos que la pena fijada en la sentencia y se prolongará mientras lo requiera la seguridad”.

Aquí el criterio retributivo representado por la pena se mezcla con el de peligrosidad, como si ambos sistemas tuvieran una misma raíz jus-filosófica. Los médicos no comprendemos este criterio, y en tales casos preferiríamos la declaración lisa y llana de la inimputabilidad.

Art. 87. Prevé la sustitución del internamiento por una pena. “Previo informe de las autoridades del establecimiento y dictamen pericial, el tribunal puede en cualquier momento ordenar la transferencia del internado a un establecimiento penitenciario, si considera innecesario que continúe la internación especial. En la pena se computa el tiempo de internación”. Es evidente que en estos cuadros priva el derecho penal peligrosista; de otra manera no se justificaría la intervención de peritos médicos no sólo para el traslado sino para la liberación.

Cabe formular un reparo: Sabemos que el de peligrosidad es un diagnóstico tan impreciso como precario, no sólo sujeto a la predisposición del individuo sino también a las influencias ambientales. Por experiencia, también sabemos que las recidivas son frecuentes e imprevisibles; ningún médico sensato podrá garantizar que, una vez devuelto al ambiente carcelario —no muy propicio por cierto para conservar una buena salud mental— el condenado no sufra un

nuevo episodio o aparezca una secuela que obligue de nuevo a su traslado frenocomial; si el fenómeno se repitiera, lo que en materia psiquiátrica es frecuente, éste sistema pluralista establecería un verdadero turismo entre la cárcel y el manicomio.

c) *Proyecto redactado por la Subcomisión de reformas del Código Penal, Cámara de Diputados, 1974-1975:*

Art. 6º: “El que en los supuestos del art. 5º, inc. 2º, sufriera una grave disminución de su capacidad para comprender la criminalidad del hecho o para dirigir sus acciones será punible conforme a lo dispuesto en el art. 8º (tentativa); disminución en un tercio del máximo de la pena prevista y en la mitad de su mínimo. El juez podrá aplicar junto con la pena la medida que resultara más adecuada entre las previstas en el art. 40”, que comprende medidas de curación, mejoramiento y seguridad, guardando una razonable proporcionalidad con la peligrosidad de las personas. El art. 43 prevé que cuando se impusiera una pena y una de las medidas anteriormente enunciadas, se ejecutará previamente la medida, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena.

Art. 5º, inc. 2º: Anuncia que no es punible “el que en el momento del hecho no hubiera podido comprender su criminalidad o dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de las facultades, por alteración morbosa de las mismas u otra grave anormalidad psíquica, o por profunda perturbación de la conciencia que no le fuera imputada”.

El texto de este artículo, al mencionar otra grave anormalidad psíquica agregada a los integrantes psicopatológicos del apartado psiquiátrico del actual art. 34, ubica el problema en sus verdaderos alcances, remediando la defec-

tuosa redacción del art. 25 del anteproyecto Soler, tal como Oscar C. Blarduni lo puso oportunamente de relieve cuando observó que los casos tributarios de imputabilidad disminuida no provienen de la insuficiencia de las facultades, de la alteración morbosa de las mismas, ni de una grave alteración de la conciencia, sino de otros cuadros mentales ubicados en escalas psiquiátricas inferiores, que al no ser contemplados en el proyecto dejan las cosas como estaban antes ¹⁰.

§ 85. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Son numerosos los países que adhieren al criterio pluralista, notándose —como dice Hurvitz a propósito de Dinamarca—, que los principios de retribución de la culpabilidad y de la expiación como fundamento del sistema penal se hallan actualmente confinados. Simson agrega con respecto a Suecia, que el legislador no ve más en la sanción criminal la retribución, el castigo o la eliminación del entuerto, sino más bien un instrumento de naturaleza preventiva en la lucha contra el crimen. Evidentemente, la doctrina de la culpabilidad atraviesa una crisis cuyo más claro exponente lo constituye la imputabilidad disminuida. Sin embargo, como lo apunta Blarduni, a quien hemos seguido en el trabajo citado (véase nota 10 de este capítulo), en los países del Este europeo se asiste a un movimiento de dirección inversa, con un retorno a las ideas neoclásicas de represión y de pena retributiva; en Noruega y Suecia, después de haber admitido como una conquista la noción de la imputabilidad disminuida, se ha terminado por rechazarla (1929) .

¹⁰ Blarduni, Oscar C., *El problema de la imputabilidad disminuida (a propósito del art. 25 del Anteproyecto Soler)*, LL, 7-X-1960.

§ 86. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN NUESTRO PAÍS

Como ya hemos visto, la imputabilidad disminuida se ha instalado en nuestra legislación penal mediante la ley 20.771, que aplica este sistema a los toxicómanos. Por lo demás, todos los indicios permiten vaticinar que su institucionalización definitiva se cumplirá en cuanto se apruebe el proyecto elaborado por prominentes juristas argentinos.

Naturalmente que no son pocas las objeciones formuladas por los opositores a la creación de esta categoría forense; como ejemplo —sin contar las argumentaciones del doctor Zaffaroni ya citadas—, reproducimos las de los doctores Aftalión, De Benedetti, Rojas y Fontán Balestra¹¹. Al discutirse el anteproyecto en la Cámara de Diputados de la Nación, el doctor Enrique A. Aftalión dijo: “Pero en el plano jurídico no comprendo muy bien el criterio de la disminución de la responsabilidad. Frente al derecho creo que no hay más que una alternativa, o sea: se es responsable o no se es responsable. Pienso que éste es el caso donde no hay un tercer término. Desde otro punto de vista, que también ha sido agudamente señalado por el diputado Rojas, ocurre que, en la realidad de los hechos, esta responsabilidad disminuida puede crear situaciones de privilegio; parece claro que los que más podrían aprovechar el tratamiento beneficioso que surge de esta institución serían aquellos que cuenten con abogados extraordinarios y con asesores médicos eminentes...”.

El doctor Isidoro De Benedetti observó el proyecto en estos términos: “Creo que un código, aparte de las referencias y de las exigencias que la doctrina tiene para la

¹¹ Citas de la doctora Maristany, E. Z., en *Imputabilidad disminuida*, Actas de las Terceras Jornadas Médico Legales y Criminológicas, Tucumán, 1964, p. 77.

organización del código, debe atender también a la realidad social de ese país; me parece que esa disposición es sumamente peligrosa para nuestro medio. Se hace difícil para los magistrados, frente a los informes de los peritos médicos legales, determinar muchas veces si se dan o no verdaderas situaciones de inimputabilidad; mucho más grave será determinar si el sujeto tiene o no una imputabilidad disminuida y en qué grado se halla disminuida esa imputabilidad. De este modo abrimos las posibilidades de una lentitud y benevolencia judiciales que pueden ser de muy graves consecuencias en la lucha contra la delincuencia”.

El doctor Nerio Rojas manifestó, entre otros conceptos: “como he dicho, no es lógica ni eficaz esta doble situación de pena y medidas de seguridad que deben tener causas y fines distintos y hasta incompatibles. Es una situación híbrida por una exigencia transaccional, no justificada ni moral, ni médica, ni jurídicamente (. . .) resulta un viejo vino en odres nuevos, sólo que ahora viene de otros países, proyectos o códigos en texto alemán, griego, etcétera”.

La doctora Zoraida E. Maristany, en su ponencia *Imputabilidad disminuida*, de donde hemos extraído las notas precedentes, concluye también que las imperfecciones del art. 25 del proyecto Soler “nos están demostrando la dificultad definitiva, por lo menos actual, de dar cabida en nuestro Código Penal a la categoría de semiimputables”¹².

Fontán Balestra¹³ opina que “las fórmulas propuestas de semiimputabilidad o imputabilidad disminuida, no son aceptables ni lógicas” porque dentro del enfoque psicológico la imputabilidad no puede dividirse, posición que mantiene en las Terceras jornadas médico legales y criminológicas, Tucumán, 1964, cuando en un proyecto de resolución

¹² *Idem*, nota 11.

¹³ Fontán Balestra, C., *Manual de derecho penal*, Parte general, 2ª ed. p. 184.

no aconseja contemplar expresamente la previsión de la imputabilidad disminuida en el Código Penal, ya que el sistema adoptado por el art. 34, inc. 1º del Código y el juego de las penas elásticas de la ley, constituye un ámbito de movimiento lo suficientemente amplio como para adecuar la sanción de esas personas.

§ 87. CONSIDERACIONES FINALES

Por nuestra parte, pensando como peritos y basándonos en razones de psicología jurídica ampliamente expuestas en páginas anteriores, nos declaramos decididos partidarios del sistema unitario. No puede despreciarse la verdad que encierra la concepción personalista del hombre, entendido como un todo indiviso; la bipartición de la personalidad, castigando a un sector y curando al otro, constituye una aberración psicológica.

Basados en lo que hemos aprendido, nos resulta un absurdo conciliar la culpabilidad como presupuesto obligado de la pena con las medidas curativas destinadas exclusivamente a los enfermos mentales; los sistemas promiscuos, llámense duales, mixtos o pluralistas, socavan la doctrina de la culpabilidad, sin la cual no hay delito ni derecho penal. El sistema unitario al que adherimos tiene todavía otra ventaja, la de la simplicidad, que desde luego no debe confundirse con el simplismo. El gran jurista alemán Rodolfo Hering escribió cierta vez que en derecho la extrema simplicidad es la manifestación suprema del arte.

Manejando el sistema unitario, la práctica tribunalicia ofrece dos andariveles:

1º) Si el cúmulo de circunstancias clínicas y criminológicas inclina la opinión a favor de la naturaleza morbosa del delito, nos decidimos por la inimputabilidad del

procesado, aconsejando la aplicación de una medida de seguridad curativa si así lo indicara la peligrosidad del sujeto.

2º) Cuando ninguna duda empañe la normalidad mental del encausado la imputabilidad encontrará su cauce natural configurándose un diagnóstico de certeza (por lo menos en el área biológica). Aquí aparece bien clara la diferencia entre la "opinión" y la "certeza". La opinión es un juicio débil, que deja lugar precisamente a la duda; es un asentimiento imperfecto que comparte todos los grados de probabilidad. Cuando el juicio se considera verdadero sin mezcla de duda, no hay opinión sino certidumbre o certeza.

El dilema jurídico frente a la duda se ha resuelto en el principio de *in dubio pro reo*; en un dictamen psiquiátrico —como en todo juicio— la duda surge de la equivalencia de los contrarios y la indecisión flota en el ámbito subjetivo. En parecidas circunstancias la psiquiatría también aplica el mismo precepto: *in dubio pro morbo*. Ante una persona cuya salud está en tela de juicio nuestro fuero interno de médicos no renuncia a considerarla enferma hasta que se demuestre lo contrario; toda la estrategia preventiva y profilaxis del cáncer se funda en este principio, que ojalá también se aplique en psiquiatría forense, en resguardo de muchos errores diagnósticos e innumerables fallos equivocados.

El riesgo médico forense de la imputabilidad disminuida consiste en que se convierta en el gran recipiente de las dudas diagnósticas donde irían a parar todos los casos de indefinida filiación psicopatológica: sería el comodín de la incertidumbre y la fácil solución jurídica de todos aquellos *border line cases* lindantes entre la culpabilidad y la peligrosidad.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Blarduni, Oscar C., *El problema de la imputabilidad disminuida (a propósito del art. 25 del Anteproyecto Soler)*, LL, 7-X-1960.
- Fontán Balestra, Carlos, *Manual de derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Grasset, *Demis fous et demis responsables*, "Revue des Mondes", París, 1906.
- López Ibor, J., *La responsabilidad del enfermo mental*, discurso, 1951.
- Maristany, E. Z., *Actas de las Terceras Jornadas Médico Legales y Criminológicas*, Tucumán, 1964.
- Salvaño Campos, *Anales de la Primera Conferencia Panamericana de Criminología*, 1948.
- Zaffaroni, E., *Manual de derecho penal*, Parte General, Ediar, 1979.

II

PELIGROSIDAD PENAL DE LOS ENFERMOS MENTALES. LA FÓRMULA DE LOS CINCO ELEMENTOS °

La peligrosidad es el título que legitima la privación de la libertad de un insano mental.

Sumario

88. Necesidad de distinguir las penas de las medidas de seguridad; clasificación de éstas. 89. Naturaleza y carácter de la peligrosidad sobre la que debemos informar. 90. Diagnóstico psiquiátrico forense de la peligrosidad; la fórmula de los cinco elementos; a) personalidad del enfermo; b) naturaleza y carácter de la enfermedad mental que padece; c) momento evolutivo de la afección; d) la gravedad del delito; e) condiciones mesológicas. 91. Problema de la curación. 92. Carácter incierto del juicio médico de peligrosidad. 93. El juicio médico de peligrosidad se acerca más a un diagnóstico que a un pronóstico. 94. La liberación condicionada del enfermo psíquico no es procedente en el fuero penal.

§ 88. NECESIDAD DE DISTINGUIR LAS PENAS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD; CLASIFICACIÓN DE ÉSTAS¹

El corte clásico de nuestro Código Penal queda evidenciado en el distingo que hace entre imputables e inim-

° Trabajo publicado por el autor en *LL*, 11-X-1963.

putables, según el principio de la autoría moral, en cuya virtud sólo se puede aplicar una pena cuando el delito es la obra consciente y voluntaria de su autor, quedando fuera de la acción punitiva los que obrando bajo los efectos de una causa biológica (minoridad o alteración psíquica) carecieran de responsabilidad moral.

Frente al peligro que entrañaba la *estricta* aplicación de estos postulados de la escuela clásica, según los cuales quedarían en libertad los enfermos mentales y menores delincuentes, las legislaciones han introducido algunas de las adquisiciones de la escuela positiva, fundadas en el concepto de la peligrosidad, aplicando las llamadas "medidas de seguridad".

De los tres tipos de medidas, *curativas, reformadoras y eliminatorias*, aquí sólo nos interesan las primeras, pues las otras se administran a los menores (arts. 36 y 37), y a los reincidentes (art. 52).

Algunas características de las medidas de seguridad. La medida de seguridad no es retributiva como la pena; se fundamenta en la peligrosidad y no en la importancia del bien lesionado. Atiende más a lo que la persona *es* que a lo que *ha hecho*. Basándose la medida de seguridad en una condición personal del individuo ha de ser *indeterminada*, pues su duración depende del efecto *educativo* y *curativo* que haya experimentado aquel a quien se impone. Las enfermedades, y con mayor razón las psíquicas, no admiten plazos fijos de curación; la terapéutica se enfrenta con imponderables etiológicos; de ahí el carácter condicionado de la prognosis médica. La medida de seguridad supone tratamientos diversos; la pena uno solo.

Medidas de seguridad curativas. — Son las que nos atañen directamente. Se llaman curativas porque tienden a eliminar la peligrosidad actuando terapéuticamente sobre el

factor morboso que la determina; de ahí también la indicación del internamiento en un establecimiento médico-psiquiátrico.

Objeto de las medidas de seguridad curativas. — Las finalidades de tales medidas están previstas en los aparts. 2º y 3º del inc. 1º del art. 34, cuyos textos rezan del siguiente modo:

Apartado 2º: “En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

Apartado 3º: “En los demás casos en que se absolviese a un procesado por las causantes del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso”.

La sola lectura de los apartados descubre la intención de preservar la persona y la seguridad de terceros, y el alcance de ellas se adecua no tanto al delito cometido, sino a las condiciones personales del autor modificadas por la enfermedad.

§ 89. NATURALEZA Y CARÁCTER DE LA PELIGROSIDAD SOBRE LA QUE DEBEMOS INFORMAR

Desde Ferri¹ se distinguen dos formas de *peligrosidad*: la *genérica* o *social* y la *criminal* o *específica*, siendo

¹ Soler, Sebastián, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Abeledo, Buenos Aires, 1929, p. 111.

admitir la primera de una defensa *preventiva* y la segunda de una defensa *represiva*.

Para nuestro provecho psiquiátrico forense es dable apartar un tercer tipo de peligrosidad —que podríamos llamar *médico-legal*— que encontraría fundamento en las siguientes razones:

- 1º) Es a la vez una peligrosidad criminal y social porque mediando un delito no solamente se espera otro, sino cualquier evento dañoso, ya sea en el agente o en cualquier otra persona —peligro de índole social—; no es otra la interpretación que debe darse al giro empleado por la ley “peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”. El calificativo de legal surge porque el alcance de esa peligrosidad está consignado expresamente por la ley, que le confiere un significado *sui generis*.
- 2º) Es médica en cuanto constituye un problema psiquiátrico, y como tal se entrega a manos de expertos en la materia, tanto de entrada como de salida, porque aunque el texto no lo diga, se sobreentiende que si para establecer la desaparición del peligro es imprescindible el concurso del perito, con más razón se necesita al declararlo, ya que se trata de una acción positiva, subordinando a su opuesta negativa.
- 3º) También es médica en cuanto la medida de seguridad —su resultante— se cumple, por expreso mandato de la ley, en un establecimiento médico y no carcelario.

Estructura y fórmula de la peligrosidad médico-legal.
Es evidente que para saber cuándo un alienado ha dejado

de ser peligroso, es necesario saber antes en qué consiste dicha peligrosidad.

El hecho de que a un individuo le sobrevenga un trastorno mental no autoriza a subvertir la fórmula genérica de peligrosidad; siempre se trata de un hombre, de un hecho delictuoso y de una sociedad, de la cual el insano es un producto (no sabemos si un exponente) y la enfermedad, en todo caso, un factor agregado; la estructura sustancial de la fórmula debe permanecer invariable, sólo habrá que perfeccionarla.

Esta circunstancia —la del factor patológico— hace que entre las dos definiciones que han marcado rumbos en materia de peligrosidad, la de Grispigni y la de Garófalo, nosotros prefiramos la segunda.

Si para Grispigni la peligrosidad estriba en la muy relevante probabilidad de que un sujeto cometa un delito, para Garófalo es la *perversidad constante y activa* del delincuente que condiciona la cantidad de mal proveniente del mismo.

Garófalo, con poner el acento sobre la causa de la peligrosidad —la anormalidad psíquica— nos suministra el fundamento de su fórmula, a saber: 1) el delito cometido; 2) la conducta posterior al delito; 3) la vida anterior; 4) la *pericia antropológico-psiquiátrica*.

El hecho que deseamos destacar consiste en que el diagnóstico de peligrosidad médico-legal no puede establecerse teniendo en cuenta sólo el factor patológico, prescindiendo de los demás elementos integrantes de la fórmula genérica, de la cual únicamente es una variedad.

Apartarse de este criterio conduce a homologar los conceptos de peligrosidad y alienación, introduciendo en psiquiatría forense el principio de la *peligrosidad necesaria* de los enfermos mentales, al afirmar *a priori* que todo alienado es ya por eso mismo peligroso.

El desarrollo del criterio expuesto nos conduce a la

consideración de cinco elementos: 1) *Personalidad del autor*. 2) *Naturaleza y carácter de la enfermedad mental que padece*. 3) *Su momento evolutivo*. 4) *La gravedad del hecho apreciada psicogenéticamente*. 5) *Condiciones mesológicas relacionadas con la vida familiar y social del enfermo, proyectadas a su futuro existencial*.

Resumen: Podríamos sintetizar diciendo que la peligrosidad de los enfermos mentales delincuentes, siendo una variedad de la peligrosidad genérica, se funda en los mismos principios y se enuncia mediante una fórmula similar, en la que el factor patológico merece una consideración prevaleciente y un estudio especializado.

§ 90. DIAGNÓSTICO PSIQUIÁTRICO FORENSE DE LA PELIGROSIDAD. LA FÓRMULA DE LOS CINCO ELEMENTOS

Implica desenvolver dos aspectos, uno teórico y otro técnico. El *aspecto teórico*, que antes expusimos en esquema ahora lo ampliaremos con mayores argumentos.

Hemos visto que la peligrosidad médico-legal abarca no solamente la posibilidad de un nuevo delito (peligrosidad específica), sino la *comisión de cualquier evento dañoso dirigido contra el propio sujeto o contra el resto de las personas* (desaparición del peligro de que el enfermo se dañe así mismo o a los demás del art. 34, apart. 2).

“Una interpretación literal restringida que llevase a la conclusión de que la ley sólo se refiere al daño en la persona del agente o de un tercero, no satisfaría la finalidad de la medida, que busca, no sólo la seguridad personal, sino la seguridad general”². “Aunque el daño que del agente pueda esperarse no sea un delito”³.

² Núñez, Ricardo, *La culpabilidad penal en el Código Penal...*, p. 95.

³ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino...*, t. II, p. 461.

La interpretación extensiva de esta cláusula nos incita a preguntar si su alcance no se superpone entonces al concepto de *peligrosidad* sustentado en el Código Civil, cuyo art. 482 dice que: “*El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer, que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros...*”. De improviso la cuestión asume gran relieve, pues si se tratara de todo género de daño, habría que poner en la balanza del juicio penal aquella actividad del enfermo susceptible de comprometer los bienes e intereses que aseguran la normal convivencia del hombre en sociedad; aparte del peligro de suicidio, deberíamos contemplar en concreto: el impedimento para la curación y tratamiento del propio enfermo, estabilidad espiritual y moral de la familia afectada eventualmente por la conducta del insano, cuando “*el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos*” (inc. 5º, art. 144, Cód. Civil), perturbación del orden e instituciones públicas, infracciones al Código de Faltas o de Convenciones.

Nosotros creemos, por lo menos, en la conveniencia práctica de un criterio unicista de apreciación en ambos fueros, porque sería absurdo que por conducto penal diéramos de alta a un enfermo que, con la misma peligrosidad, internásemos al día siguiente por vía del Código Civil. La discordancia rompería la unidad de doctrina, desconociendo la realidad psiquiátrica, igual a sí misma en todos los frentes.

Digamos que el criterio unicista obliga a extremar el rigor y la severidad de las condiciones de alta, ventaja indiscutible como garantía de seguridad colectiva.

Fórmula de los cinco elementos. — La peligrosidad se diagnóstica aplicando la fórmula de los cinco elementos: *personalidad del autor; naturaleza y carácter de la enfer-*

medad que padece; su momento evolutivo; la gravedad del delito; condiciones mesológicas del egreso.

El resultado final depende de la correcta investigación de cada uno de los elementos de juicio, prevaleciendo, sin duda, el peso del factor patológico. No se pueden dar normas fijas, pues los casos, a fuer de singularmente personales, resisten toda generalización; rigen no obstante las mismas reglas de todo diagnóstico médico.

Sin embargo conviene mencionar, si no todas, por lo menos algunas relaciones que vinculan los integrantes de la fórmula:

a) *La personalidad del enfermo.*

Constituye ésta la llave maestra del diagnóstico: imprime a los signos toda su modalidad, mide y dirige las reacciones, orienta la conducta y guarda reservado el porvenir.

Sabiendo cómo es un sujeto, el resto es cuestión de medida y oportunidad.

Un paranoico sensitivo y asténico decidirá la forma clínica de un delirio, tornándolo efímero, endeble y auto-referido; otro paranoico, esta vez perverso, audaz y sin escrúpulos, matará al responsable de sus males, sirviendo más a sus instintos que a los directivos delirantes.

El otro, de acrisolada moral, de sentimientos generosos, nunca armará criminalmente su delirio; gratificará su egolatría tratando de reformar el mundo, o sintiéndose un hombre elegido. El esquizoide, vivirá autísticamente los rencores, que luego volcará en cuanto menos lo pensamos; y así sucesivamente: Cuidar los índices de agresividad personal, el grado de excitabilidad, la capacidad emotiva, el amor propio, la dignidad y el honor, la índole moral de los insanos mentales; en una palabra: comprenderlos, es la for-

ma más prudente de enfocar un diagnóstico psiquiátrico de peligrosidad.

Dijimos alguna vez —y sin juegos de palabras— que no es la enfermedad psíquica la que hace peligroso al hombre, es el hombre que hace peligrosa a la enfermedad.

b) *Naturaleza y carácter de la enfermedad mental que padece.*

La importancia de la forma de enfermedad es obvio comentarla. Si bien no hay delitos específicos de una determinada psicosis, ésta marca generalmente una tendencia criminal: el homicidio altruista es propio del melancólico, al igual que el suicidio, como los uxoricidios lo son de algunos esquizofrénicos; del oligofrénico son las violaciones y atentados al pudor; los robos absurdos de los parálíticos generales; del epiléptico, las explosiones homicidas únicas o múltiples; los atentados a la autoridad de los alcoholistas con *bouffées* confuso-oníricas, etcétera.

c) *Momento evolutivo de la afección.*

Sobre todo al comienzo, las dolencias mentales favorecen la propensión a los delitos, o mejor dicho, existe un momento en su evolución donde hace crisis la actividad delictiva; se le conoce con el nombre de período médico-legal; más tarde, cuando se autoconfigura el proceso, sobreviene un estado de relativa inocuidad. El tratamiento favorece o acorta el período de peligrosidad.

d) *La gravedad del delito.*

Garófalo le da un valor decisivo por cuanto proporciona un medio valioso para apreciar psiquiátricamente al sujeto. La investigación psicogenética del mecanismo delictivo que reconstruye la dinámica de los diversos factores, de-

termina el papel que éstos desempeñaron, permitiendo deducir si aún se halla presente en el momento actual. Su ausencia, por desgaste, liquidación o represión, es un índice favorable. *La psicogénesis delictiva es la sombra que acompaña a la peligrosidad.*

e) *Condiciones mesológicas.*

Los síntomas de una psicosis pueden casi siempre relacionarse psicológicamente con una situación en la vida, originada por conflictos. Temores, odios, pasiones, ambiciones objetivadas en cosas y personas engendran reacciones cuya finalidad es "comprensible" en un número elevado de casos. A su vez, el alienado origina en el medio sentimientos desagradables, afectos nocivos capaces de llegar al desafecto y a la intolerancia.

Según la disposición del ambiente al cual deba restituirse al insano pueden diferenciarse tres categorías de medios: *adversos, favorables y neutros.*

Un ambiente puede calificarse de *adverso* si en él perduran los motivos del conflicto que alimentaron el tema psicótico. Sería un error consentir la liberación en estas condiciones.

El ambiente *favorable* se presume si la objetivación morbosamente concebida ha desaparecido. Asimismo el llamado familiar o de amistades bien intencionadas, es un índice de buenas perspectivas en cuanto a la tolerancia y comprensión, tan necesarias para sobrellevar la convivencia con estos desventurados.

§ 91. PROBLEMA DE LA CURACIÓN

En éste momento se presenta un problema provocado por los que sustentan el principio de la *peligrosidad* nece-

saría de los alienados, que exigen la curación total de la enfermedad para diagnosticar desaparecido el peligro.

Frente a este criterio indiscriminado que identifica la peligrosidad con la insania ⁴ se alza la dualidad jurídica del código para quien estos dos estados son cosas distintas.

La enfermedad es una causa, la peligrosidad un efecto; ni científica ni legalmente debemos confundirlas, máxime cuando el código nunca alude a la primera y menciona reiteradamente la segunda. Frente a un “enajenado la ley no obliga al juez a que lo interne en todos los casos, admitiendo, por consiguiente, la existencia de alienados no peligrosos” ⁵. A mayor abundamiento la misma situación se repite en el Código Civil (art. 482) “*El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer, que, usando de ellas, se dañe a sí mismo, o dañe a otros. . .*”.

Puede un alienado estar interdicto, y, sin embargo, no requerir la internación; eso lo vemos todos los días: *solamente cuando existe temor de que se dañe a sí mismo o dañe a otros podrá privársele de su libertad, antes no.*

En el puro terreno médico podrá discutirse que tal grado de mejoría no alcance a suprimir la peligrosidad, pero ningún psiquiatra exigirá la curación completa del en-

⁴ Rojas, Nerio, *La liberación en el internamiento del art. 34 del Código Penal*, en Archivos de Medicina Legal, año 18, nº 2, p. 109, “Si existe alienación mental hay peligrosidad”. Nosotros compartimos esa opinión pensando que todo alienado es peligroso para sí o los demás, con diferencia de grado, según el tipo de enfermedad, la intensidad y formas de los síntomas. Este autor agrega “yo no creo que haya un alienado que carezca de toda peligrosidad, como en algún caso se dice”. Nosotros podríamos completar el pensamiento del maestro, diciendo que no creemos que haya un hombre normal que no sea peligroso.

⁵ La perentoriedad que figura en el apartado segundo del inc. 1º del art. 34 es una inconsecuencia doctrinaria deslizada en una redacción imperfecta (véase Núñez, Ricardo, *La culpabilidad penal en el Código Penal. . .*, p. 97; González Roura, *Derecho penal*, t. II, ps. 13 y 14. En contra: Soler, Gómez y Díaz).

fermo para autorizar su alta, en ausencia de toda peligrosidad social o personal.

En el terreno doctrinario y jurisprudencial. La consulta en este terreno comprueba que en ningún caso se impone como condición la cura del enfermo, aunque se muestren rigurosos en cuanto a la desaparición del peligro. Veamos algunos datos:

- 1º) *Proyecto de 1926 sobre estado peligroso*: “desaparición del peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.
- 2º) *Proyecto de Coll-Gómez*: “previo dictamen de peritos oficiales que declaren que ya no es peligroso para sí ni para terceros”.
- 3º) *Proyecto Peco*: “previo dictamen de peritos oficiales cuando el enfermo no sea peligroso para sí ni para terceros”.
- 4º) *Eusebio Gómez*: “La completa cesación del peligro que ha querido conjurar. Una simple mejoría no será suficiente. Por esta razón no es admisible un egreso a prueba, que los médicos forenses suelen aconsejar y que, con rigor lógico, los tribunales no han acordado.
- 5º) *Emilio Díaz (Internamiento de seguridad, Rev. Penal Argentina, XI, 1926)*: Adoptar todas las precauciones posibles para asegurar la no peligrosidad, llegando a extremos absolutos del problema, condicionado por entero y sin reserva alguna por el peligro de dañarse a sí mismo o a los demás; habla de la desaparición total del peligro, descartando la más mínima sospecha de existencia en el sujeto de semejante estado.

En realidad, el problema no debe plantearse en términos tan irreconciliables, pues será al fin de cuentas el perito médico quien opinará sobre la necesidad de la curación, estimando los demás factores que integran la fórmula de los cinco elementos aconsejada por nosotros.

Incluso podría suceder que el tribunal, valorando la índole inmoral del agente, la mala vida anterior, etc., pese al diagnóstico médico favorable, crea prudente sostener la medida de seguridad, no decretando el alta; recordemos que dentro del criterio de peligrosidad el factor morboso constituye sólo uno de los tantos elementos de juicio que el tribunal debe tener en cuenta.

En esta materia como en las demás, la opinión de los peritos no obliga al juez (CCC. Cap., agosto 12 de 1928, *Fallos*, t. 4, p. 21).

Sin ir más lejos, recientemente, en una causa por desacato y atentado a la autoridad, el juez de instrucción, desoyendo el dictamen pericial, encuentra que el autor ha procedido bajo un estado de inconsciencia epiléptica, y como considera al Hospital de las Mercedes un lugar inadecuado para hacer efectiva la medida de seguridad, sin consultar la opinión médica resuelve descartarla y ordena la libertad del sujeto.

§ 92. CARÁCTER INCIERTO DEL JUICIO MÉDICO DE PELIGROSIDAD

No quisiéramos cerrar el capítulo sin antes descargar la responsabilidad que pesa sobre los hombros de la psiquiatría forense por los errores que comete, las dudas que la invaden, y por el lenguaje ambiguo con que suele disimularlas.

Y es que la teoría del estado peligroso —máxima expresión del positivismo penal— ha trasladado gratuitamente

a la función médica sus imperfecciones teóricas, la ineficacia de su fórmula científica, la incertidumbre y complejidad del juicio, y la resistencia del hombre —diríamos de la vida misma— a dejarse encerrar por sistemas generalizadores, como así, a las contingencias de un futuro inescrutable.

Jiménez de Asúa reconoce expresamente que “en modo definitivo y *a priori*, ni los juristas, ni los psiquiatras, ni los pedagogos, nadie en suma, es capaz de formular un juicio absoluto cierto sobre la temibilidad del hombre”.

Los psiquiatras ya habíamos tomado nota de la magnitud de la tarea que nos ha encomendado el derecho; oigamos a Fabret: “Desde el punto de vista absoluto y científico toda distinción vigorosa entre alienados peligrosos e inofensivos es tan imposible de establecer como los curables e incurables. Bien temerario, seguramente, será aquel que osara extraer así el horóscopo fatal de un individuo, aun siendo sano de espíritu”.

Los psiquiatras españoles declaran: “En la práctica, la peligrosidad de los enfermos mentales es contingente y fortuita, siendo problema imposible dar reglas que nos adviertan en todo caso su efectividad”.

“No hay que olvidarse del carácter profético del estado peligroso para ver agigantada la dificultad”. “Se podría poner preso a todo el mundo, así no habría más crímenes”. Las dos sentencias, una de Soler y otra de Garson, reconcilian a la medicina con sus precarios medios diagnósticos, frente a los graves problemas que debe resolver el derecho en la lucha preventiva contra la criminalidad.

§ 93. EL JUICIO MÉDICO DE PELIGROSIDAD SE ACERCA MÁS A UN DIAGNÓSTICO QUE A UN PRONÓSTICO

Nadie duda de que el concepto de peligrosidad involucra un pronóstico, de lo contrario no tendría razón de ser,

pero no me atrevería a negar, como hace Soler⁶, el carácter diagnóstico que también posee, en cuanto, si bien la *peligrosidad envuelve un juicio sobre elementos futuros, se obtiene mediante la valoración de elementos presentes*.

Justamente Crispigni dice que “la sanción criminal no alcanza al delito futuro que es incierto, sino más bien a la peligrosidad actual, que es cierta”.

Lo que la ley pediría entonces a la medicina sería la determinación de aquellos “elementos presentes”, “*la peligrosidad actual de Crispigni*”, reveladores de peligrosidad futura, que la enfermedad pone de manifiesto bajo la forma de síntomas, es decir, de señales específicas de trastornos psicopatológicos actuales, comprobados objetivamente en el examen semiológico y en la exploración clínica; y esto es hacer diagnóstico, quieranlo o no los juristas.

Y así lo hemos comprendido todos los que hacemos pericias, cuando al dar por curado un episodio, desecharmos del planteo la probabilidad de una recidiva, que no sabemos cuándo se producirá; y como es evidente, no podríamos prolongar indefinidamente una internación a la espera de un nuevo evento, que a lo mejor no aparecerá nunca; tal es el caso de las *bouffées*, delirantes, las *bouffées* confusónicas de los alcoholistas, la locura maniaco depresiva, etcétera.

No es que nosotros soslayemos el problema sino que el pronóstico médico no puede asimilar el pronóstico jurídico de peligrosidad. El primero cae bajo los dominios del método científico-natural, susceptible de experimentación, observación clínica, estadística, acción correctora terapéutica, etc.; el segundo, se basa en elementos que escapan a nues-

⁶ Soler, Sebastián, *Derecho Penal..*, cit., p 30, “esta fórmula (la de peligrosidad) debe necesariamente revestir formas análogas a las del pronóstico médico, no al diagnóstico, como generalmente se afirma, y debe tener una base experimental y científica”.

tra competencia: en espacio, en tiempo y en dimensión valorativa.

Es cierto que nuestra fórmula de peligrosidad es sólo una variedad de la fórmula integral, pero la ponderaremos en función de un determinismo médico, dejando para el recorte judicial su enjuiciamiento definitivo. Tal es así que “algunos autores, como Prins, no dan a la fórmula de peligrosidad un carácter técnico y completan los informes medicolegales sobre el delincuente *con el libre arbitrio judicial* para la apreciación de las demás circunstancias”.

Daríá razón a nuestra manera de pensar un reciente fallo de los tribunales de la ciudad de La Plata, Juzgado del doctor Arturo H. Medina, caso “Badalucco”: esta persona, internada en el Melchor Romero en virtud de una medida de seguridad impuesta a raíz de un delito cometido bajo un estado de alienación, después de permanecer recluida durante 11 años, se fuga del establecimiento y durante ocho años más se reintegra a las actividades normales de trabajo, desempeñándose en las mismas con toda corrección y eficacia. Para regularizar su situación, Badalucco se constituye nuevamente en el referido Instituto y solicita la liberación por cese de peligrosidad.

Los médicos forenses aconsejaban el mantenimiento de la internación mientras que otros facultativos llamados a dictaminar (Dirección de Investigaciones y Docencia Criminológica) opinaban que el estado del enfermo no ofrecía peligro ni para él ni para terceros.

Ante esa contradicción el juez se funda en los hechos de la realidad, reveladores de que Badalucco ha convivido en libertad o en encierro sin ser un factor de peligro, sino, por el contrario, demostrando una consagración ejemplar en su conducta y en sus actividades. Ello demostraría que, no obstante su insuficiencia mental, resulta inofensivo. En tal situación sería de evidente injusticia mantenerlo privado

de su libertad, por lo cual se dispone levantar la internación a efectos de que Badalucco vuelva en pleno derecho al seno de la sociedad.

No sabemos hasta qué punto podemos hablar de discrepancias entre juicios heterogéneos porque mientras el juez aplica el criterio genérico de peligrosidad, incluyendo la información médica, ésta sólo contempla uno de los integrantes de la fórmula: no hay discrepancias sino prevalencias. Los médicos pronostican respecto de un enfermo, el juez sobre el porvenir de un hombre en función social y ambos puntos de vista no tienen por qué coincidir siempre.

Resumiendo: podríamos decir que la tarea del médico se acerca más a un diagnóstico que a un pronóstico, desde el momento que se las entiende con síntomas objetivos y concretos reveladores de una peligrosidad actual, ligada íntimamente a la existencia de un estado patológico. Éste no impide la valoración de esos elementos presentes en función de un pronóstico jurídico que contemple todos los factores enunciados en cualquiera de las fórmulas de peligrosidad genérica. La aproximación de los dos enfoques permitiría la correcta visualización del objetivo común: la indicación acertada del levantamiento de una medida de seguridad.

§ 94. LA LIBERACIÓN CONDICIONADA DEL ENFERMO PSÍQUICO NO ES PROCEDENTE EN EL FUERO PENAL

Es frecuente que al redactar nuestras conclusiones afirmando la desaparición del peligro —y, por consiguiente, la conveniencia de levantar la internación— supeditemos ésta a ciertas condiciones, tales como “la vigilancia de una persona responsable”, “el cuidado de un familiar”, “visitas periódicas a un centro asistencial”, etcétera.

Por mejor intencionadas que sean, estas medidas llevan

la duda al ánimo del juez respecto de la completa desaparición del peligro de daño y determinan que el Ministerio Fiscal aconseje que el dictamen sea categórico en uno u otro sentido.

Y es que la liberación, según lo han establecido la doctrina y la jurisprudencia, no puede ser a prueba o condicional, sino definitiva (Núñez, Gómez, Díaz, CCC., Cap., *Fallos*, t. I, 43) desde que, según lo afirman, la ley no autoriza la revocación del egreso una vez concedido. “La liberación condicionada no procede, pues corresponde que la observación se haga en el mismo establecimiento”. La disposición legal establece claramente que el recluso debe permanecer en tal forma hasta que, según dictamen de peritos, haya desaparecido la peligrosidad. “La liberación no puede ser a prueba o condicional sino definitiva”⁷. No es admisible aunque esté lleno de sanas intenciones el egreso preventivo (...), porque la ley no autoriza la revocación del egreso una vez concedido⁸.

La creación del Patronato de alienados a cuyo cuidado y vigilancia debe someterse el liberado, vendría a cubrir la necesidad de una progresiva readaptación social, dentro de un régimen intermedio entre la internación absoluta y el alta definitiva.

La legislación penal no puede desoir estos requerimientos, y debe arbitrar las medidas tendientes a satisfacerlos reclamando para sí un carácter decididamente tutelar.

Contamos en los antecedentes de esta institución con los trabajos de Nerio Rojas, que contribuyó a la redacción de un proyecto en la Comisión de estudios legislativos que recién ahora se hace efectiva en la provincia de Buenos

⁷ Núñez, Ricardo, La culpabilidad penal en el Código Penal, ob. cit., p. 94.

⁸ Díaz, C. E., “Revista Penal Argentina”, 1926, t. VI, p. 22 y ss.

Aires, a raíz de una plausible iniciativa de la Corte Suprema de esa provincia.

Jurisprudencia

Imputabilidad: Demente externo sujeto a tratamiento. Peligrosidad. Improcedencia de la liberación definitiva.

Si no puede considerarse desaparecido el peligro de que el internado en los términos del art. 34 del Código Penal se dañe a sí mismo o lo haga con los demás, sino que sólo debe entenderse que ese peligro no se registra en la actualidad en la medida en que se prosiga el control y el tratamiento indicados, debiendo el aludido continuar bajo sucesivas y periódicas externaciones —que revisten carácter terapéutico y constituyen un modo adecuado a las circunstancias de instrumentar la internación a que se refiere la precitada norma penal, dado que son aconsejadas por los expertos para la mejor atención del paciente—, no es procedente declarar que ha desaparecido la peligrosidad del internado y ordenar su liberación definitiva.

“Gómez, Vera Ocampo, De la Riestra”. Int., Sala III.

Imputabilidad: Internación del inimputable. Peligrosidad latente.

No basta para la internación la peligrosidad latente que es común a todo deficiente mental (CNCrim. y Correc., Sala II, diciembre 12-975, “Otero, Ángel”, ED, del 28/1/1977.

Nota. Se revocó el auto que ordenaba la liberación definitiva del inimputable y se dispuso su permanencia a

disposición del Juzgado de Instrucción. Se trata —según los médicos forenses—, de un internado cuya demencia subsiste, aunque su evolución es favorable, por encontrarse en estado no productivo y no ser peligroso para sí o para terceros, pero debiendo entenderse que esa actual situación es producto del tratamiento a que se lo somete —medicación con psicofármacos y alejamiento de la bebida—; concluyendo aquéllos en que puede continuar externado, pero bajo control del servicio frenocomial donde se asiste, y que no debe ser externado definitivamente, sino por períodos de seis meses.

C. 9.429. “Chumba, Humberto R.”; p/art. 79: septiembre 6-977.

Análogo: C. 10.529, “Vidal, Beatriz”, Int., Sala III, R. 23/5/78.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Díaz, C. E., “Revista Penal Argentina”, 1926, t. VI.

González Roura, *Derecho penal*, t. II.

Núñez, Ricardo, *La culpabilidad penal en el Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1946.

Rojas, Nerio, *La liberación en el internamiento del art. 34 del Código Penal*, Archivos de Medicina Legal, año 18, nº 2.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

— *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Abeledo, Buenos Aires, 1929.

III

IMPULSIVIDAD CRIMINAL

(Dicotomía funcional del apéndice psicológico del art. 34, inc. 1º del Código Penal. Acciones en corto circuito de Kretschmer. Revisión crítica. Valoración forense).

Sumario

95. Preliminares. 96. Las impulsiones motrices puras, a reflejo directo. 97. Las impulsiones psicomotrices; *a*) en personas normales; *b*) trascendencia forense. 98. Dicotomía funcional del apéndice psicológico del art. 34, inc. 1º del Código Penal; *a*) En las personalidades psicopáticas; valoración psiquiátrico-forense; *b*) en los posencefalíticos y posconmocionados de cráneo; valoración psiquiátrico-forense; *c*) en las neurosis compulsivas; *d*) en las acciones de corto circuito de Kretschmer. 99. Concepto de esta categoría psiquiátrica de Kretschmer; un fallo judicial donde se critican las acciones de corto circuito como factor de inimputabilidad. 100. Consideraciones finales.

§ 95. PRELIMINARES

En la vida de los hombres la impulsividad marca muchas veces su destino y nadie está exento de caer vencido por esa fuerza irreflexiva y ciega que nos lleva a

• Trabajo publicado por el autor en *LL*, t. 111-1965.

hacer cosas que no queremos, que nuestros sentimientos rechazan y que nuestra cultura desapruueba; el accionar ha evadido el poder inhibitorio de la voluntad¹.

Las impulsiones están firmemente ligadas a las disposiciones instintivas y van desde el simple reflejo tendinoso hasta la ejecución de un acto heroico; la superioridad del hombre sobre el animal, del hombre sobre el niño y la de un cuerdo sobre un insano, reside en la facultad de transformar y dirigir la fuerza oscura y fatal del instinto en un proceso consciente, constructivo y orientado a la conquista de valores predeterminados. A esta fuerza psicológica se la llama voluntad, y constituye juntamente con el discernimiento, las características fundamentales del *yo* libre y responsable.

La inclusión de las impulsiones en un capítulo aparte se justifica porque constituye el denominador común de un gran número de delitos contra las personas (lesiones, homicidio, violación, etcétera).

En primer lugar, desde un punto de vista práctico debemos separar la impulsividad normal de la patológica, aunque esta diferenciación, al menos teóricamente, presenta grandes dificultades.

En opinión de Regis², la impulsión es la tendencia misma al reflejo y, por consiguiente, de suyo fisiológica hasta tanto quede subordinada al *yo*, o si se quiere a los centros corticales que mantienen intacto el tono voluntario. Pero desde que el equilibrio se rompe a su favor, la impulsividad deviene patológica.

¹ En la impulsión no se elaboran las instancias cognitivas que preceden a la acción; ésta brota instantáneamente, sin dar tiempo a la reflexión o previsión del suceso y sus consecuencias. Por el contrario, la compulsión implica el ejercicio de la actividad inhibitoria del psiquismo, una lucha entre el *yo* consciente y el impulso que, rechazado en los primeros instantes, termina por triunfar sobre la voluntad del paciente.

² Regis, E., *Précis de Psychiatrie*, 7ª ed. p. 154 y ss.

Hay, por lo tanto, impulsiones normales e impulsiones mórbidas, consistentes estas últimas en la ruptura del tono voluntario con tendencia a un retorno hacia el reflejo original.

Esta definición del notable psiquiatra francés quedaría en mero enunciado si la técnica psiquiátrico-forense no le adjudicara sus alcances y determinaciones.

Dos son los elementos diagnósticos a que acudimos para establecer la naturaleza patológica de las impulsiones: uno, el notativo, se concreta a señalar los caracteres intrínsecos del hecho en sí; el otro, el nosológico, pondera el sistema en función del proceso clínico dentro del cual se inscribe y del que recibe su conformación y sentido.

El diagnóstico notativo de las impulsiones patológicas, lo establece Morselli³, guiándose por los siguientes caracteres generales: 1) *son endógenas*, es decir, derivadas de motivos exclusivamente internos; 2) *son imperiosas*, no pueden contenerse; 3) *violentas y súbitas*, irrumpen en la vía motriz; 4) *son descarriadas*, contrastando con lo razonable y el orden natural de las cosas; 5) *tienen tendencia a repetirse bajo la misma forma*, por accesos o paroxismos; 6) *muy a menudo son conscientes*, y desde luego involuntarias. En otros términos, conscientemente representadas pero imposibles de inhibir, ellas pueden también ser enteramente inconscientes y naturalmente involuntarias.

Con esta última nota Morselli anuncia la falta de paralelismo que a veces es posible observar entre la impulsión patológica y el grado de inconsciencia o amnesia observados. Señalamos ahora el suceso para retomarlo más tarde y conferirle la importancia médico-legal que merece, sin dejar de anticipar que el carácter consciente o inconsciente de las impulsiones no resulta el mejor índice para ubicarlas en su verdadero rango en la escala psicopatológica.

³ Morselli, cita de Regis, ob. cit., p. 156.

El otro método empleado por la investigación psiquiátrico-forense, el *nosológico*, sin dejar de tener en cuenta los caracteres intrínsecos de las impulsiones, transfiere el mayor peso de la tarea al diagnóstico de la enfermedad o del cuadro clínico que, en definitiva, es el que jerarquiza a sus componentes sintomáticos.

Desde este ángulo visual, podemos separar dos tipos o categorías de impulsión.

§ 96. LAS IMPULSIONES MOTRICES PURAS, A REFLEJO DIRECTO

Aquí el acto sigue fatal e inmediatamente a la estimulación, sin ninguna acción inhibitoria intermedia. "Sin perder su primaria índole refleja, se asocian y combinan movimientos cuyo resultado permanece ajeno a la vida del sujeto⁴. Son las impulsiones de los idiotas, los dementes, de la epilepsia temporal, la esquizofrenia, la excitación psicomotriz, la confusión mental, los *raptus* melancólicos, las vivencias de pánico, etcétera.

En estos casos, la inimputabilidad no se discute porque encuentra un doble cauce: los caracteres intrínsecos del acto y los fundamentos etiológicos y clínicos que le suministra la enfermedad o el trastorno mental —permanente o transitorio— del cual el impulso es sólo un efecto.

§ 97. LAS IMPULSIONES PSICOMOTRICES

Se diferencian de las precedentes en que responden a un circuito menos simple, menos directo, interesando vías

⁴ Regis, E., obra citada.

más largas y acompañadas de un proceso ideo-afectivo en el que participan la exposición de motivos, la deliberación y la decisión, así como también la noción de las consecuencias del acto y la capacidad de preverlas. El defecto reside en el escaso poder de inhibición, en la pérdida del control a que puede llegarse después de un ensayo de lucha o mediante una especie de consentimiento volitivo después del cual el acto es fatalmente aceptado y ejecutado.

Detengámonos en esta clase de impulsiones, según se presenten en personas normales, en personalidades psicopáticas, en las posecefalitis y posconmocionados de cráneo, en los obsesivos impulsivos o en las reacciones de corto circuito de Kretschmer.

a) *En personas normales.*

Las impulsiones psicomotrices pueden desencadenarse respondiendo a exaltaciones afectivas provocadas por sentimientos de odio, venganza, cólera, indignación, angustia, temor, etc. Entran en la inmensa mayoría de los delitos pasionales, emoción violenta, etcétera.

b) *Trascendencia forense.*

Las impulsiones psicomotrices en personas sanas no se consideran patológicas y, por consiguiente, dejan intacta la capacidad para delinquir, salvo naturalmente cuando se trata de auténticos estados de inconsciencia.

Las fallas del poder inhibitorio, proclives a las respuestas agresivas, desencadenadas en medio de una conciencia lúcida y obedeciendo a motivaciones comprensibles, no suprimen la voluntad como para impedir la dirección de las acciones.

§ 98. DICOTOMÍA FUNCIONAL DEL APÉNDICE PSICOLÓGICO
DEL ART. 34, INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL

Con esta denominación señalamos la particular circunstancia de que los dos elementos psicológicos que determinan la inimputabilidad, pueden ejercer independientemente sus efectos, sin necesidad de la simultánea concurrencia de ambos.

La dicotomía del apéndice psicológico es factible encontrarla en los siguientes estados: personalidades psicopáticas, posecefalíticos y posconmocionados de cráneo, epilepsia temporal psicomotora, neurosis compulsivas y en las acciones de corto circuito de Kretschmer.

a) *En las personalidades psicopáticas.*

En esta variedad de trastornos, las impulsiones están representadas por las reacciones desmedidas, inusitadas, violentas y explosivas de los psicópatas, epilépticos, perversos, distímicos, inestables, débiles mentales que nosográficamente se mueven en la frontera que separa lo anormal de lo patológico, sin pertenecer francamente a uno u otro territorio.

Estas impulsiones que podríamos llamar psicopáticas, por regla general van acompañadas de conciencia, aunque la evidente desproporción entre el estímulo y la respuesta constituye la esencia misma de su anormalidad.

Valoración psiquiátrico-forense: Esta cuestión aparece confusa por las razones siguientes: a) constituyendo el flanco más débil de la psiquiatría, pese a las arduas discusiones escolásticas entabladas, las personalidades psicopáticas, por veredicto casi unánime de los autores y de la jurisprudencia

cia, no son consideradas enfermedades mentales y por lo tanto se las excluye del concepto de alteración morbosa de las facultades del art. 34; *b*) la relativa indemnidad de la inteligencia hace que éstos comprendan la criminalidad del acto y, sin embargo, a consecuencia de los defectos estructurales de la personalidad en sus variantes afectivas y volitivas, reflejadas en las graves anomalías de conducta, sean incapaces para dar solución racional y apropiada a los conflictos que viven y provocan.

El candente problema de la imputabilidad de las personalidades psicopáticas, especialmente las perversas, nos ocupará *in extenso* en el capítulo correspondiente, donde expondremos nuestra posición, que disiente —salvo excepciones— con la sustentada en el foro penal argentino.

*b) En los posencefalíticos
y posconmocionados de cráneo.*

La dicotomía entre la conciencia y la voluntad se presenta muy objetivamente en esta clase de enfermos: son sobrecogidos periódicamente por crisis de excitación psicomotriz durante las cuales rompen cosas, atacan personas, etc., teniendo conciencia tan clara de sus crisis que ante su amenaza, piden se les coloque medios contensivos o se las proteja para evitar consecuencias.

Contrariando la voluntad del agente o a veces en medio de la mayor indiferencia —conducta categorial y catastrófica de Goldstein—, el posencefalítico es capaz de cometer delitos (lesiones, hurto, violaciones) en consonancia con el cambio de carácter y su desconexión afectivo-volitiva, que con anterioridad al proceso infeccioso lo identificaba con la normalidad psico-social: conciencia plena del acto, modalidad impulsiva del mismo, cons-

tituyen las características sobresalientes, permitiendo dissociar los dos elementos psicológicos de la fórmula sin que por ello la causalidad morbosa pierda fuerza excusante.

Citando a von Ecónomo⁵, figura capitular en la materia, los hallazgos por él efectuados sobre secuelas psíquicas, temperamentales y caracterológicas de las encefalitis —de cuya repercusión en el mundo médico da buena cuenta la copiosa bibliografía existente— han posibilitado una vía que nos permite explicar, entender y tratar clínica y criminológicamente (relación causal, sintomática, terapéutica y axiológica) el funcionamiento del *yo* moral alterado o abolido por la lesión encefálica del proceso virósico. En otras palabras, se trata de impulsos instintivos nacidos de una paleopsiquis enferma (agresión neuronal de los núcleos grises de la base) fuera del control inhibitorio de la noopsiquis (manto cortical), que acarrea la liberación consciente pero involuntaria de las tendencias instintivas.

Los posencefalíticos se diferencian de los perversos instintivos en dos aspectos: en primer lugar, porque en ellos predomina la agitación sobre la impulsividad, y en segundo lugar porque los pacientes no se identifican con su trastorno impulsivo, es decir que el encefalítico tiene más conciencia de lo patológico de su trastorno.

Valoración psiquiátrico-forense: Las manifestaciones delictivas posencefálicas, moviéndose en el plano de las personalidades psicopáticas, no conceden el título de alienados a quienes las padecen, pero sí de enfermos mentales, configurando la alteración morbosa de las facultades del art. 34, inc. 1º: basta demostrar que a raíz de esta alteración no pudo, durante el hecho, dirigir las acciones a pesar de comprenderlas, para que surja la inimputabilidad del autor.

⁵ Von Ecónomo, *La encefalitis letárgica, sus secuelas y tratamiento*, Espasa Calpe, Madrid, 1932.

De cualquier manera, la encefalitis y sus secuelas preocupan al neurólogo, al psiquiatra y al jurista, porque ven en la trama de sus manifestaciones clínicas, en el fondo del correspondiente registro lesional y en las profundas alteraciones de la conducta ilícita, una onda vertiente de interesantísimas sugerencias que alcanzan a problemas tales como los centros integradores del *yo*, de los componentes afectivos y volitivos de la personalidad.

Digamos, una vez más, que los hechos descubiertos por el estudio de la encefalitis letárgica —incluimos también los postraumatismos de cráneo— influyen en dos sentidos sobre los elementos integrantes de la fórmula del art. 34: agrandan las fronteras de la causalidad psiquiátrica, abarcando entidades ajenas a la verdadera alienación, y confieren relevancia al factor volitivo, en la apreciación de los efectos psicológicos sujetos a dicha causalidad⁶.

c) *En las neurosis compulsivas.*

Aquí, la separación entre el conocimiento y la voluntad no es disyuntiva sino antagónica.

Los neuróticos tienen una conciencia exaltada de sus trastornos, ya sean de tipo fóbico, obsesivo o compulsivo. Un sentimiento, una idea o un impulso, se apoderan y gobiernan el curso del pensamiento en contra de la voluntad del sujeto, quien reconoce el carácter absurdo, extraño, heteróclito de esa parasitosis ideativa. Debido a la enconada lucha que sostiene el neurótico, tratando en vano de desalojar de su mente los complejos dominantes, a la inutilidad del esfuerzo y, además, porque la inclinación al impulso ilícito es rechazada por la conciencia moral, el proceso ad-

⁶ Cabello, Vicente, *Estados psicopáticos posencefalíticos e inimputabilidad*, Rev. del Inst. de Invest. y Docencia Criminológica, La Plata, 1958, p. 35.

quiere el carácter afflictivo, angustioso y torturante propio de las obsesiones: el desdichado neurótico asiste impotente a la pérdida de su libertad interna, y con ella queda anulada la capacidad para delinquir.

Por otra parte, hoy ya nadie se atreve a discutir la naturaleza morbosa de los procesos neuróticos, por cuyo motivo, sin constituir “alienación”, se incorporan cómodamente en el apartado psiquiátrico del art. 34.

d) *En las acciones de corto circuito de Kretschmer.*

Otro género de impulsiones que ocupan actualmente un lugar privilegiado —quizá por los vaivenes de la moda— en la literatura psiquiátrico-penal, son esgrimidas con variada fortuna como causa de inimputabilidad; nos referimos a las “acciones de corto circuito de Kretschmer” (*Psicología médica*, Ed. Leyenda, México, 1945, ps. 343-349).

§ 99. CONCEPTO DE ESTA CATEGORÍA PSIQUIÁTRICA DE KRETSCHMER

“Damos el nombre de corto circuito a las reacciones que se transforman directamente en actos sin la intervención de la personalidad total”, es decir sin la cooperación eficiente de las operaciones psíquicas superiores: reflexión, deliberación, previsión y decisión, transitoriamente disminuidas, desviadas o ausentes. Kretschmer tipifica sus conceptos relatando el caso de la joven campesina que, presa de un sentimiento nostálgico, movida por el deseo oscuro, impulsivo e irresistible de volver a su hogar, prende fuego a la casa donde servía y asesina a los hijos de la patrona. Implicando perturbaciones de la conciencia, o “bien bajo la forma de una acción normal, reflexionada, llevada a cabo

con precaución y habilidad, sin la menor perturbación de la conciencia, la acción de corto circuito se lleva a cabo sin que el sujeto piense en otra cosa". Aparte de las reacciones nostálgicas de las jóvenes sirvientas que inspiraron la concepción kretschmeriana, el mismo autor extendió el mecanismo de corto circuito al suicidio de un joven homosexual en conflicto con sus familiares, mencionando el "doble suicidio de amantes desgraciados", como también el "suicidio de estudiantes ante el fracaso de un examen, el infanticidio cometido por jóvenes madres, las cleptomanías y cierta categoría de inexplicables actos de crueldad que a medida que se multiplican se acercan al marco esquizofrénico o a la degeneración paralítica o senil". En realidad, se trata de mecanismos reflejos susceptibles de ser encontrados en cualquier comportamiento de emergencia, favorecidos, desde luego, por ciertas personalidades deficitarias o desequilibradas. De cualquier manera, las acciones de corto circuito son clínicamente inexpresivas y desprovistas de especificidad; nada nos dicen acerca del carácter patológico de las reacciones en las que intervienen, ni de la naturaleza morbosa del delito accionado por ese mecanismo.

La voluntad en corto circuito de un esquizofrénico, por ejemplo, anula la dirección voluntaria de las acciones, aunque éstas hayan logrado el fin propuesto; lo que está disgregado es el gobierno superior de la personalidad y la valoración de las relaciones y objetos mundanos. El corto circuito inherente a un delito pasional que sirvió a sentimientos de odio, despecho, huida, venganza, no exime a su autor de la capacidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones.

Estos ejemplos enseñan que, sin descontar los caracteres formales del corto circuito, es la entidad dentro de la cual se inscribe, la que le confiere, a la postre, su trascendencia morbosa: quedan así cumplidas las direcciones del

método nosológico y las exigencias técnico-penales de la imputabilidad, que rechazan el juicio *a priori* contenido en el concepto de “categoría” que con tanto empeño hemos combatido.

Un fallo judicial donde se critican las acciones de corto circuito como factor de inimputabilidad

Últimamente un fallo del juez federal doctor J. Luque agrega nuevo material a la discusión del tema: en la causa seguida contra J. Hosni por delito de homicidio, un sector pericial sostiene la inimputabilidad del actor, basándose en que siendo éste un psicópata explosivo con reacciones de “corto circuito” de Kretschmer, aun comprendiendo la criminalidad del acto, fue impotente para dirigir correctamente sus acciones. Valorando el dictamen forense, el doctor Luque observa algunos puntos que coinciden con nuestra manera de pensar; por ejemplo “para poder calificar a un psicópata explosivo se precisa una pluralidad de hechos, de reacciones con sus correspondientes provocaciones, de encolerización ante insultos o situaciones semejantes”, situación, dice, inexistente en el procesado, pues jamás cometió ningún acto de naturaleza explosiva y era un alumno con una disciplina común y absolutamente normal.

Refiriéndose a las reacciones de “corto circuito”, señala que “no puede sostenerse que éstas respondan a los estados de inconsciencia o perturbación grave reconocidos por el art. 34, inc. 1º, por lo menos en todos los casos”. Seguidamente, transcribe el texto pertinente de Kretschmer: “las acciones de corto circuito, del género de las que hemos descrito, pueden producirse, bien sea a título de manifestaciones de un estado excepcional, circunscripto, formando una especie de islote e implicando una tendencia a perturbaciones de la conciencia, o bien sea bajo la forma de

una acción normal, reflexionada, llevada a cabo con precaución y habilidad, sin la menor perturbación de la conciencia". Y entonces el doctor Luque pregunta dos cosas:

- 1º) si se puede sostener la inimputabilidad sin demostración suficiente de que el acto perteneció a la primera modalidad de reacciones;
- 2º) si fueron inimputables todos los casos con que ejemplifica Kretschmer, desde la muchacha nostálgica que incendia la casa de sus patrones y asesina a los niños, siendo hasta "posible que cometiera el crimen con cruel lucidez y naturalidad", hasta el simple recluta desertor. Como puede verse, la dicotomía funcional del apéndice psicológico no ha podido franquear los obstáculos técnicos que aparecen cuando se aplica de manera integral la fórmula bío-psicológica de nuestro art. 34.

§ 100. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis psiquiátrico de las impulsiones desarrolladas a través de sus variantes —psicopáticas, posencefálicas, neuróticas y de corto circuito— recoge, como hecho de sumo interés, la separación entre el funcionamiento de la conciencia y la voluntad; problema que el Código Penal capta y resuelve en su fórmula de inimputabilidad, al no exigir la concurrencia de ambos miembros de la ecuación psicológica, bastando a los efectos de la inimputabilidad, la presencia de uno sólo. La preposición disyuntiva "o" colocada entre la imposibilidad de comprender y la de dirigir las acciones, cumple gramaticalmente esa misión.

Como quiera que, por sí mismas, las impulsiones no representan más que una modalidad reactiva de emergen-

cia, careciendo por lo tanto de especificidad, su alcance psicopatológico depende del cuadro clínico del cual son sólo una modalidad sintomática y, en tal sentido, el método nosológico será el indicado en la operación diagnóstica.

La conveniencia de este método —que busca la enfermedad para calificar el síntoma— se refleja en el criterio mixto bio-psicológico adoptado por nuestra legislación punitiva, en cuya virtud la inimputabilidad sólo existe cuando determinadas causas psiquiátricas —alteración morbosa de las facultades, insuficiencia de las mismas o estados de inconsciencia— producen las consecuencias psicológicas de no comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Para nosotros resulta evidente la prioridad de la condición etiológica, sin la cual no entrarían a jugar los componentes psíquicos de la fórmula.

Ésta funciona sin tropiezos cuando la índole morbosa del impulso es francamente reconocida por la patología psiquiátrica, pero los inconvenientes surgen en cuanto el síntoma carece de una indiscutida filiación morbosa y, entonces, cada una de las dos disciplinas —médica y jurídica—, que hasta el momento marchaban de común acuerdo, trata de imponer sus respectivos criterios en perjuicio de la eficacia del sistema. El criterio biológico razona de la manera siguiente: “como el sujeto no es alienado ni enfermo mental, cualesquiera que sean las eventualidades psicológicas del delito, es imputable; o lo que es peor, fuerza el diagnóstico psiquiátrico, atribuyendo, sin fundamento serio, carácter patológico a cuadros que nunca lo han tenido. Se improvisan teorías e interpretaciones y se deducen *a priori* consecuencias psicopatológicas en flagrante contradicción con las constancias sumariales.

Por otra parte, el criterio jurídico, con más elegancia quizás, utilizando los recursos valorativos contenidos en las fuentes psicológicas de la inimputabilidad, decide por su cuen-

ta y riesgo cuándo y cómo debe considerarse enfermo mental a un sujeto; en ambos casos la extralimitación es evidente.

Entendemos que la fórmula mixta bio-psicológica adoptada por nuestra legislación punitiva constituye una verdadera estructura, y todo intento de escindir sus componentes contribuye a quebrar las relaciones naturales que, incluso para los psiquiatras, conforman la unidad indisoluble entre el cuerpo y el alma.

Con rigor científico, no puede hablarse de la imputabilidad genérica de las impulsiones: cada caso requiere solución particular, sin perjuicio de establecer un ordenamiento o jerarquización psiquiátrico-forense, teniendo en cuenta los factores etiológicos, sintomáticos, patogénicos, anatomopatológicos, conductistas y volitivos, inherentes al cuadro clínico que presenta el autor.

No bastan los caracteres intrínsecos de las impulsiones para conferirles proveniencia patológica; las indicaciones de Morselli, siguiendo el método notativo, tienen indudablemente gran valor, pero aun las reacciones impulsivas endógenas, violentas, imperiosas, aberrantes y repetidas, pueden darse en personas mentalmente sanas y plenamente conscientes; por el contrario, el impulso homicida de un delirante interpretador puede ser deliberadamente preparado y lúcidamente cometido.

No existe ningún argumento valedero, ni médico ni jurídico, que de antemano autorice a excluir la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas, movilizadas hacia el delito por un impulso psicomotor: a tal efecto es necesario cumplir por lo menos tres requisitos:

- 1º) que se trate realmente de una personalidad psicopática demostrada por las graves alteraciones afectivo-volitivas expuestas no sólo en el delito sino en una conducta antisocial continua y permanente;

- 2º) el delito debe acusar por lo menos una de las condiciones psicológicas incluidas en el concepto de inimputabilidad;
- 3º) se ha de agotar la investigación etiológica, buscando la causa del trastorno muchas veces oculta: epilepsia, lesiones cerebrales natales o prenatales, infecciones de la primera infancia, encefalitis, etc. En definitiva, sólo los grados muy graves y complicados de psicopatías deben equipararse a las enfermedades mentales.

Idénticas reflexiones merecen las acciones de corto circuito de Kretschmer, cuya variedad y proteiforme dinamismo no acreditan especificidad patológica.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que en la disyuntiva diagnóstica, el criterio más seguro es el de atenderse, en cuanto sea factible, a la presencia de una enfermedad psíquica —psicosis, neurosis, personalidad psicopática— de la cual el impulso criminoso sea un exponente y resulte inteligible en razón de sus mecanismos psicogenéticos; es la mejor garantía que le podemos ofrecer a la justicia penal. De lo contrario, suprimamos lisa y llanamente el presupuesto biológico de la imputabilidad y pronto veremos escurrírsenos la verdad entre el subjetivismo y las teorías fabricadas *ad hoc*; por eso, el diagnóstico puramente valorativo de las impulsiones en general, desentendiéndose de la causalidad biológica, corre el riesgo de convertir en enfermos mentales a todos los delincuentes cuyos frenos inhibitorios hayan fracasado.

Gran lealtad a los principios metodológicos que rigen el conocimiento médico, respeto por las estructuras legales y un firme rigor objetivo en la interpretación de los hechos y circunstancias sumarias, constituyen los requisitos

indispensables para mantener la eficacia de la colaboración psiquiátrica en el ejercicio de la justicia penal.

Con fines ilustrativos, transcribimos la pericia presentada oportunamente ante el juez nacional de 1ª Instancia en lo Criminal de sentencia, doctor Lucas J. Lennon.

Reacción de corto circuito de Kretschmer. Se desestima la existencia de un estado epiléptico. Caracteropatía paranoide alimentada por un medio familiar adverso. Homicidio. Imputabilidad

Señor Juez Nacional de 1ª Instancia
en lo Criminal de Sentencia
Dr. LUCAS J. LENNON
Secretaría: Rizzi (h)
Causa N° 1460

Cumplimentando lo dispuesto por V.S. hemos examinado a la menor *Andrea Yolanda Anceschi*, para informar sobre las características de su personalidad, el estado de sus facultades mentales al tiempo de comisión del hecho que se le imputa.

Antecedentes personales de la procesada.

Esta menor cuenta con 18 años de edad, es argentina, soltera, alfabetada, 2º año de estudios secundarios y al mismo tiempo obrera textil. Fue adoptada a la edad de 4 años por el matrimonio Anceschi. Hasta el fallecimiento del padre de adopción, ocurrido cuando la menor tenía 9 años de edad, la vida hogareña transcurría normalmente, pero después las relaciones entre la madre y la hija se desarrollaron en un clima de progresivas desavenencias, que periódicamente desembocaban en disputas, "peleas", y hasta en castigos corporales contra la menor, quien resignadamente soportaba tales agravios incluyendo los que se referían a su condición de "adoptada".

La mayor parte de los testimonios son unánimes en consignar las excelentes dotes morales y de conducta de la menor, cuya situación inspiraba simpatía y compasión. La conducta en el Instituto "Santa Rosa" es a todas luces inmejorable.

Antecedentes patológicos.

Señalan 1º) trastornos endócrinos glandulares, obesidad y dismenorrea. 2º) Un proceso tuberculoso-pulmonar inactivado. Ha bajado de peso gracias a un severo régimen dietético.

Examen psico-criminológico.

Se nos ha presentado **tranquila, lúcida y coherente. Cooperó** en el interrogatorio pero **adoptando una actitud discreta y medida.**

Funciones psíquicas primarias.

Atención: Buena en sus dos formas.

Memoria: Sin alteraciones. Si bien después del hecho no recuerda sus pormenores, luego (ella misma lo confiesa), bajo guía psicoterapéutica, pudo ordenar los acontecimientos vividos e incorporarlos al registro mnémico.

Orientación: Correcta.

Sensopercepciones: No hay manifestaciones alucinatorias.

Curso del pensamiento: Normal.

Juicio y crítica: Tiene nociones de moral teórica, conoce los hechos que constituyen delito y las consecuencias que ellos determinan.

Afectividad: Escasa modulación afectiva, continencia emocional en sus relatos.

Voluntad: Gran dominio del pensamiento, el cual gobierna y adecua sin aparentar mayor esfuerzo psicológico.

Personalidad: Tres cualidades sobresalen a la exploración clínica: reserva autística, fortaleza egocéntrica, dominio afectivo. Esta signología expresa en sentida opinión (dinamismo bipolar), sentimientos de enfermedad, de minusvalía. Así por ejemplo, la reserva autística —que en algún momento pudo interpretarse como un rasgo esquizoide— es un mecanismo defensivo destinado a bloquear los estímulos nosiceptivos del ambiente, oficiando de coraza psicológica protectora. La fortaleza egocéntrica —de marcada estirpe paranoica—, sirve para robustecer o engrandecer un *yo* que por débil necesita acumular valores positivos y satisfacer apetencias de autoheteroestimación. El dominio del registro emocional cumple también los mismos objetivos: no dejarse perturbar ni conmover ante cualquier acontecimiento desagradable.

Desde luego que estas reacciones de la personalidad son producto de las disposiciones temperamentales moldeadas por las vicisitudes biográficas de nuestra examinada, tan precozmente desfavorables, como desprovistas de radicales soluciones.

Estado de sus facultades al tiempo de la comisión del hecho.

La solución de éste problema requiere el análisis de la situación psicológica que precedió al delito, las características de éste y sus momentos posteriores.

Situación psicológica previa: Puede catalogarse como crecientemente tensional. La adaptación de la joven a la sujeción materna —dado sus violencias paranoicas— no se estableció sino a expensas de fuertes tensiones internas que lenta pero inexorablemente llegaron a límites de saturación.

Ruptura del dique de contención psicológica: Desde este momento las vivencias adquieren una nueva propiedad; se potencializan, y así como una gota rebasa el vaso lleno de agua, así también el estímulo que hasta entonces estaba en condiciones de metabolizarse, de pronto, actuando a la manera de un detonador, desata reacciones en cadena de tipo explosivo, por vías imprevistas e inadecuadas (emoción violenta).

Características del delito: Si bien el hecho puede catalogarse de intempestivo, no carece de antecedentes inmediatos, ya que en la

víspera, a raíz de que la menor no concurrió a la escuela, sostuvo con la madre una violenta discusión, reanudada por la noche, circunstancia en la que arreciaron las recriminaciones, protestas, amenazas de la madrastra; bajo esta influencia psicológica la menor entró en sueño, del cual despierta para volver a oír las como si el tiempo no hubiera transcurrido.

La reacción agresiva es impulsiva, brusca, violenta, de ejecución automática.

Estado de la conciencia: Como la conciencia es un fenómeno subjetivo, directamente inexcrutable, el observador debe servirse de los signos exteriores suministrados por la conducta general y el comportamiento de la memoria, para determinar si el autor de un hecho estaba o no lúcido en el momento de ejecutarlo.

Comportamiento de la memoria: Recuerda que preparando el desayuno, oyó que su madre también se había despertado, pues comenzó a recriminarle y echarle en cara lo que hacía por ella, que no era su verdadera hija y que se había sacrificado tanto, etc. Recuerda que estaba en la cocina y volviendo al comedor le pareció oír como un murmullo, y la voz de su madre que no hablaba claramente, siendo entonces que tomó un objeto y con él golpeó a su madre, sin poder precisar cuántos golpes aplicó y en qué partes pegó; de repente se sintió asustada y salió corriendo de la casa.

No es lícito, pues, hablar de un estado amnésico (supresión de la memoria), ya que la actora tiene una visión global y adecuada de lo sucedido, aunque los pormenores se le hayan escapado.

Momentos posteriores: Tanto supo lo que hizo que se asustó y huyó de la casa. Tuvo suficiente lucidez mental para tomar un colectivo, advirtiéndole que tenía sangre en la mano derecha y le faltaban tres botones de su saco de lana, notando que también tenía sangre en esa prenda, justo debajo de su cuello. Luego se tranquilizó y recordó algo de lo ocurrido, descendiendo del vehículo en la localidad de Caseros, de allí se fue hasta la localidad de Palomar, donde penetró en una iglesia y se confesó con un sacerdote contándole lo que había pasado con su madre, recordando que le había pegado pero no podía precisar con qué instrumento y qué gravedad le había causado. En el Asilo Santa Catalina buscó amparo durante cinco días, silenciando lo sucedido; luego espontáneamente se presentó al tribunal.

Estudio electroencefalográfico: El practicado en el Cuerpo Médico Forense no arroja anomalías bioeléctricas focales ni generalizadas. El trazado objetivo por el doctor Ferrero acusa anomalías disrítmicas con prevalencia del hemisferio izquierdo correlacionable, informar "con cuadros clínicos de posible filiación comicial".

Neurológicamente: No hemos observado nada de particular.

Consideraciones médico legales.

Deben, ante todo, establecer las características de la personalidad de la imputada sobre la base de sus antecedentes, examen clínico y el resultado de la exploración psicológica.

Por lo pronto, descartamos en la menor la existencia de afecciones mentales del tipo de las psicosis, demencia, oligofrenia, manía, depresión, delirios, esquizofrenia; no es una enferma mental, y por lo tanto no puede incluirse dentro del apartado psiquiátrico (alteración morbosa, o insuficiencia de las facultades), previsto en el art. 34 del Código Penal.

Una mención especial merece el diagnóstico de epilepsia, habida cuenta que el delito reviste algunas características de este tipo, que uno de los trazados encefalográficos se encargaría de confirmar.

No hay delitos epilépticos sin epilepsia y no hay epilepsias sin síntomas: nuestra examinada nunca ha padecido crisis paroxísticas convulsivas, de petit-mal o del lóbulo temporal. Todos reconocen el carácter sumiso de extrema tolerancia al trato autoritario y humillante de la madre; no hay constancia de explosiones temperamentales, reacciones impulsivas, disforias inmotivadas; supo conquistar simpatías, adaptarse sin rigidez al medio escolar, vecinos y medio laboral.

Aunque algunos epileptólogos (Mauz) han descripto dentro de la idiosincrasia mental epiléptica, al grupo de los humildes con "la fiel y bondadosa mirada del manso animal", falta en este caso la perseveración, la bradipsiquía, lo cerrado, pegajoso, pobre y unitario de la personalidad enequética, cuyo polo opuesto está representado por lo explosivo de las respuestas psicomáticas.

Ni clínica ni caracterológicamente nuestra examinada es, pues, una epiléptica, pese a que un trazado bioeléctrico indique anomalías ritmales. Cuando los cuadros clínicos son silenciosos, es decir, en ausencia de toda manifestación epiléptica o epileptoide, el hallazgo

de alteraciones disrítmicas electroencefalográficas no adquiere valor probatorio a favor de dicha enfermedad. Jasper, N. H., declara que de 1.000 personas clínicamente sanas, entre el 15 y el 24 % acusan anomalías en sus trazados electroencefalográficos; en tales casos, como puede ser el nuestro, lo correcto es hablar de una disritmia y no de una epilepsia.

Filiación caracterológica de la procesada.

No porque una persona haya tenido un arranque violento vamos a catalogarla de psicópata epileptoide; nuestra examinada tiene una personalidad difícil, cuyos rasgos antagónicos, de franca bipolaridad, encubiertos por mecanismos compensadores, impiden reducirlos a una fórmula simple o elemental.

Por otra parte, la historia biográfica de la encausada, plena de circunstancias inferiorizantes, ha estimulado los componentes paranoicos de su constitución psíquica, que bloqueados por la estrechez del ambiente hogareño se realizaron en direcciones más propicias. Así, por ejemplo, ahora prefiere recluirse en un colegio que vivir en libertad con sus tíos, porque allí se siente alguien, y sobre todo revalorizada en lo que ella estima merecer.

Lo que domina son, pues, los factores paranoicos de la personalidad, sublimados en ciertos sectores, reprimidos en otros, pero siempre encubiertos por una actitud de reserva, destinada a custodiar su intimidad, asténica, débil, en el fondo, vulnerable.

Problema del estado de las funciones conscientes durante el hecho.

Si la memoria es signo de conciencia no podremos afirmar que la menor Anceschi lesionó a su madre en estado de inconsciencia, pues no sólo recuerda lo sucedido, sino que las reacciones posteriores al hecho revelan la comprensión de su ilicitud tanto en su aspecto intelectual como moral (confesión religiosa y presentación espontánea a la justicia).

Sin embargo, ateniéndonos siempre al funcionamiento de la memoria, la evocación de los detalles integrantes del hecho, la ordenación mnémica de los acontecimientos menores se halla re-

sentida (no sabe con qué instrumento golpeó a su madre, no precisa cuántos golpes le aplicó, ni aprecia el daño inferido a la víctima), lo que indica un cierto grado de confusión, que desde luego no alcanzó a suprimir la conciencia.

Psicogénesis delictiva. Dos son los componentes dinámicos de este delito: 1º) la sumación de estímulos nocivos; 2º) la ruptura de los frenos inhibitorios.

1º) *Sumación de estímulos.* De fundamental importancia psicogénética, constituye la piedra angular de este delito. Dentro del dispositivo paranoico de nuestra examinada se produjo un proceso de hipertensión de las vivencias desagradables, que la menor retuvo a costa de un complejo de sometimiento. Tal como lo expusimos en el capítulo anterior, llegó un momento en que se rompieron los diques de contención y el impulso estalló, sin aviso previo y con la violencia acumulada durante un largo período de latencia.

2º) *Ruptura de los frenos inhibitorios.* Constituye la causa desencadenante del acto agresivo, que si bien pudo darse en cualquier momento, fue originado por la violenta discusión del día anterior, cuyas secuelas —persistiendo hasta la mañana siguiente, a tal punto que la menor se duerme y se despierta oyendo las recriminaciones de la madre— le crearon un estado emocional sin solución de continuidad, que el sueño en este caso no interrumpe, ni calma el ímpetu de la constelación dominante sino, más bien, la refuerza por incremento de las cargas tensionales subconscientes, de tipo onírico.

Interpretación psicológica del impulso agresivo.

Tanto la emoción violenta como la reacción de corto circuito de Kretschmer, pueden invocarse a título de explicación psiquiátrico-forense de este delito; incluso ambos mecanismos se superponen o complementan, porque los dos implican “sobrecarga tensional” e “impulsividad”, de manera que las reacciones psicomotrices se transforman directamente en actos sin la intervención de la personalidad total, es decir sin la cooperación eficiente de las operaciones mentales superiores, reflexión y deliberación.

Krestchmer ilustra el concepto de corto circuito relatando el caso de la joven campesina que, presa de un sentimiento nostálgico, movida por el deseo oscuro, impulsivo e irresistible de irse a su hogar, prende fuego a la casa donde servía y asesina a los hijos de la patrona. Aparte de las reacciones nostálgicas de los jóvenes sirvientes, el mismo autor extendió el mecanismo de corto circuito al suicidio de un joven homosexual en conflicto con sus familiares, mencionando también el doble suicidio de amantes desgraciados, el suicidio de estudiantes ante el fracaso de un examen, infanticidio cometido por jóvenes madres, cleptómanos y cierta categoría de actos de crueldad inexplicables.

Además, Krestchmer enseña que las acciones de corto circuito pueden producirse, bien sea a título de manifestaciones de un estado excepcional, circunscripto, formando una especie de islote, e implicando una tendencia a perturbaciones de la conciencia, o bien sea bajo la forma de una acción normal, reflexionada, llevada a cabo con precaución y habilidad, sin la menor perturbación de la conciencia.

Nuestro caso puede psicológicamente ubicarse en situación intermedia, ya que si bien no hubo inconsciencias, tampoco las etapas reflexivas, se cumplieron adecuadamente o fueron impotentes para dominar el impulso agresivo.

La cuestión que se presta a discusión es establecer si la procesada pudo en el momento del hecho "dirigir sus acciones", es decir si el impulso fue irrefrenable por trastornos volitivos; nosotros nos inclinamos por la negativa. En primer lugar porque no existe ningún proceso patológico que dé respaldo científico a esa modalidad reactiva, y en segundo lugar porque la conducta posterior de la encausada demuestra que por lo menos hubo consentimiento en la ejecución del hecho.

CONCLUSIONES:

En mérito a lo expuesto informamos a V.S. que:

- 1º) La menor Andrea Yolanda Anceschi, no padece de enfermedad mental.
- 2º) Es portadora de una personalidad paranoica caracterizada por egocentrismo, sobrevaloración y reserva autística.

- 3º) Pese a que el acto delictivo adquirió las características de un impulso psicomotor, incubado y desencadenado por tensiones psicológicas, la imputada no actuó bajo estado de inconsciencia y pudo dirigir sus acciones.
- 4º) La procesada tuvo capacidad para delinquir.
- 5º) El delito puede encuadrarse dentro de las reacciones de corto circuito de Krestchmer, movilizadas por un estado de emoción violenta.

Dios guarde a V.S.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Cabello, Vicente P., *Estados psicopáticos posencefalíticos e inimputabilidad*, Rev. del Instituto de Investigación y Docencia Criminológica, La Plata, 1958.

Regis, E., *Précis de Psychiatrie*, 7ª ed.

Von Ecónomo, *La encefalitis letárgica, sus secuelas y tratamiento*, Espasa Calpe, Madrid, 1932.

IV

MÉTODO DINÁMICO EXPERIMENTAL

(Estimulación eléctrica del cerebro)

“Los últimos progresos de la neurofisiología han sido tan rápidos que se tiene la impresión de pertenecer ya al futuro”.

MILTON GREENBLATT

Sumario

101. Introducción. 102. Tesis cultural. 103. Tesis biológica. 104. Hacia la exploración y estudio experimental del cerebro humano; *a*) el método de la electroestimulación (electrical stimulation of the brain), *b*) correlaciones estructurales encefálicas y tipo de conducta 105 Respuesta funcional de los centros eléctricamente estimulados, *a*) centros del apetito; *b*) centros de la agresividad colérica y de la mansedumbre; *c*) estructura cerebral integrativa del carácter y conducta social, dictadura y democracia, *d*) centros del placer; felicidad eléctrica; *e*) centro de la impulsividad, *f*) centros de la orientación sexual, *g*) centros del miedo, *h*) centros del sueño y la vigilia; *i*) centros del dolor 106 ¿Se podrá en el futuro controlar la mente?

§ 101. INTRODUCCIÓN

El tema nace del interés en proseguir el camino señalado por aquellas investigaciones que ponen el acento sobre los factores biológicamente emanados de las cualidades del hombre, recreando sin proponérselo un nuevo capítulo de la antropología criminal.

El método actualmente propuesto no ha variado; es el propio de las ciencias naturales, no ya contemplando al individuo en sus caracteres formales psicofísicos, sino indagando directamente y en vivo las funciones cerebrales, íntimamente ligadas a las estructuras encefálicas correspondientes.

Ahora no se trata de reconocer al delincuente como algo unitario y característico, un genuino tipo antropológico, una *specias generi humani*", científicamente captable en virtud de una estigmatología corporal y anímica: el problema es mucho más hondo y surge de un interrogante: ¿el delincuente siente, piensa y actúa de distinta manera que la persona que no lo es? ¿Depende esta conducta del distinto funcionamiento o anomalías de los centros neuronales correspondientes?

Este planteo conduce a dos posiciones etiológicas: una cultural y otra organicista.

§ 102. TESIS CULTURAL

Es la que nadie pone en duda y la que mejor se acomoda al actual movimiento psicosocial, enunciado por Ferri en su *Sociología criminal*, y es también la que le hace decir a Dorado Montero que "todo el mundo es culpable menos el criminal".

Es una constante que la psicología del medio conforma y sostiene la mentalidad de los delincuentes que forman parte de él.

La estructura concreta de la conducta de un individuo es, ante todo, el resultado del aprendizaje, y está determinada fundamentalmente por las pautas culturales del grupo al cual pertenece. Por lo tanto, normas y dispositivos culturales actuarían a la manera de reflejos condicionados.

§ 103. TESIS BIOLÓGICA

Gracias a los recientes progresos tecnológicos de la medicina, la farmacología y la electrónica, los investigadores pudieron abandonar la especulación psicológica y estudiar el cerebro no como un órgano inerte en la mesa de autopsias, sino en plena actividad, mientras el individuo come, duerme, piensa, odia, goza o sufre.

Los neurobiólogos no se conformaron con registrar por medio de la electroencefalografía la actividad eléctrica de las zonas corticales, subcorticales y aun de las más profundas; también estimulan los centros nerviosos mediante corrientes eléctricas y sustancias químicas. Bajo la acción de estos estímulos, el animal se convierte en un aparato eléctrico; el investigador toca el centro de la saciedad y el animal rechaza la comida. Con el mismo sistema, se enfurece o se calma, mueve la cabeza o se lame una pata.

Movimientos, emociones, deseos, instintos, pueden provocarse según el botón que se oprima y según la zona cerebral a la que se haga llegar el estímulo eléctrico.

“La ciencia está en condiciones de modificar, modelar, influir, en una palabra gobernar el comportamiento del animal y del hombre” (B. F. Skinner).

§ 104. HACIA LA EXPLORACIÓN Y ESTUDIO EXPERIMENTAL DEL CEREBRO HUMANO

El cerebro, supremo hacedor del pensamiento, le ha permitido al hombre colocarse en el escalón más alto del reino animal, realizar hazañas, dominar hasta cierto punto la naturaleza, pero poca o ninguna atención le ha dispensado el ser humano al órgano que le posibilitó todas esas conquistas.

El estudio experimental del cerebro constituye el descubrimiento más sensacional de los últimos años, con una capacidad de poder semejante a la que tiene la fisión del átomo.

a) *El método de la electroestimulación*
(*electrical stimulation of the brain*).

El procedimiento es sencillo: se trata de insertar microelectrodos de un diámetro cuarenta mil veces menor que un milímetro en las profundidades del cerebro, unidos a finísimos cables conectados a unas plaquitas incrustadas en forma permanente en la superficie craneana; un minúsculo receptor a transistores sujeto al cuello del animal recibe señales que le son enviadas por radio y las convierte en impulsos eléctricos.

Fue Walter Hess, científico suizo (1932), quien hizo del procedimiento un verdadero método, incluso las zonas profundas del cerebro resultaron así accesibles a la investigación electrofisiológica, ayudado por la estereotaxia y la asepsia que permiten dejar insertados por largos períodos numerosos electrodos, tanto en superficies encefálicas como en profundidad.

b) *Correlaciones estructurales encefálicas y tipos de conducta.*

Las investigaciones que se están llevando a cabo en muchos laboratorios de psicofisiología han demostrado que existe una relación muy estrecha entre algunas estructuras cerebrales y ciertos tipos de comportamiento (doctor José Delgado, neurofisiólogo de la Universidad de Yale), construyéndose así un mapa de las bases anatómicas de la conducta humana.

§ 105. RESPUESTA FUNCIONAL DE LOS CENTROS
ELECTRÓNICAMENTE ESTIMULADOS

a) *Centros del apetito.*

En la región septal, José Delgado ha logrado localizar algunas estructuras que, si se estimulan, anulan inmediatamente el interés del animal por la comida. Estimulando estas zonas, el mono tira la banana que estaba comiendo y escupe con asco los restos que tiene en la boca; al suspender el estímulo electrónico, el animal vuelve a comer el fruto con su habitual voracidad.

b) *Centros de la agresividad colérica
y de la mansedumbre.*

Estimulando ciertas zonas de la amígdala temporal, se origina en el gato una cólera violenta que lo lleva a atacar incluso a sus compañeros de juegos. La agresividad dura mientras persiste el estímulo y se repite cada vez que el investigador aprieta el botón. Si el microelectrodo se aplica en

las cercanías de dicho centro, la estimulación da lugar a una reacción completamente distinta: se manifiesta en el animal una actitud de simpatía; el gato, por ejemplo, se torna mimoso y juguetón.

c) *Estructura cerebral integrativa del carácter y la conducta social; dictadura y democracia.*

Existen otras zonas del cerebro que controlan fenómenos más o menos complejos como el carácter y la conducta social. Estas zonas han sido estudiadas especialmente en monos del género *Macacus Rhesus*. Estos animales desarrollan un complicado sistema de convenciones y relaciones sociales en función de los alimentos, el aseo, la vida familiar y sexual; generalmente suelen ser intratables, agresivos y cada colonia cae bajo el dominio tiránico de un jefe a quien se someten los demás.

En una de sus experiencias, el doctor Delgado eligió uno de esos monos jefes para implantarle electrodos; puso en acción la E.S.B. y observó los resultados: de un tirano irascible que hasta entonces se reservaba la mejor parte de la comida y obligaba a sus congéneres a vivir hacinados en un rincón de la jaula, el dictador se convirtió en un filósofo benévolo y paciente. Este cambio fue advertido inmediatamente por los otros monos y entonces en la jaula imperó la democracia, hasta que otro mono, a fuerza de mordiscos, ocupó el puesto vacante.

d) *Centros del placer; felicidad eléctrica.*

Ols, del Departamento de Psicología de la Universidad de Michigan, insertando electrodos en estos centros, observó que los animales seguían estimulándose incluso durante veintiséis horas, sin demostrar el mínimo cansancio.

Los centros del placer representan, tal vez, uno de los descubrimientos más desconcertantes de la E.S.B. El animal que tiene la posibilidad de autoestimularse, rehúsa comer y oprime el botón hasta ocho mil veces por hora.

e) *Centros de la impulsividad.*

El mismo doctor Delgado ha podido demostrar espectacularmente, en el ruedo de una plaza taurina, la acción de la E.S.B., deteniendo la embestida de un toro previamente preparado con sólo apretar un botón, convirtiéndolo a la bestia en un dócil animal.

f) *Centros de orientación sexual.*

La estimulación del lóbulo temporal demuestra que se localizan allí centros sexuales. Los pacientes sometidos a la E.S.B. manifestaron ideas matrimoniales, expresando deseos de casarse con el psiquiatra. Un paciente declaró que tenía la impresión de haberse convertido en mujer, de lo cual se alegraba pues tenía así la posibilidad de casarse con el médico.

Esto indicaría que existe en el diencefalo un mecanismo inversor de la libido, a la manera de una llave que dirige la corriente sexual hacia uno u otro polo, y que en los homosexuales, por un defecto anatomofuncional, actuaría en sentido contrario al marcado por el resto de la constelación endocrinogonadal.

El doctor Delgado preparó a un ejemplar de mono Rhesus —enconado perseguidor sexual de una mona a quien no dejaba en paz—, con un estimulador que se accionaba mediante una palanca a disposición de la mona objeto de las agresiones. En cuanto la mona aprendió a oprimir la pa-

lanca, el mono erótico era detenido y se frustraban sus arremetidas sádicas.

g) *Centros del miedo.*

En un caso, la electroestimulación de las regiones profundas del lóbulo temporal provocó una reacción de miedo en el sujeto; éste expresó que no sabía explicar el motivo de su recelo, pero que tenía la sensación de que algún peligro lo amenazaba. El efecto fue observado repetidas veces pero no se acompañaba de dolor o molestia alguna.

En los laboratorios del Army Corps norteamericano se obtuvieron ejemplos paradójicos: un gato se asustó al aparecer un ratón.

h) *Centros del sueño y la vigilia.*

Un paciente que como secuela de una encefalitis le-tárgica sufre ataques de sueño profundo imposibles de controlar, es tratado por Heath, de la Tulane University, con electroestimulación mediante electrodos insertados en la región septal del cerebro, donde las últimas investigaciones habrían localizado un centro de la vigilia. Si el paciente nota que está por sucumbir al sueño, basta que oprima una de las teclas de la botonera que lleva en la cintura: el estímulo eléctrico excita el centro de la vigilia y lo mantiene completamente despierto.

i) *Centro del dolor.*

Heath también trata con E.S.B. a pacientes afectados de epilepsia, de crisis dolorosas artríticas o cancerosas, aprovechando la "felicidad eléctrica". La autoestimulación eléc-

trica proporciona un alivio inmediato, con una sensación de profundo y general bienestar. Los pacientes sonríen y sus rostros adquieren una expresión sosegada y feliz; aparentemente el efecto se prolonga hasta varios días después de la estimulación.

§ 106. ¿SE PODRÁ EN EL FUTURO
CONTROLAR LA MENTE?

Si al hombre le es ya permitido regalarle la felicidad eléctrica mediante la autoestimulación, es factible suponer que un día no muy lejano la gente llevará en sus bolsillos un aparato capaz de regular el hambre y la sed, los impulsos, la cólera, el amor y el odio.

Frente a esta perspectiva se justifica cierto temor, ya que si la ciencia llegara a adueñarse de un poder tan sobrehumano sería difícil prever el destino de la humanidad; en Rusia e Inglaterra se han realizado experimentos con un gas capaz de paralizar la voluntad, sin menoscabo de la lucidez psíquica y de la afectividad.

En aras de una imaginación futurista, el ingeniero electrónico Curtis Shäffer, pronunciando una conferencia en el Instituto Tecnológico de Illinois, dijo que en el cerebro de un niño, pocos meses después de su nacimiento, se podrían implantar microelectrodos, y esta criatura así controlada se convertiría en un "robot eléctrico". De esta manera podría programarse el comportamiento de todos los miembros de una comunidad, según conveniencias de un régimen político, manipulando las señales de radio emitidas por aparatos dirigidos, a su vez, por supercomputadoras, controladas por una "élite" dirigente.

Pero sin ir tan lejos, si se lograra componer un mapa

suficientemente exacto y completo de los centros que regulan la conducta humana, las derivaciones psicológicas, médicas, sociales, políticas, criminológicas y jurídicas podrían alterar profundamente el actual régimen de valores.

En el terreno criminológico-jurídico, el determinismo enarbolado por la escuela positivista avanzaría con pie científico, reduciendo al mínimo el pedestal del libre albedrío, sin el cual se derrumbaría el imponente y hermoso edificio del derecho penal moderno.

No obstante, acompañamos a Heath cuando pronostica que el hombre nunca llegará a ser un "robot" ni se llegará con ningún procedimiento a penetrar en las regiones del espíritu donde reina la santa sede de la libertad.

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL

- Buresone, Olgo; Burés, Juan, *¿Existe la posibilidad de mejorar las funciones cerebrales?*, en "Rassegna", vol. IV, n. 4, 1971.
- Caracciolo, E., *Comportamiento y aprendizaje*, en "Rassegna", vol. V, n.º 6, 1972.
- Collado, Dino, *Psicofisiología*, en "Rassegna", vol. XLI, n.º 2, 1964.
— *Radiocontrol de la mente*, en "Rassegna", vol. IV, n.º 4, 1963.
- Coughlan, *Cerebro a transistores*, en "Rassegna", vol. IV, n.º 2, 1971.
- Covian, M., *Sistema nervioso y comportamiento*, "Revista A.M.A.", vol. 75, enero 1961, n.º 1.
- Evans, Chris, *El estudio del cerebro para elaborar la supercomputadora*, en "Rassegna", vol. IV, n.º 4, 1971.
- Gale y Coles, M., *Ondas cerebrales y personalidad*, en "Rassegna", vol. V, n.º 5, 1972.
- Goldar, J. C., *Biología de la memoria*, Ed. Salerno, Buenos Aires, 1978.

- *Cerebro límbico y psiquiatría*, Ed. Salerno, Buenos Aires, 1975.
- Holacy, D. (Jr.), *Biónica, pool de las ciencias*, en "Rassegna", vol. II, n° 4, 1963.
- Krech, David, *¿Quién controlará a los que controlan la mente?*, en "Rassegna", vol. II, n° 1, 1969.
- Parkinsonismo; criocirugía útil en el 94 % de los casos*, en "Rassegna", vol. II, n° 1, 1969.
- Pock, Klaus, *Las bases neurofisiológicas de la afectividad*, en "Rassegna", vol. V, n° 5, 1972.

V

PSICOGÉNESIS DELICTIVA *

Toda pericia debe contener consideraciones psicogénicas que ratifiquen el nexo causal o motivación entre la personalidad del autor y el delito cometido.

Algunos principios guían esta elaboración pericial. Se parte de la base de que el delito y el delincuente integran una “unidad psicológica indivisible”, de orden dinámico, de tal manera que el hecho delictuoso aparece siempre como un momento en el corte longitudinal del *yo* temporal, que solamente se aquieta a los fines de la investigación analítica cuando lo proyectamos sobre un corte transversal.

He aquí tres principios sobre los cuales se apoya la biopsicología de todo delito: *unidad, pertenencia y continuidad.*

a) *Unidad.*

Porque la personalidad representada por el *yo superior* se halla presente en el actuar interno o externo, no

* Cabello, Vicente P., *El papel de la psicogénesis delictiva en la investigación criminológico-forense*, Actas del Congreso Criminológico de París, Sorbone, Francia, 1950, p. 185.

siendo éste más que el resultado de una realidad histórico-social inseparable.

b) *Pertenencia.*

Porque la presencia del *yo psicológico* en el ilícito le confiere pertenencia individual.

c) *Continuidad.*

Porque el delito es el resultado de la movilización de una vivencia a través de la psiquis individual, precedida y condicionada por estados y momentos anteriores que, en conjunto, configuran una curva de movimiento en la cual podemos distinguir tres instancias principales: *afectiva, intelectual y psicomotora*, desde que las vivencias se presentan bajo la forma de un conflicto de motivos y se elaboran intrapsíquicamente hasta proyectarse, para su ejecución, en una respuesta motriz.

Sin dejar de reconocer que son los componentes afectivos —sentimientos, deseos, emociones y pasiones— nacidos de los extractos profundos de la personalidad los que deciden el accionar delictuoso, no puede menospreciarse la gravitación del medio ambiente, que se refleja sobre el *yo social*, ora como causa predisponente ora como un *valor* al cual aspira el interés del delincuente.

De estos principios surge que el desarrollo de la investigación psicogenética debe seguir paso a paso las instancias marcadas por la dinámica del delito, único procedimiento que permite, por medio de la reconstrucción psicológica del hecho criminoso, aproximarse a la realidad seguida por el autor.

Animar con un soplo psicológico a los protagonistas (víctima y victimario), adentrarse en su intimidad subje-

tiva, *comprender* y valorar una conducta, captar el sentido de una estructura, tal es la función esencial de la tarea psicogenética.

Dentro de la importancia jurídico penal de la psicogénesis delictiva¹, advertimos inmediatamente que estas operaciones adquieren una gran trascendencia al proyectarse en el terreno jurídico porque suministran el material con que se satisfacen los principios legales de la imputabilidad, el dolo y la culpa.

En efecto: *verificar* a través de una sintomatología delictuosa, apoyándonos en la interpretación genérica de los actos que componen un delito, que éstos resulten ajenos a la conciencia y a la voluntad del actor, es ya estar formulando un juicio de inimputabilidad. *Demostrar* la referencia intencional interviniendo en las etapas intelectuales de una acción es asentar las bases de un obrar doloso. *Reconocer* la calidad de los motivos que animaron al delito e identificar las causas relacionándolas a factores endógenos o exógenos es crear los índices de peligrosidad y exponer al mismo tiempo el planteo de una orientación terapéutica futura.

¹ En 1789 Emmanuel Kant decía "cuando se plantea la cuestión de si un inculpado estaba mentalmente enfermo o no cuando realizó el delito, el tribunal no debería dirigirse a la facultad de medicina sino a la de filosofía, puesto que la cuestión de la comprensión natural y de sus facultades de juicio son puramente psicológicas: la medicina forense, cuando se ocupa de estos problemas, invade terrenos ajenos". Gracias a la psiquiatría forense, esta mentalidad ha cambiado, aunque algún resabio todavía se advierte entre las relaciones del derecho con la medicina.

VI

LOS TESTS PSICOLÓGICOS *

Sumario

107. Introducción. 108. Clasificación de las pruebas psicotécnicas; *a*) pruebas proyectivas; *b*) tests factoriales; *c*) tests verbales. 109. Aplicación y objetivos de algunos tests psicológicos. 110. Test gestáltico visomotor. 111. Escala de inteligencia de Wechsler. 112. Test de matrices progresivas. 113. Psicodiagnóstico miokinético. 114. Test de matrices objetales. 115. Test de la figura humana. 116. Test H.T.P. (casa, árbol, persona). 117. Test de percepción temática. 118. Test de Rorschach. 119. La primer entrevista psicológica. 120. Elaboración del psicodiagnóstico. 121. Modelo de presentación del informe psicológico. 122. Guía para la utilización de determinados tests, en relación con los objetivos a explorar. 123. Consideraciones finales.

§ 107. INTRODUCCIÓN

Se puede definir el test mental como una situación provocada experimentalmente, que estimula determinados comportamientos sometidos a una evaluación estadística.

* Deseamos agradecer especialmente la valiosa colaboración de la licenciada Lucrecia Monteagudo en la redacción de este capítulo.

Las pruebas psicotécnicas deben cumplir dos requisitos indispensables: validez y confiabilidad. *Validez* en cuanto constituyan un fiel reflejo de los rendimientos psicológicos investigados, y *confiabilidad* en cuanto a la consistencia de los puntajes en las sucesivas oportunidades en que se las aplique.

§ 108. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS PSICOTÉCNICAS

Obedeciendo a los fines que persigue la presente obra, nos ha parecido útil responder al "porqué" de los distintos tests, y qué resultados se obtienen de su aplicación.

Distinguiremos así: a) *pruebas proyectivas*, para acceder al estudio de la personalidad, en su estructura y aspecto profundo; b) los *tests factoriales* aspiran a medir la participación de las aptitudes comunes o funciones mentales primarias, ya sea intelectuales, emocionales o sociales. c) *Los tests verbales*: se objetivan a través de situaciones que se plantean en forma oral o escrita; los no verbales pueden subdividirse en gráficos (dibujos, diagramas, etc.) y de ejecución (manejo de material concreto para resolver un problema). Existen otras pruebas como las de aptitud mental general, nivel y rapidez, aptitudes específicas, etcétera.

§ 109. APLICACIÓN Y OBJETIVOS DE ALGUNOS TESTS PSICOLÓGICOS

La elección de las pruebas psicométricas que estudiaremos se realizó sobre la base de la confiabilidad y validez de su aplicación, por ser de uso generalizado para la evaluación diagnóstica de la personalidad y por su indiscutible valor en el campo de la *psiquiatría forense*.

En cada caso se procedió a la mención de las distintas teorías que sustentan la realización de los diferentes tests. Se efectuó una descripción somera del material, obviando los procedimientos técnicos de aplicación y evaluación. Se trató de poner énfasis en los elementos diagnósticos y pronósticos que aportan, como así también en la diversidad de datos obtenidos a través de su aplicación, los cuales tienden al esclarecimiento de la dinámica y estructura de la personalidad y su evaluación objetiva y estandarizada.

Las pruebas que aquí se incluyen, son: test gestáltico visomotor, escala de inteligencia de Wechsler, test de matrices progresivas, test miokinético, test de relaciones objetales, psicodiagnóstico de Rorschach, test de apercepción temática, test de la figura humana y H.T.P.

§ 110. TEST GESTÁLTICO VISOMOTOR

La escuela de la gestalt brindó una visión distinta de la psicología de la percepción, aportando una nueva comprensión para aprehender las relaciones entre el todo y sus partes, ya que demostró que la percepción no puede interpretarse como una suma de sensaciones singulares. El organismo no reacciona a estímulos locales con respuestas locales sino que responde a constelaciones de estímulos con un proceso total, que es la respuesta de ese organismo en su conjunto a la situación integrada.

Estas postulaciones condujeron a la doctora Lauretta Bender a la investigación de las relaciones existentes entre el campo de la percepción y el problema de la personalidad con sus patrones dinámicos. Es a través de ella que se establece la cuestión de lo que el sujeto percibe y también el uso que hace de su percepción. Ella define la función gestáltica como "aquella función del organismo integrado

por el cual éste responde a una constelación de estímulos dados como un todo, una gestalt dada por el cuadro total del estímulo y el estado de integración del organismo”.

Sobre estos fundamentos teóricos, ideó una prueba con el fin de estudiar la función gestáltica en condiciones integradoras patológicas de los desórdenes orgánicos y funcionales, nerviosos y mentales. Dicha prueba es un test visomotor ya que el examinado realiza una tarea gráfica con el modelo a la vista; es gestáltica porque utiliza la psicología de la forma para interpretarlo, y es también proyectiva en cuanto se emplea la técnica de la asociación libre sobre las figuras dibujadas.

El Bender es un test clínico de incalculable valor en el diagnóstico de la deficiencia mental, afasias, desórdenes cerebrales orgánicos, psicosis y psiconeurosis, tanto en niños como en adultos.

Con respecto a la patología mental de los adultos, diferencia retrasos globales de maduración, perceptuales verbales, fenómenos de disociación, desórdenes de la impulsión, perceptuales y funcionales. También ha sido aplicado al estudio de las demencias paralíticas, alcoholismo, síndromes postraumáticos, psicosis maníaco-depresivas, esquizofrenia, etc. Es eficaz en el diagnóstico de las lesiones orgánicas, mostrando sus reproducciones las formas características del área y extensión de la lesión cerebral.

Su evaluación tiene un aspecto cuantitativo, que opera por puntajes brutos convertidos en valores estadísticos (normas); con ello se arriba al diagnóstico de normalidad-anormalidad, sin determinar la índole del trastorno. Observa también una evaluación cualitativa, cuyo análisis se efectúa como en los tests gráficos y proyectivos. Se llega al diagnóstico sobre la base de una serie de indicaciones de diversos grupos de enfermedades. Esta evaluación se emplea tanto en el nivel de madurez como en el examen de tras-

tornos graves, neurosis y psicopatías, pues a partir de los once años, en que normalmente se espera una reproducción fiel, todo desvío sería significativo de trastornos individuales.

§ III. ESCALA DE INTELIGENCIA DE WECHSLER

Para David Wechsler, la inteligencia es “la capacidad agregada y global del individuo para actuar con propósito, para pensar racionalmente y para habérselas de manera efectiva con su medio ambiente”.

Sobre la base de tal definición, el autor observó la necesidad de crear una prueba psicométrica que diera información precisa sobre la inteligencia en el adulto, la cual debía ser medida a través de las distintas habilidades diferenciales que la componen, aclarando, no obstante, que la inteligencia es la forma en la cual se combinan tales habilidades y no una mera suma de las mismas. Se establecieron, así, distintos ítems destinados a medirlas: información, comprensión, memoria, razonamiento aritmético, similitudes, ordenamiento de láminas, reunión de objetos, vocabulario, etcétera.

El aspecto más útil de esta escala es su división en una parte verbal y otra de ejecución. Su valor radica en que hace posible la comparación entre la facilidad del sujeto para usar palabras y símbolos y su habilidad para manipular objetos. Cuando un desorden mental produce un cambio en la capacidad funcional del sujeto, la pérdida resultante no es generalmente uniforme, pero afecta ciertas habilidades más que a otras. La gran diferencia entre la habilidad verbal y la de ejecución, es de fundamental significado diagnóstico.

Permite esta escala la obtención del cociente intelectual, dividiendo la edad mental del sujeto con su edad cro-

nológica. La esencia del C.I. asevera que para una evaluación válida de la brillantez de un individuo, se debe comparar su habilidad mental con la del individuo promedio de su propia edad. De este modo, Wechsler confeccionó una tabla de clasificación de la inteligencia como concepto estadístico, sobre la base del C.I., donde los grados que se obtienen son los siguientes: defectivo, fronterizo, normal, torpe, promedio, normal brillante, superior, muy superior.

Otra característica fundamental de este test, es que posibilita la medida del deterioro mental (caída significativa, pérdida de habilidades), ya que existe un cierto número de sub-tests que se mantienen con la edad y otros que no se mantienen. De la comparación de ambos grupos se deduce el deterioro y el cociente de eficiencia. La escala ofrece, además, los porcentajes del deterioro normal o esperable y del deterioro en sentido patológico.

§ 112. TEST DE MATRICES PROGRESIVAS

Su autor, J. C. Raven, dio a conocer esta prueba factorial de inteligencia en el año 1938, y su finalidad es determinar la capacidad mental de uno o varios individuos sobre la base de la teoría de Spearman acerca de la capacidad mental general o factor "g".

Su aplicación es muy amplia, pues abarca a los sujetos desde la infancia hasta la vejez, ya sean normales o enfermos mentales, sin discriminar el grado de instrucción que hayan recibido.

Las matrices progresivas se presentan en una escala general para sujetos de 12 a 65 años, una escala especial aplicable de 4 a 12 años y una forma tablero para sujetos de 4 a 8 años y deficientes mentales. El material de la prueba se presenta en forma gráfica, donde el sujeto

debe resolver un problema, eligiendo una respuesta correcta entre seis alternativas. Cada ítem plantea una dificultad creciente, sin imponer límites de tiempo en su ejecución. El objetivo es examinar tanto los recursos perceptivos como las operaciones reflexivas de la inteligencia, teniendo en cuenta que no mide factores específicos de la misma sino la capacidad mental general, por lo cual permite clasificar al sujeto como perteneciente a un determinado rango de capacidad intelectual, en relación con el puntaje que obtuvo. Así, la clasificación Raven diferencia sujetos intelectualmente superiores, decididamente superiores al término medio, término medio, definitivamente inferiores e intelectualmente deficientes.

El test de matrices progresivas tiene difundida aplicación, no sólo por su validez y confiabilidad ya demostradas sino porque, además, como herramienta útil a la psicología y a la psiquiatría, es sumamente sencillo en su aplicación y evaluación, a la vez que económico en relación con el tiempo necesario para su administración.

§ 113. PSICODIAGNÓSTICO MIOKINÉTICO

Fue creado en 1939 sobre la base de los postulados de su autor, el doctor Emilio Mira y López, quien sostenía que toda intensión de un sujeto es una tensión interna que se plasma en una actitud o postura mental correspondida por una postura corporal, en el plano fisiológico. Mira y López trata de correlacionar ambos elementos, ya que de este modo ve la posibilidad de inferir el estado intencional o propósito dominante de un sujeto.

A través de la aplicación de la prueba, se pueden deducir determinadas características personales, tales como el grado de emotividad, el grado de dominio consciente de la

emotividad, el predominio de la inhibición o excitación, la tendencia a la depresión, el estado, forma y dirección de la agresividad, la existencia de situaciones conflictivas y la presencia de diversos síndromes neuropsiquiátricos.

Este test fue introducido en nuestro país por su autor, quien realizó una experiencia en el Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda, sobre una población de 2.000 casos, demostrando así su importancia fundamental dentro del campo de la psiquiatría argentina ya que, entre otras cosas, es utilizado para el ajuste de la medicación psiquiátrica, siendo también una prueba de fácil evaluación de tipo estático, que no requiere conocimientos especiales, debiéndose atender el que lo administra a las planillas de aplicación.

Puede aplicarse con fines diagnósticos, pedagógicos, jurídicos o de selección profesional, y especialmente para objetivar la peligrosidad.

§ 114. TEST DE RELACIONES OBJETALES

El supuesto básico que sostiene su autor, Herbert Phillipson, deriva en gran parte de la teoría psicoanalítica, y en particular de la teoría de las relaciones objetales tal como son descritas por Melanie Klein y Fairbain. Según estos autores, el modo como una persona maneja su relación con las otras es el producto de una larga historia de aprendizaje, cuyo origen se remonta al período de satisfacción de las necesidades biológicas y psicológicas primarias. El mantenimiento y desarrollo de estas relaciones tempranas, son de fundamental importancia para el individuo y su posterior forma de relacionarse con el mundo. Se supone, así, que las modalidades típicas de una persona en cuanto a percepción, uso de sus recursos intelectuales, intereses o ejecución de tareas, llevarían implícitas las huellas de

sus patrones más profundos y arraigados de relación con las personas.

Existirían, entonces, en el individuo dos sistemas, uno profundo e inconsciente y otro producto de experiencias y relaciones acumuladas más conscientemente, que el individuo trata de conciliar con sus interacciones actuales respecto del mundo que lo rodea.

Este test utiliza situaciones unipersonales, bipersonales y grupales con diversos contenidos de realidad y climas emocionales. La manera en que estas relaciones son interpretadas y elaboradas por el sujeto, llevan a comprender cómo el individuo aprende a relacionarse y su interacción presente. Muestra los diferentes tipos y niveles de sentimientos y evoca las necesidades primitivas del sujeto en cuanto a sus relaciones objetales y ansiedades referidas a la satisfacción de las mismas, como así también la estructura defensiva predominante.

Las distintas láminas sirven para el análisis de la relación parental, celos, rivalidad, culpa, sentimientos de pérdida, soledad y exclusión del grupo, conflictos con la autoridad, relación de pareja, responsabilidad, tipo de mundo que desearía el sujeto para su satisfacción.

§ 115. TEST DE LA FIGURA HUMANA

Su autora, Karen Machover, destaca la necesidad de explorar la personalidad a través de una técnica donde el sujeto proyecte en un dibujo sus impulsos, ansiedades y conflictos. Por lo tanto, el dibujo de la figura humana supone la proyección de la imagen de una persona como podría lograrse a través de su tipo de letra, sus gestos o cualquier otra forma de expresión.

Este test alcanzó gran difusión debido a que su admi-

nistración es sencilla y requiere corto tiempo de ejecución. Se le pide al sujeto que dibuje una persona y luego otra del sexo opuesto; a continuación se lo interroga acerca de los dibujos realizados. De este modo el interrogado comienza a hacer asociaciones que sirven para poner de manifiesto sus propios conflictos, deseos y defectos ya que, en cierta forma, la persona dibujada es él mismo.

Para la valoración se toman en cuenta los aspectos formales y estructurales del dibujo. La interpretación del mismo, en líneas generales, supone que la cabeza es el centro más importante para la localización del *yo*, en tanto que la cara y los rasgos faciales brindan una idea de las características sociales. Las manos y los dedos pueden constituirse en indicadores de culpa y los rasgos de contacto estarían dados por los brazos y las piernas. De este modo se procede con cada parte del cuerpo, tomando en consideración la diversidad de representación hombre-mujer, el sombreado, los borrones y tachaduras, las omisiones o el excesivo detalle en el tratamiento de la figura humana. Luego se procede al análisis del relato hecho por el individuo.

El conjunto de datos revelados en la prueba configuran el tipo de personalidad, las motivaciones profundas, los mecanismos defensivos y el modo de enfrentar el mundo que tiene el individuo en cuestión.

§ 116. TEST H.T.P. (CASA, ÁRBOL, PERSONA)

Este test proyectivo gráfico permite realizar algunas observaciones acerca de la imagen interna que el sujeto tiene de sí mismo y de su ambiente. Su autor, Buch, considera que la elección de los tres elementos que dan nombre al test no es casual ni arbitraria, ya que éstos son familiares a todos los individuos, por lo cual se los acepta no

sólo para ser dibujados sino también para estimular verbalizaciones más espontáneas.

Se solicita al sujeto que dibuje en primer lugar una casa, luego un árbol y por último una persona; este orden de presentación permite una introducción gradual en la dificultad que los mismos revisten.

El concepto casa provoca asociaciones inherentes al grupo familiar y a las relaciones interpersonales, representando entidades tales como la imagen de sí mismo, fantasías, contacto con la realidad, percepción de la situación familiar, pasado, presente y futuro deseado.

El dibujo del árbol refleja los sentimientos más profundos e inconscientes que el sujeto tiene de sí mismo: el tronco representa la sensación que la persona tiene de su fortaleza interna y las ramas su capacidad para obtener satisfacción del medio.

La figura humana constituye el vehículo de transmisión de la autoimagen más cercana a la conciencia y de las relaciones con el ambiente; esta representación puede motivar tanto un autorretrato del sujeto como los ideales del mismo o la representación de figuras significativas como padres, hermanos, etcétera.

A partir del análisis de estos tres elementos y de la correlación existente entre ellos, es posible concebir un esquema de los conflictos y defensas del examinado, tal como se plasman en la estructura de su personalidad y en su proceso de adaptación.

§ 117. TEST DE APERCEPCIÓN TEMÁTICA

Fue dado a conocer por su autor, Henry A. Murray—quien trabajó en colaboración con Ch. Morgan—, en el año 1935. El test consiste en presentar al sujeto una serie

de situaciones vertidas en imágenes para que se identifique con ellas y elabore verbalmente una historia completa, con presente, pasado y futuro, volcando allí elementos propios de tipo perceptual, emocional e imaginativo.

Sus autores sostienen que las láminas disparan una actividad perceptiva que lleva al sujeto a una visualización del texto que se le muestra, promoviendo en él un proceso asociativo que evoca experiencias vividas, fantasías y emociones que comprometen la personalidad total, integrando aspectos individuales, grupales y culturales en forma dinámica. De esta manera, las narraciones que un sujeto realice, llevarán al descubrimiento de tendencias, conflictos, necesidades y complejos subyacentes que no puede transmitir en forma manifiesta.

Cada lámina está destinada a explorar diversas áreas de la personalidad tales como: actitud frente a los padres, pareja, conflictos de adaptación, aspiraciones, frustraciones, culpas, temores, ansiedades, abandono, angustias, carencias, soledad, celos, competencia, agresividad, violación, suicidio, exhibicionismo, narcisismo, masturbación, autocastigo, etcétera.

Como auxiliar diagnóstico dentro de la psiquiatría, se ha convertido en un instrumento de valiosa utilidad, ya que mediante su aplicación se pudo arribar al conocimiento de determinados signos, propios de los distintos tipos neuróticos, depresivos, compulsivos, deficientes mentales, maníacos, paranoicos, esquizofrénicos. También da óptimos resultados en la exploración de menores delincuentes y criminales con defectos psicopáticos.

§ 118. TEST DE RORSCHACH

La relación existente entre percepción y personalidad es un supuesto básico subyacente a la técnica de Rorschach,

que es dada a conocer en 1921 y consta de diez láminas con manchas de tinta simétricas; el modo como un sujeto organiza tales manchas al formar sus percepciones refleja aspectos fundamentales de su funcionamiento psicológico. Las láminas son estímulos donde el sujeto proyecta distintos aspectos de su personalidad, ya que la conducta externa de un individuo puede no revelar sus verdaderos sentimientos y actitudes. En la situación de test, en cambio, la persona no sabe cuál es la forma correcta de responder, y lo hace de una manera propia, revelando así, sin saberlo, una parte de sí mismo de la cual no es totalmente consciente ya que es el modo no aprendido de sentir y proceder.

El propósito principal del test no es predecir la conducta en forma atomista sino proporcionar una descripción clínica válida; en realidad intenta describir más que medir al sujeto por un patrón dinámico de funciones interrelacionadas, que configuran una gestalt, dentro de la que se pueden estimar diferentes aspectos considerados bajo tres ítems principales:

1. Aspectos cognoscitivos o intelectuales, en los que se incluyen el poder de observación, la amplitud de los intereses, la originalidad del pensamiento, etcétera.
2. Aspectos afectivos o emocionales, que brindan una idea de los sentimientos que el sujeto tiene respecto de sí mismo, de su capacidad de relacionarse con los demás, control de los impulsos afectivos, etcétera.
3. Aspectos del funcionamiento del *yo*, sus áreas de conflicto, defensas y fuerzas yoicas.

En virtud de la vastísima utilidad de la prueba, creemos conveniente realizar una somera enumeración de su aplicabilidad:

- a) Diagnóstico de las distintas neurosis y perversiones.
- b) Diagnóstico de las psicopatías constitucionales y adquiridas.
- c) Diagnóstico de las depresiones, endógenas o condicionadas.
- d) Diagnóstico de las anfitimias.
- e) Síndrome Rorschach esquizofrénico.
- f) Síndrome Rorschach para las psicosis maníaco-depresivas.
- g) Resultados Rorschach para la epilepsia.
- h) Síndrome Rorschach orgánico general.
- i) Diagnóstico de alteraciones orgánicas aisladas.
- j) Diagnóstico de psicosis psicogénica.
- k) Diagnóstico Rorschach en niños.
- l) Resultados en jóvenes difícilmente educables.
- m) Rorschach en la vejez, acrecentándose el interés en las investigaciones a partir de los avances logrados en gerontología.

Si bien la aplicación más amplia del test se da en el área de la salud mental, es utilizado también en el ámbito de la psicología laboral y educacional; estimula, asimismo, la investigación sobre distintos aspectos de la percepción y la conducta, y brinda un nuevo enfoque al estudio de la interrelación cultura-personalidad.

Actualmente es el método más utilizado en el campo de las técnicas proyectivas.

§ 119. LA PRIMER ENTREVISTA PSICOLÓGICA

Antes de comenzar con los temas correspondientes a este punto, nos parece oportuno aclarar que, tanto en lo referente a la primer entrevista psicológica como en lo concerniente a la elaboración de un psicodiagnóstico, lo que deseamos poner de manifiesto es una visión general acerca de la importancia de los mismos, sin entrar en detalles específicos. Para ello remitimos al lector a la abundante bibliografía existente sobre el tema.

Con respecto a la primer entrevista psicológica, es importante destacar que reviste características fundamentales, ya que en ella no sólo se van a esclarecer los fines perseguidos (elaboración del psicodiagnóstico, investigación, etc.) sino que además proporciona una visión general del encuadre o marco de referencia con que llega el entrevistado, lo cual permite elaborar hipótesis de trabajo que serán corroboradas o rechazadas en posteriores encuentros.

Durante este primer contacto con el individuo, la entrevista es siempre semidirigida, queriendo significar esto que el sujeto tiene la libertad de exponer sus problemas como él desee, a pesar de lo cual no llega a ser una entrevista libre, ya que el entrevistador debe intervenir, preguntando aquello que el sujeto no ha referido, o brindando elementos que ayuden a empezar o continuar con su relato.

Este primer encuentro es considerado como una técnica del método clínico, cuyo fin no es tanto la historia real del sujeto, sino cómo se maneja éste en la relación establecida con el profesional. Para ello es de fundamental importancia percibir al paciente a través de lo que dice, cómo lo dice, sus gestos, las actitudes que adopta, la vestimenta, etcétera.

Es importante destacar, como lo hace Bleger, que si

bien ninguna entrevista puede agotar la personalidad del paciente, ya que en ella sólo se pone de manifiesto un segmento de la misma, tampoco se la puede excluir ni reemplazar por otros instrumentos de investigación de la personalidad.

§ 120. ELABORACIÓN DEL PSICODIAGNÓSTICO

A través de la elaboración y planificación del psicodiagnóstico, se debe considerar la elección de aquellas pruebas que pongan de manifiesto el mayor número posible de elementos sobre la personalidad del sujeto en cuestión.

Es importante destacar, en primera instancia, aquello que se desea saber del individuo, ya que de ello dependerá la selección de los tests a administrar, pues si bien la finalidad del estudio psicodiagnóstico es entender al paciente, no por ello debe caerse en el error de acumular resultados "porque sí" ni tampoco acortar el proceso arbitrariamente. Por lo tanto, se tiende a lograr un equilibrio no sólo en el tipo de técnicas a utilizar, sino también en el número de las mismas.

La elección de la batería reviste, así, carácter fundamental para la investigación de la personalidad, recomendándose especialmente no proceder de manera improvisada ni tampoco sustentar la existencia de una "batería estándar" aplicable a todos los casos y para todos los individuos.

§ 121. MODELO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME PSICOLÓGICO

Una vez obtenidos los resultados de las diferentes pruebas administradas, es necesario confeccionar un informe que contenga las conclusiones a que se arribó.

Este informe varía según a quién vaya dirigido (otro profesional, una institución, etc.); no obstante, se puede elaborar un modelo de presentación del informe psicológico, cuyos elementos constitutivos serían los siguientes:

Datos de filiación del individuo.

Material utilizado para el psicodiagnóstico (entrevista, tests, etc.).

Nivel descriptivo del sujeto, su aspecto físico, predisposición frente a la tarea, forma de relacionarse, etcétera.

Nivel dinámico de personalidad, problemática profunda, conflictos subyacentes.

Nivel estructural, donde se pondrán de manifiesto las ansiedades y defensas predominantes.

Diagnóstico de base.

Pronóstico y, eventualmente, posible orientación.

Es válido aclarar que cuanto más riguroso deba ser el informe a presentar se recomienda incluir los resultados de cada test administrado. Tal es el caso del informe pericial, donde se requiere mayor detalle de las pautas obtenidas a través de todo el psicodiagnóstico.

§ 122. GUÍA PARA LA UTILIZACIÓN DE DETERMINADOS TESTS, EN RELACIÓN CON LOS OBJETOS A EXPLORAR

En este último punto, se intenta llevar a cabo una so-mera enunciación de los aspectos que pueden ser evaluados a través de los diferentes tests descriptos anteriormente. Estos tests, de suma utilidad en el área de la psicología clínica, gozan, asimismo, de gran predicamento en las dos áreas restantes de esta disciplina, a saber, la psicología

laboral y la educacional, a pesar de que existen técnicas específicas para cada una de ellas.

Volviendo al campo de la clínica, cuando se desee indagar acerca del nivel intelectual de un individuo, es válida la aplicación del test de matrices progresivas de Raven, por cuanto da información relativa a la capacidad mental general del sujeto. Si se quieren medir capacidades específicas, la escala Wechsler-Bellevue aporta datos más concretos, brindando asimismo el cociente intelectual y el deterioro mental.

En cuanto a las dudas que se presenten con respecto al nivel de madurez, eventual organicidad o rasgos de impulsividad, el test gestáltico visomotor de Bender es una herramienta de incalculable valor diagnóstico y pronóstico.

La personalidad del sujeto aparece reflejada en todos los tests proyectivos, pero el psicodiagnóstico de Rorschach es el más apropiado si se desea indagar sobre aspectos estructurales de la misma, a pesar de no dejar de lado los contenidos de personalidad; queremos significar con "contenidos", aspectos tales como ansiedades, frustraciones, defensas, relaciones parentales, pareja, contacto con el medio, sexualidad, frustraciones, temores, culpa, etcétera.

El test de apercepción temática de Murray (TAT), proporciona una descripción completa de los aspectos anteriormente nombrados, siendo también de suma importancia los datos recogidos a través de la aplicación del test de relaciones objetales de Phillipson (TRO), que brinda los modelos de relación del individuo con el mundo.

El dibujo de la figura humana de Machover, el H.T.P. y en general todos los gráficos permiten observar la imagen que el sujeto tiene de sí mismo, su ubicación en la realidad, dando cuenta también de conflictos internos y elementos constitutivos de su personalidad.

Finalmente, creemos que para arribar al estudio psico-

lógico de un individuo, es indispensable la utilización del test de Rorschach juntamente con otro test proyectivo, de los anteriormente nombrados, que den una visión clara de la estructura y los contenidos de la personalidad. Asimismo, es de fundamental importancia la aplicación del test de Bender y una prueba destinada a medir la inteligencia del individuo. Podrán, eventualmente, sumarse otras pruebas que amplíen aún más las observaciones obtenidas, pero consideramos que las nombradas son insustituibles para una correcta y exhaustiva evaluación.

§ 123. CONSIDERACIONES FINALES

Al concluir el presente capítulo, surge la expectativa de saber si hemos logrado destacar el significado y la importancia de la psicometría, sus alcances y limitaciones dentro de la elaboración de un informe pericial de orden psiquiátrico.

Este valioso aporte requiere el acuerdo entre quien solicita el examen y quien lo realiza, no sólo para ajustar el tipo de pruebas que el psiquiatra juzgue necesario sino para clarificar *a priori* qué se desea saber del individuo en cuestión. Para ello es conveniente un amplio entendimiento y comunicación entre el psiquiatra y el psicólogo, descartando así la diversificación de la tarea, generadora de conceptualizaciones erróneas.

Todo informe psiquiátrico, en tanto pretenda develar la personalidad humana, debe recurrir al auxilio del psicodiagnóstico; una pericia de esa naturaleza que prescinda de los tests mentales puede ser tachada de incompleta. Insistimos en que la psicotecnia es una disciplina auxiliar de la psiquiatría como lo son la electroencefalografía, los

análisis de laboratorio, los exámenes radiológicos, etc., aunque ocupa dentro del equipo un puesto privilegiado dada la índole de su cometido. La psiquiatría le confía a ella una delicada función que debe ser adecuadamente valorada de acuerdo con el papel "complementario y no supletorio" que desempeña; de otra manera, subvirtiendo los valores médicos, se cometería una herejía científica, de la cual el único responsable sería el psiquiatra.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- Abt y Bellak, *Psicología proyectiva*, Paidós, Buenos Aires, 1967.
- Anastasi, Anne, *Los tests psicológicos*, Aguilar, España.
- Bela Szeckely, *Los tests*, Kapelusz, Buenos Aires.
- Bernstein, Jaime, *H. Murray, test de apercepción temática*, Paidós, Buenos Aires.
- J. C. Raven, *test de matrices progresivas*, Paidós, Buenos Aires.
- L. Bender, *test gestáltico visomotor*, Paidós, Buenos Aires.
- Bleger, José, *La primera entrevista psicológica*, Paidós, Buenos Aires.
- Bonon, Ewald, *Manual del psicodiagnóstico de Rorschach*, 7ª ed., Morata, Madrid, 1979.
- Klopfer, Bruno; Davidson, Helen, *Manual introductorio a la técnica del Rorschach*, Paidós, Buenos Aires.
- Ocampo, María, García Arceno y colaboradores, *Las técnicas proyectivas y el proceso psicodiagnóstico*, Nueva Visión, Buenos Aires.
- Tozzini, Carlos, *El psicodiagnóstico miokinético y la delincuencia*, Lerner, Buenos Aires, 1965.
- Verthelyi, R. P.; Phillipson, H. y otros, *El test de relaciones objetales de Phillipson*, Nueva Visión, Buenos Aires.
- Wechsler, David, *La medida de la inteligencia del adulto*, Huascar, Buenos Aires, 1973.

VII

LA FUNCIÓN DEL PERITO MEDICO EN EL JUICIO ORAL

Sumario

124. Introducción. 125. Procedimiento oral y procedimiento escrito. 126. El perito médico en el plenario oral.

§ 124. INTRODUCCIÓN

Hasta el momento, la tarea del perito médico se desenvuelve, por lo menos en la Capital Federal, dentro de la recoleta estructura del procedimiento escrito. Pero desde el advenimiento del juicio oral, el drama cambia de escenario, los protagonistas se mueven con otro dinamismo, al que el perito se incorpora sin sentirse extraño ni desubicado.

Además, munido del consabido bagaje científico, requiere para comunicarlo el medio de expresión verbal, poniendo a prueba su capacidad dialéctica y oratoria, a la manera de un actor que, además de saber su libreto, sabe decirlo.

Como ya lo dijimos, el amor a la verdad, el hecho de sentirla profundamente, instrumenta el espíritu de convicción que, resonando en la audiencia, rinde culto a la justicia.

Por otra parte, también en la oralidad del proceso implícitamente cumple el psiquiatra una función docente si

acaso fuera menester perfeccionar un diagnóstico o actualizarlo. Frente a toda la audiencia, magistrados y legos, podrá demostrar, en un interrogatorio presencial, cuáles son la metodología y los recursos psiquiátricos necesarios para evidenciar el estado mental del encausado. De esta manera podrá despejar, aunque sea en parte, esos sentimientos de recelo e incredulidad que el público en general experimenta con respecto a la psiquiatría.

Por todo lo que acabamos de expresar, nos parece indispensable, antes de abordar el tema central, que los peritos médicos conozcan hasta en sus pormenores técnicos y procesales qué es el juicio oral, comparándolo con el procedimiento escrito al que estamos acostumbrados.

§ 125. PROCEDIMIENTO ORAL Y PROCEDIMIENTO ESCRITO

*/6

Hay dos formas de llevar adelante el plenario o juicio propiamente dicho; es decir, aquella etapa del proceso penal en la cual, ya terminada la instrucción y determinado que no corresponde el sobreseimiento, sino que hay una semiplena prueba del delito y de la responsabilidad penal del autor, se procede a abrir el debate sobre la misma, en el que, por regla, la acusación está a cargo del ministerio público o fiscal y la defensa a cargo del defensor del procesado. Entre las partes, que son el ministerio público y el procesado, asistido éste por su defensor, se entabla, pues, un *debate contradictorio*, que terminará en una sentencia condenatoria o absolutoria. Este debate puede ser escrito u oral. Dado que en nuestro país la legislación procesal penal es local, —es decir, provincial—, no hay un único sistema procesal, sino varios, que pueden sintetizarse en los dos mencionados. El procedimiento penal federal y de la Ca-

pital es completamente escrito en plenario. En la provincia de Buenos Aires el plenario es oral sólo cuando lo pide la defensa y siempre que se trate de un hecho grave. En la mayoría de las restantes provincias el procedimiento penal de plenario es oral, al menos para los hechos de mayor importancia. En tanto que los códigos más antiguos, como el de la Capital Federal, son escrituristas, los más modernos—que arrancan con el Código de Córdoba de 1936—son oralistas.

No hay una total uniformidad en cuanto a los pasos de la audiencia de juicio oral, pero en líneas generales podemos describirla de la manera siguiente: La audiencia se abre con la presencia de un tribunal colegiado integrado por tres camaristas, cuyo presidente invita a las partes (fiscal y defensor) a que articulen en ese momento cuestiones previas, tales como nulidades y análogos, advirtiéndole que pierden el derecho de hacerlo en adelante. No interpuesta cuestión previa, por secretaría se da lectura a la acusación, hecha por el agente fiscal al cierre de la instrucción.

Se recomienda al procesado (que debe estar presente en la audiencia), que preste atención a la lectura de esa pieza procesal. Luego se hace sentar al procesado frente al tribunal y se le invita a prestar declaración indagatoria, advirtiéndole que si se niega a hacerlo esta negativa no lo perjudica. Pregunta primero el presidente, luego los vocales de la Cámara. Las partes pueden preguntar directamente o por medio del tribunal, según las modalidades del procedimiento. Primero interroga el fiscal de Cámara y luego el defensor. Es regla del juicio oral conceder siempre la última palabra al defensor.

Terminada la declaración indagatoria, por secretaría se da lectura a la prueba documental; a veces, por sugerencias de las partes o del mismo tribunal con consenti-

miento de las partes, se la da por incorporada a la audiencia sin proceder a su lectura.

A continuación se procede a receptor la prueba testimonial y pericial. A cada testigo y a cada perito se le toma juramento en cuanto se presenta delante del estrado del tribunal. El juramento se presta de pie; esta norma rige para el testigo, para el tribunal y para todos los presentes. Se interroga al testigo en el mismo orden que se guardó durante la indagatoria. Cabe acotar que tanto el tribunal como las partes pueden repreguntar, y puede llamarse nuevamente a un testigo o volver a tomar indagatoria cuantas veces lo considere necesario el tribunal. El tribunal también puede determinar la necesidad de conocimiento *de visu* de lugares o cosas que se encuentren fuera de su sede, para lo cual puede trasladarse al lugar. Para las reconstrucciones puede comisionar a uno de sus miembros.

Terminada la producción de la prueba, el presidente declara abierta la etapa de alegatos y recuerda a las partes y a los otros miembros del tribunal la prohibición lēgal de abandonar la sede del tribunal hasta el pronunciamiento del veredicto o de la sentencia. Hace uso de la palabra el fiscal de Cámara, que puede sostener la acusación del agente fiscal, modificarla o desistir y solicitar la absolución del procesado. Luego hace uso de la palabra la defensa. (Tiene derecho a replicar el fiscal de Cámara y a la contrarréplica la defensa.)

Finalizados los alegatos (del fiscal y de la defensa), el tribunal pregunta al procesado si tiene algo que agregar, después de lo cual pasa a deliberar. La deliberación es a puertas cerradas y sólo puede asistir a la misma el secretario. Se formula un orden de preguntas que debe responder el tribunal y cada una de ellas se vota por separado. Según sean los sistemas procesales concretos, puede resolverse aquí sólo el veredicto —es decir, la parte dis-

positiva de la sentencia—, y dejar la fundamentación para los tres o cinco días hábiles posteriores, o bien puede postergarse toda la sentencia para los tres o cinco días posteriores. En este último caso no rige, naturalmente, la prohibición de ausentarse de la sede del tribunal. Lo más común es que se redacte de inmediato el veredicto y se haga después la fundamentación. Terminada el acta con el veredicto, que es firmada por todos los camaristas y certificada por el secretario, se vuelve a la audiencia, donde se ubica el tribunal y —en algunos sistemas por el presidente, en otros por el secretario—, se da lectura al veredicto. Terminada la lectura, la presidencia declara que quedan las partes notificadas y se da por terminada la audiencia. Los únicos recursos que pueden oponerse a este procedimiento son el de nulidad por defecto de forma o el de revisión extraordinaria. No cabe el recurso de apelación, porque el juicio oral es de instancia única. Cabe, por supuesto, recurso de casación limitado, por definición, a las cuestiones puramente jurídicas, es decir que quedan fuera las meras cuestiones de hecho.

En cuanto a las ventajas y desventajas del plenario oral, es mucho lo que sobre este tema se ha escrito y discutido. Las desventajas en relación con el procedimiento escrito, entendemos que prácticamente se reducen a las materiales, dado que se requieren más locales, más jueces y más fiscales. No obstante, en cuanto al mayor número de funcionarios, cabe observar que en gran parte este problema se encuentra compensado con la menor cantidad de empleados administrativos que demanda. Otros argumentos que se esgrimen en su contra son que el plenario oral ofrece menos seguridad jurídica que el escrito, puesto que quedan pocas constancias; que los jueces tienen mayores atribuciones y que la prueba se valora con pautas menos fijas que en el plenario escrito. En cuanto a lo primero, en

la actualidad no hay inconveniente en echar mano a recursos técnicos tales como el registro grabado de las audiencias, debidamente lacrado. Con respecto a las mayores atribuciones del tribunal, no podemos olvidar que justamente por esa razón el plenario oral es sustanciado por un tribunal de tres jueces y no por un tribunal unipersonal, como el escrito.

Por otra parte, la mayor amplitud en la valoración de la prueba no importa arbitrariedad, sino empleo de la sana crítica, es decir, de la reconstrucción lógica de los elementos de prueba, debidamente desarrollada en los votos de los jueces. Además, no es posible ignorar que en los códigos que lo adoptan las mayores atribuciones del tribunal de plenario están compensadas con menores atribuciones del magistrado instructor, lo que significa que en la etapa instructoria se limita estrechamente la incomunicación y, consiguientemente, se amplían las facultades de la defensa, que en el sistema de plenario escrito se ven notablemente limitadas por una instrucción de marcado corte inquisitorial.

Otro argumento que se esgrime como desventaja es la demora que sufre el juicio en algunas provincias que lo adoptaron. Este argumento está vinculado con el primero: no basta con establecer el plenario oral en el código, sino que para que funcione efectivamente es necesario dotar a la administración de justicia de los elementos humanos y materiales necesarios. Por otro lado, muchas veces se pasa por alto que esta objeción no es una cuestión de sistema, sino de hombres. Resulta claro que cualquier sistema procesal resultará un fracaso si no se cuenta con buenos jueces. En tal sentido, entendemos que a esta altura de nuestro desarrollo cultural y jurídico, es urgente arbitrar un sistema racional de selección y ascenso de magistrados (escuela de la magistratura, concursos, etc.), que ya no

puede seguir dependiendo exclusivamente de nombramientos políticos. Por otro lado, también es menester consagrar una estabilidad efectiva y no formal, lo que, justo es reconocerlo, no depende ya del sistema sino de alternativas políticas generales.

Por lo que hace a los argumentos que obran en favor del sistema de plenario oral, creemos que hay uno que vale por todos: la intermediación. En este sistema son tres jueces los que se ocupan de la causa en forma personal y directa, tienen ante sí la prueba en su totalidad, la perciben con sus sentidos, pueden vivenciar hasta los matices de voz de los testigos, del procesado y de los peritos, se ocupan exclusivamente de ese caso hasta que dictan la sentencia. Todo esto falta en el plenario escrito o en gran parte queda librado al criterio y voluntad del juez. El plenario oral no admite delegación de funciones; no hay posibilidad de que las declaraciones tengan lugar delante de empleados administrativos o de que alguien “proyecte” sentencias o resoluciones, sino que todo ello es tarea personal y materialmente indelegable del juez o de los jueces. Entendemos, en síntesis, que es el único sistema en que el juez realmente juzga, no sólo formalmente, sino también —lo que es más importante—, efectiva y materialmente,

§ 126. EL PERITO MÉDICO EN EL PLENARIO

Tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como desde el científico y el técnico, la tarea del perito médico es sustancialmente la misma en el procedimiento escrito y en el procedimiento oral. Difiere, en cambio, en la manera de comunicarse con los otros sujetos del proceso (jueces, fiscal, defensor), al transmitirles sus conocimientos

y apreciaciones sobre el caso y al emitir las opiniones que se le pidieren en los puntos de pericia.

En el plenario oral el peritaje médico se concreta en dos momentos distintos, a los que corresponden dos elementos con diferente lenguaje, estilo y metodología: el informe escrito y el informe oral.

a) *El informe escrito.*

Luego de la acusación fiscal y del ofrecimiento de prueba por las partes, hay una etapa preliminar o preparatoria del debate (vista de causa, audiencia pública o juicio oral propiamente dicho), durante la cual se desarrollan las actividades que harán posible la iniciación de ese debate.

Entre otras diligencias, están los estudios periciales, los que se realizan en esa etapa en la misma forma prevista para el procedimiento escrito, y que culminan con un "informe escrito" que debe presentarse al tribunal antes de la vista de causa.

Puede suceder que la partes se conformen con la actuación pericial y que el tribunal comparta ese criterio, en cuyo caso la tarea de los peritos médicos se tiene por concluida, sin que estos profesionales hayan alcanzado a tener la más mínima experiencia de oralidad procesal.

Pero en la mayoría de los casos el tribunal dispone la comparecencia de los firmantes del informe escrito, lo que motiva la actuación de los peritos en la audiencia pública y la aportación del segundo elemento del peritaje.

b) *El informe oral.*

Los códigos procesales no reglamentan con igual criterio la labor de los peritos médicos en este momento del

plenario oral, aunque todos ellos encuentren apoyo teórico en los mismos principios procesales de *inmediación*, *concentración*, *publicidad* y *verdad real*. No ha bastado ese fundamento común para unificar el criterio interpretativo de las normas sobre juicio oral por parte de los tribunales de provincia que aplican un mismo texto legal.

No debe sorprender la disparidad de criterio que tienen los jueces al aplicar la ley, porque está en la naturaleza de la función judicial (la que —huelga recordarlo— está a cargo de seres humanos). Consignamos esta circunstancia para referirla al papel que deben desempeñar los peritos médicos durante la audiencia pública, a fin de que se eviten sorpresas y confusiones.

Vamos a suponer el caso corriente de un peritaje médico realizado por el perito oficial y por otro de parte, que han trabajado en común y presentado el informe escrito. Citados a la audiencia, pueden presentárseles —de hecho siempre se presentan— los siguientes problemas:

1º) ¿Deben asistir al juicio oral desde que comienza y presenciar toda la prueba que se produzca (declaración del acusado, testigos, otros peritos, etc.), o deben entrar en la sala sólo cuando tienen que rendir su informe oral para retirarse inmediatamente después?

2º) En el primer supuesto, ¿pueden computar y meritar en su informe oral los nuevos elementos introducidos en el debate por la actividad probatoria que ellos presenciaron, o deben limitarse a los adquiridos en la etapa preliminar y consignados en el informe escrito?

3º) ¿Pueden entrar y permanecer ambos en la sala, o deben hacerlo por separado y sin que el uno se entere de lo que el otro declara?

4º) Si son interrogados en forma directa por el fiscal o por el defensor ¿deben los peritos responderles a ellos o,

sin poder mirarlos siquiera, dirigir sus respuestas a los integrantes del tribunal?

5º) ¿Pueden los peritos, con fines científicos o para cubrir su responsabilidad profesional, grabar la parte de la audiencia pública en que ellos intervengan; u obtener del tribunal copia de la grabación oficial, en caso de haberse realizado?

6º) ¿Quién indica al perito que responderá una pregunta sobre el informe escrito: el que interroga (juez, fiscal o defensor), o los propios peritos?

Éstas y otras cuestiones que surgen en la práctica del juicio oral, el perito debe tratar de aclararlas antes de la iniciación de la audiencia, en la que es muy probable que la primera pregunta que se le formule sea la siguiente: ¿Ratifica su informe escrito, o tiene algo que agregar, rectificar o aclarar?

Ampliado o no el informe por el perito, suele ser interrogado por los jueces, el fiscal y el defensor, y en ese orden.

No es posible dar pautas de actuación sobre el contenido científico y técnico del informe oral, pues, como es obvio, dependerá de la naturaleza y características del caso. Sí aconsejamos al perito que procure ser breve, preciso y claro en sus informes. Evitará situaciones incómodas y contribuirá a que las partes puedan cumplir mejor con sus funciones en el proceso gracias a su colaboración.

Como peritos, deseamos agregar otra observación. Entendemos que por derecho emanado de la propia especialidad, el perito está facultado —si las circunstancias lo requieren y siguiendo directivas técnicas insoslayables— para examinar directamente al encausado en el plenario oral.

Este nuevo examen, que debe realizarse sin interme-

diación alguna, es necesario pues el diagnóstico primitivo, a meses o días del hecho puede variar. Por ejemplo, una simple reacción vivencial anormal puede convertirse en una esquizofrenia declarada, retornando al punto cero todo lo actuado en materia de culpabilidad. A esta importante función no se le debe interponer ningún tipo de trabas pues, al fin de cuentas, todo depende del criterio con que el tribunal considere al perito: si lo considera como un simple testigo, y lo trata como tal, o lo considera como un asesor de la justicia, colocado en un nivel tribunalicio.

Nosotros ya nos hemos pronunciado en la página 68 a favor de la segunda posición.