

La inimputabilidad por trastorno mental

Un estudio de su determinación a partir de la racionalidad comunicativa y la teoría de sistemas.

Wilson Alejandro Martínez Sánchez

TESIS DOCTORAL UPF / 2009

DIRECTOR DE LA TESIS

Catdr.Dr.Jesús-María Silva Sánchez (Departamento de derecho penal)

Prof. Dr. Ramón Ragués i Vallés (Departamento de derecho penal)

A mi madre y a la memoria de mi padre.

Resumen.-

Este trabajo estudia el trastorno mental como circunstancia excluyente de responsabilidad penal, desde el punto de vista de su determinación en el proceso penal. La primera parte reconstruye la evolución histórica de los métodos dominantes para su determinación en el proceso penal. La segunda parte se ocupa de explicar el método mixto como doctrina actualmente dominante, y hace una brevísima referencia al *common law* mediante una resumida explicación de las Reglas M'Naughten. El tercer capítulo hace una descripción de los procedimientos y criterios a los que la comunidad psiquiátrica reconoce valor científico, y un estudio de la fiabilidad del dictamen pericial psiquiátrico a partir de las limitaciones de la psiquiatría en materia de diagnóstico. El capítulo cuarto introduce algunos elementos tomados de la teoría de la acción comunicativa y de la teoría de los sistemas, para abordar el estudio de la determinación de la inimputabilidad desde afuera del derecho y la psiquiatría. A partir de esos elementos, el capítulo quinto reconstruye el proceso de formación de la decisión sobre la inimputabilidad y explica cómo se relacionan el sistema jurídico y el sistema de salud. El punto central de este capítulo son las razones que se ofrecen para demostrar de la decisión sobre la inimputabilidad es un juicio de naturaleza adscriptiva y no descriptiva. Finalmente se explica por qué es tan difícil determinar la inimputabilidad por trastorno mental, a quién corresponde esa decisión, cómo operan en ella el principio *in dubio pro reo* y la carga de la prueba, y se hace una exposición acerca de las condiciones mínimas que debería tener un buen procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

Abstract.-

The present work studies the mental distress as a circumstance excluding criminal responsibility from the point of view of its determination in criminal proceedings. The first part reconstructs the historical evolution of the dominant method of determination in criminal proceedings. The second part is concerned with explaining the mixed method as currently dominant doctrine, and makes a brief reference to the common law by a brief explanation of the M'Naughten Rules. The third chapter provides a description of the procedures and criteria to which the psychiatric community recognizes scientific value, and a study of the reliability of the psychiatric expert from the limitations of psychiatry in terms of diagnosis. The fourth chapter introduces some elements from the theory of communicative action and the theory of systems for the study of the determination of criminal responsibility from outside the law and psychiatry. From these elements, the fifth chapter reconstructs the formation of the decision on criminal responsibility and explains how they relate to the legal system and the health system. The focus of this chapter are the reasons offered to prove the decision on the trial of criminal responsibility is ascriptive nature and not descriptive. Finally, it explains why it is so difficult to determine the criminal responsibility by mental disorder, who is responsible for that decision, how *in dubio pro reo* principle is applied and the burden of proof, and it makes an analysis about the minimum conditions that should have a good procedure for the determination of criminal responsibility by mental illness.

Prólogo.-

La inimputabilidad por trastorno mental ha sido siempre en nuestra tradición jurídica un tema de enorme dificultad, porque depende de estados psíquicos a los que no tenemos acceso directo mediante evidencia empírica. Muchos estudios se ocupan de esta materia desde una perspectiva eminentemente jurídica, y la mayoría de ellos se concentran en la definición misma de imputabilidad como estrategia para encontrar la solución al problema de su determinación judicial. Otros estudios abordan el problema desde el punto de vista psiquiátrico, esperando que una contribución al mejoramiento de los métodos y criterios de diagnóstico pueda ofrecer una respuesta a la dificultad para determinar la imputabilidad en el proceso penal. En cualquiera de los dos casos, la estrategia utilizada para el estudio de esta materia aborda el problema desde adentro de alguna de estas disciplinas. Incluso los pocos estudios que adoptan una postura integradora se limitan a ofrecer un intento de articulación de estrategias médicas y jurídicas sin salirse de estas disciplinas, por no que al final tampoco logran sustraerse a la perspectiva interna del problema.

Este trabajo tiene como objetivo ofrecer un horizonte de investigación diferente para el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. La perspectiva desde la cual se aborda aquí el estudio de esta materia es externa. Para ello se adopta un punto de vista que permite observar la sociedad en forma total, determinar la función que cumplen en ella el derecho y la medicina, y estudiar la manera en que estas disciplinas se relacionan no sólo en general sino especialmente en el marco de un proceso judicial. Este punto de vista se adquiere con ayuda de elementos tomados de algunas de las más importantes teorías sociológicas modernas: la teoría de la acción comunicativa y la teoría de los sistemas sociales.

La teoría de la acción comunicativa permite perfilar la racionalidad judicial como una racionalidad comunicativa, y de esa forma es posible aproximarse a la decisión sobre la imputabilidad como un juicio de tipo adscriptivo. La teoría de los sistemas sociales contribuye por su parte a entender el derecho y la medicina como subsistemas del sistema social, con lo cual es posible explicar la relación entre el derecho y la psiquiatría en términos de la relación entre el subsistema jurídico y el subsistema de salud. Al final, los elementos tomados de una y otra teoría ofrecen una comprensión diferente de la decisión sobre la

imputabilidad, y hacen posible definir la forma y el alcance de la contribución de la psiquiatría en esa materia.

Este trabajo obviamente no agota la discusión sobre el tema. Sólo muestra un camino diferente, mediante la presentación de una estrategia que se vale de elementos que están desde hace algún tiempo a nuestra disposición en la teoría sociológica. Por esta razón, las conclusiones contenidas en este trabajo no sólo pueden sino que deben ser revisadas en el futuro, a través de una investigación que incorpore otros elementos tomados principalmente de la epistemología y la teoría de la argumentación. Por ejemplo, este trabajo debe ser complementado con los estudios epistemológicos en materia de juicios adscriptivos, y con elementos de la teoría de la argumentación en el campo de la fundamentación racional de las decisiones judiciales.

Para terminar, es importante agradecer a las personas sin cuya aportación este trabajo no habría sido posible:

En primer lugar la Dr. Jesús-María Silva Sánchez, quien al comienzo de esta investigación me ofreció importantes consejos para delimitar el tema y orientar el trabajo, más tarde me motivó y apoyó para realizar la estancia de investigación en Alemania que me permitió obtener más bibliografía y nuevas perspectivas, y finalmente realizó acertadas observaciones, críticas y correcciones que ayudaron a enriquecer las conclusiones.

En segundo lugar al Dr. Ramón Ragués i Vallès, quien ha sido la persona más involucrada en esta investigación después del autor. El Dr. Ragués hizo un acompañamiento permanente y revisó varias veces los diferentes capítulos. Sus permanentes observaciones, críticas y correcciones constituyeron sin duda alguna un factor determinante en la orientación y resultado de esta investigación.

En tercer lugar al Dr. Walter Perron, quien no sólo tuvo la amabilidad de recibirme como investigador invitado en el Instituto de Derecho Procesal Penal de la Universidad Albert-Ludwig (Freiburg i.br., Alemania) bajo su dirección, sino que me ofreció de forma permanente su apoyo académico y personal durante mi estadía en ese país.

Finalmente a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a sus directivas, y entre ellas muy especialmente al Dr. José Manuel Restrepo Abondano (Vicerrector), al Dr. Alejandro Venegas Franco (Decano de la Facultad de Jurisprudencia), y al Dr. Francisco José Sintura Varela (Director del Área de Derecho Penal), quienes me brindaron un apoyo incondicional e hicieron posible la beca con la cual pude financiar mis estudios doctorales. Así mismo, también debo agradecer a Colfuturo y al Servicio Académico de Intercambio Alemán (DAAD), quienes me otorgaron un importante apoyo económico para cofinanciar mi estancia en Alemania y la culminación de este trabajo.

§ I. Aproximación histórica.-

Una teoría acerca de la manera en que podrían resolverse algunos de los problemas relacionados con la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, requiere previamente una comprensión adecuada del estado actual del método vigente para ese propósito. Para comprender adecuadamente el método actualmente vigente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, no basta una reconstrucción a partir de las técnicas y procedimientos al uso. Además, es necesario tomar en consideración el proceso histórico a través del cual este método ha llegado a adquirir la forma que tiene hoy, y por esa razón es indispensable aproximarse a su estudio mediante una revisión de su proceso de evolución. En este primer capítulo se intentará reconstruir en sus trazos más fundamentales el proceso de evolución histórica del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, desde el nacimiento de las primeras formas racionales de procesamiento judicial, hasta el surgimiento de la pericia médica como forma de determinación del estado mental del procesado utilizada hasta nuestros días. Lo anterior, no sin antes advertir que la reconstrucción que se presenta a continuación no es el resultado de una investigación llevada a cabo a partir del hallazgo y estudio de evidencia histórica, sino el producto de una lectura conjunta e integrada de la literatura más importante disponible en materia de historia de la psiquiatría, historia de la enfermedad mental e historia del derecho.

1. *El prelude de la preocupación por la capacidad mental del infractor.-*

Durante la alta Edad Media, la locura mantuvo un carácter que la identificaba como una *entidad mágica* que habitaba este mundo y cuya existencia tenía el propósito divino de permitir la redención mediante el ejercicio de la caridad, por parte de quienes la practicaban en la persona del insensato.¹ Durante esta época, la locura fue reducida por una visión *cósmica*,² totalmente mística y profundamente religiosa, la cual le proporcionaba ese elemento trágico que la comprendía no como algo interno que determina al hombre, sino como algo

¹ Cfr. FOUCAULT, *La Historia.....* vol. 1, págs. 148 y ss.

² La expresión es de FOUCAULT, para caracterizar su visión de la locura en la Edad Media. Cfr. FOUCAULT, *La Historia.....* vol. 1.

externo que lo posee. La influencia del maniqueísmo,³ debido en parte a la incorporación que de algunas de sus creencias se había producido en el cristianismo —gracias, entre otras, a la obra de San Agustín de Hipona—, desplazó la conciencia bio-orgánica de la demencia que había existido en la Antigüedad y acentuó, durante toda la Edad Media, la idea demonológica de que la locura era consecuencia de la posesión que sobre el alma del sujeto ejercían fuerzas diabólicas.⁴

A la caída del Imperio Romano, todos los conocimientos sobre la enajenación mental acumulados durante casi 1.500 años de historia médica, desde Esculapio⁵ hasta Galeno, fueron depositados en los monasterios europeos y enterrados sobre el dogmatismo cristiano de la Iglesia Católica. De no haber sido porque *“durante los primeros años de la era cristiana, cuando el mundo occidental se enfrentaba a las hordas bárbaras, el Imperio Bizantino fue el depositario de la herencia greco-romana, tanto en medicina como en otros campos culturales”*,⁶ tal vez los importantes aportes de Hipócrates o de Pitágoras, entre muchos otros autores clásicos que abordaron el estudio de la enajenación mental, habrían desaparecido para siempre.

Durante los casi diez siglos que tardó el redescubrimiento del legado clásico que custodiaba el Imperio Bizantino, la Iglesia Católica no sólo mantuvo la religión como el centro de gravedad de la cultura, sino que además, al arrogarse la custodia de la herencia médica grecolatina, terminó confiscando la competencia de sanar el cuerpo y el alma de todos sus fieles, lo que con el tiempo, y ante el crecimiento de la economía de la caridad que se impulsaba a causa de las innumerables pestes que asolaron Europa, dio lugar a la construcción de los primeros hospitales: Lyon en 542, Hôtel-Dieu en 652 y Santa María de la Scalla (Siena) en 898.⁷ En estos centros de misericordia, que estaban principalmente destinados a los enfermos del cuerpo y no a los perturbados mentales, la *“psiquiatría de la Edad Media apenas puede diferenciarse de la demonología primitiva y el tratamiento mental era sinónimo de exorcismo”*.⁸ Situación que parecer obedecer, en gran parte, a que la creencia en explicaciones sobrenaturales para la demencia avivó la idea de que, mientras los padecimientos del cuerpo podían atenderse con la medicina, las enfermedades del alma sólo eran remediabiles desde la fe.⁹

³ Doctrina de origen persa fundada sobre la creencia en el dualismo entre el bien, asociado a todo lo divino y espiritual, y el mal, vinculado a lo terrenal y corpóreo.

⁴ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 77.

⁵ Divinidad griega que ya aparece mencionada en los hexámetros de Homero en el año 1000 a.c., y que al parecer se trataba de un ser humano deificado, a cuyo culto se destinaron innumerables templos a lo largo de toda Grecia, identificados con su símbolo: un bastón con una serpiente enrollada (símbolo actual de la profesión médica). Al parecer trataba a los enfermos, y entre ellos a los enajenados mentales, mediante tratamientos a base del sueño. Su influencia se extendió hasta los siglos VII y VI a.c.

⁶ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 86.

⁷ *Ibíd.*, pág. 87.

⁸ *Ibíd.*, pág. 77.

⁹ *Ibíd.*, pág. 93.

Del estudio de la locura se ocupó entonces una teología que, tras considerar al hombre como el centro del universo, asumió que *“si una persona estaba sana era porque así lo había dispuesto el cielo, y si estaba afectada de locura era porque alguna fuerza externa, algún cuerpo celeste debían haberle afectado”*.¹⁰ De allí que no sea difícil entender por qué razón existía la creencia de que la perturbación mental se debía al influjo de la luna: astro que aparecía en la oscuridad de la noche, o sea, en un teatro al que se asociaban fuerzas del mal, y del cual proviene el origen etimológico del término *lunático*.¹¹

En medio de esta sensibilidad que encontraba en la locura una explicación profundamente religiosa, tuvo vigencia un derecho germano antiguo para el que el objeto fundamental de la prueba judicial no era el diagnóstico efectivo del estado mental del procesado, sino la determinación de la *razón* y del derecho a la *composición*¹² que le asistía al ofendido.¹³ Es apenas comprensible que en un momento de la historia en el que la estructura jurídica predominante no *“opone la guerra a la justicia, no identifica la justicia y la paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza”*,¹⁴ el interés por la determinación judicial de la locura sea casi inexistente, concentrándose la atención en los mecanismos por medio de

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

¹² El derecho de “composición” (*Sühnevertrag*), era el derecho de enmienda o reparación, no necesariamente económico, del que gozaba un ofendido, y cuya existencia debía *probar* en un proceso judicial. Cfr. MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 24.

¹³ *“En la Edad Media se pasa de un tribunal árbitro (al que se recurría por consentimiento mutuo para poner fin a un litigio o una guerra privada, y que no era en modo alguno un organismo permanente de poder) a un conjunto de instituciones estables, específicas, que intervienen de forma autoritaria y dependiendo del poder político (o en todo caso controladas por él). Esta transformación se apoya en dos procesos. El primero ha sido la fiscalización de la justicia: a través del juego de multas, confiscaciones, embargos, costas, gratificaciones de todo tipo, ejecutar justicia producía beneficios; después de la desmembración del Estado Carolingio, la justicia se ha convertido, en manos de los señores, no sólo en un instrumento de apropiación, en un instrumento de coacción, sino también, y muy directamente en una fuente de ingresos; producía una renta paralela a la renta fiscal, o más bien una renta que formaba parte de la renta feudal. Las justicias eran riquezas, eran propiedades. Las justicias producían bienes intercambiables, que circulaban, que se vendían o que se heredaban, con los feudos o a veces independientemente. Las justicias formaban parte de la circulación de las riquezas y del sistema de contribuciones feudales. Para los que las poseían, constituía un derecho (junto con la primicia, manos muertas, el diezmo, las tasas, obligaciones serviles, etc.); para los justiciables adoptaba la forma de una renta no regular, pero a la que en ciertos casos era necesario plegarse. El funcionamiento arcaico de la justicia se invierte: parece que más antiguamente la justicia era un derecho por parte de los justiciables (derecho de pedir justicia si lo consideran conveniente), y un deber para los árbitros (obligación de poner en práctica su prestigio, su autoridad, su sapiencia, su poder político-religioso). A pesar de esto se convertirá en derecho (lucrativo) para el poder, obligación (costosa) para los subordinados. Se percibe aquí el entrecruzamiento con el segundo proceso mencionado antes: la ligazón creciente entre la justicia y la fuerza armada”* FOUCAULT (*Microfísica...* pág. 48).

¹⁴ FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 66.

los cuales el causante de la ofensa, o su familia, podía rescatar la paz ofreciendo satisfacción a su adversario.¹⁵

Para comprender este punto tal vez sea útil recordar que las costumbres judiciales del derecho germano antiguo, recopiladas en su mayoría en las *Leges Barbarorum*¹⁶ —principalmente en la *Lex Sállica* del siglo VI— que sirvieron de fuente jurídica escrita a los imperios Merovingio y Carolingio, no se irguieron sobre la racionalidad de la falta y el castigo, sino sobre la dualidad del daño y la reparación; de la ofensa y la venganza.¹⁷ Se trataba de un modelo en el que la prueba judicial no consistía en un procedimiento para el establecimiento de la *verdad*, sino en una suerte de *ordalías*, *juicios de Dios* o *duelos rituales*, en virtud de los cuales el vencedor se hacía acreedor a la *razón* y con ello al derecho a la compensación del daño o de la ofensa.¹⁸ En muchas ocasiones, la prueba relacionada con las ofensas producidas por los enajenados, los menores o las mujeres, “sólo se trataba de un juego verbal” en el que el procesado era sustituido por otra persona, quien en su lugar era capaz de pronunciar las fórmulas sacramentales necesarias para su defensa.¹⁹ Frente a tales conflictos, como ante muchos otros, la función del juez era la de un árbitro, esto es, “sólo se le pedía al más poderoso o a aquel que ejercía la soberanía en función de sus poderes políticos, mágicos y religiosos que comprobase la regularidad del procedimiento y no que hiciese justicia”.²⁰

En realidad, no era sustancialmente importante determinar si el causante de la ofensa era loco, niño o mujer, pues en general la preocupación consistía en establecer si existía el derecho a la *composición*. A tal propósito, lo único verdaderamente relevante era la prueba para precisar cuál de las partes era poseedora de la *razón*, efecto para el cual se apelaba a la “*sentencia condicional del Tribunal (bedingtes Urteil)*, que establecía por una parte quién y cómo debía probar según la apreciación del Derecho de cada parte hasta el momento y, por la otra, el resultado que arrojaría el pleito si tenía éxito o fracasaba la prueba pedida”.²¹

¹⁵ Cfr. JESCHECK (*Tratado...* § 10, I) quien expresa que, durante este periodo, “*La naturaleza y gravedad del delito se determinaba en principio por su resultado externo*”. En este mismo sentido, FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 77.

¹⁶ Cfr. JESCHECK, *Tratado...* § 10, II.

¹⁷ Sin perjuicio de ello, “*casos de graves infracciones de deberes comunitarios (traición en la guerra, desertión, cobardía ante el enemigo, delitos religiosos) parece que existía ya en el período germánico la pena pública*” (JESCHECK, *Tratado...* § 10, I).

¹⁸ “*La prueba no tiene una función apofántica, no designa, manifiesta o hace aparecer la verdad, es un operador de derecho y no un operador apofántico*” (FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 72). Se trata de un concepto de prueba que no es sinónimo de “medio de indagación” o “evidencia”, sino que es próximo a conceptos como <<reto>>, <<test>> ó <<examen>>.

¹⁹ Cfr. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 69.

²⁰ *Ibid.*, pág. 75.

²¹ MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 25.

La demanda social de reacción frente a la locura no fue, sin embargo, uniforme, con todo y que de cara a la existencia de responsabilidad jurídica poco o nada importaba el estado de alienación del individuo. Por no conferirles personalidad jurídica, en la mayoría de los casos el derecho germano ni siquiera aludía a la responsabilidad propia de los locos, y por ello sus acciones podían ser susceptibles de diferentes tratamientos²² en función del grado de afección mental:

- i) En relación con los insensatos más leves, el agente *“estaba obligado a abandonar el lugar tras su curación, o quedaba libre de responsabilidad pero el ofendido, o en su caso, su familia o clan, podían matarlo impunemente”*.²³ Frente a ellos, parece que durante esta etapa también *“se mantiene la responsabilidad de la persona encargada de su custodia, o se permite la imposición de penas distintas de la muerte, aunque en ocasiones también ésta tiene lugar”*.²⁴
- ii) A diferencia de éstos, los locos furiosos, aquellos que despertaban el escándalo y el miedo en la comunidad, y que por vivir en medio de profundas alucinaciones no reflejaban el más mínimo asomo de sensatez, eran reducidos a la categoría de animales. A ellos el imaginario colectivo los entendía como víctimas miserables y desdichadas de una metamorfosis causada por *“potencias infernales”* o por la *“alquimia diabólica”*,²⁵ la cual los había transformado en animales rabiosos que debían cazarse, o reducirse al encierro, como cualquiera otro de semejante naturaleza.

Esta actitud frente a la locura, y concretamente frente a sus formas más severas, dio lugar a prácticas como la exhibición pública de los dementes, la cual se extendió durante toda la Edad Media y la época clásica, hasta el siglo XIX. Según afirman los estudiosos del tema, la exhibición de los locos alcanzó connotaciones circenses —incluso con la realización de suertes y acrobacias para las que eran adiestrados los dementes— y su ejecución se tradujo en una significativa fuente de ingresos para sus guardianes.²⁶ Al parecer, en *“algunos de los Nartürmer de Alemania, había ventanas con rejas, que permitían observar desde el exterior a los locos que estaban allí encadenados. Eran*

²² En una época en la que *“Toda infracción era considerada como un quebranto a la paz (Freidensbruch) comunitaria”* (MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 24), el tratamiento del loco que delinquía no se apartaba sustancialmente del tratamiento que recibían los criminales ordinarios: *“Aun cuando un número pequeño de infracciones, las más graves, traía como consecuencia la pérdida de la paz en un sentido absoluto, quedando el infractor a merced de cualquier integrante de la comunidad que tenía derecho a perseguirlo hasta matarlo (pérdida total de su personalidad jurídica), la regla general (Sippe) o tribu, rasgo distintivo del Derecho germano antiguo, según ya lo advertimos, lo que implicaba sólo una pérdida limitada de la protección comunitaria, de la paz o de su personalidad jurídica”*. (Ibíd).

²³ MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 43.

²⁴ *Ibíd.*, pág. 44.

²⁵ Las expresiones encomilladas son autoría de FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 228.

²⁶ Según señala FOUCAULT (*La Historia...* vol. 1, pág. 229), la visita a los locos de Bicêtre costaba un ochavo, y los ingresos del Hôpital de Bethlehem por este concepto, luego de casi 96.000 visitas durante 1815, ascendían a 400 libras.

también un espectáculo en las puertas de las ciudades. (...) En Francia, el paseo a Bicêtre y el espectáculo de los grandes insensatos fue una de las distracciones dominicales de los burgueses de la rive gauche hasta la época de la Revolución".²⁷

Aunque el tratamiento social de la locura no cambiaría hasta la llegada del siglo XIX, transformaciones culturales posteriores llevaron a que esta particular apatía frente a la determinación judicial del estado mental del procesado fuera gradualmente sustituida a lo largo de un lento proceso que se extendió durante varios siglos: desde el siglo XII, aproximadamente a partir del momento en que Inocencio II, *"fundado en la herencia del Derecho romano imperial de la última época, modifica totalmente las formas del Derecho canónico introduciendo la inquisición"*²⁸, hasta el siglo XV con el advenimiento definitivo de la época clásica.²⁹

2. El renacimiento de la preocupación por la determinación judicial de la locura.-

La inusitada indiferencia con que la Edad Media, al menos en su primera parte, encaró la determinación judicial de la locura, terminará gradualmente con el acompañamiento, en el siglo XII, de tres elementos que transformarán hasta nuestros días los pilares sobre los cuales se elabora el derecho penal: en primer término, el fenómeno de la recepción del Derecho Romano de la última época imperial; en segundo lugar, la instalación definitiva y oficial del método *inquisitivo* de procesamiento criminal; y, por último, el surgimiento de la <<falta>>, concretada en el concepto de <<crimen de lesa majestad>>,³⁰ como centro de gravedad del derecho penal.

En medio de la sociedad feudal de la segunda mitad del siglo XII tuvo lugar un lento y largo proceso por medio del cual empezaron a desdoblarse las primeras grandes monarquías medievales.³¹ Estas formas embrionarias de Estado se elevaron sobre la base de un proceso mediante el cual el derecho recuperó, fusionó y asumió como suyas antiguas formas jurídicas heredadas tanto del Derecho Romano imperial como de la administración fiscal del Imperio Carolingio y de los procedimientos pseudojudiciales del control eclesiástico de la moral.³² Como producto de la eclosión de estos diferentes modelos jurídicos

²⁷ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 228.

²⁸ MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 56.

²⁹ Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 196 y ss.

³⁰ BOVINO, *Victima y Derecho Penal*, pág. 2.

³¹ Cfr. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 75.

³² *"La inquisitio en el ámbito procesal (y como método de conocimiento) se instaló primero con la burocratización de la Iglesia, y cuando ésta se jerarquizó como consecuencia de su romanización; en los siglos posteriores fue acentuando la autoridad de la burocracia respecto del resto de los creyentes, hasta culminar con el apoderamiento total del saber —y del poder—*

surge en el siglo XII la *Inquisitio*: figura que en ese lento proceso de reelaboración del derecho se introdujo en la práctica judicial como instrumento de concentración de poder y como manifestación de una nueva forma de racionalidad que empezaba a gestarse.³³

Entre sus antecedentes conocidos, los *Domesday Books* utilizados durante el Imperio Carolingio nos informan de la aplicación del método inquisitivo para llevar a cabo exhaustivas investigaciones administrativas sobre temas de impuestos, de foro o de propiedad. Como práctica judicial, la *inquisitio* también había sido puntualmente utilizada a partir de 1096 por *Guillermo el Conquistador*, en orden a solucionar los litigios —en su mayoría relativos a la propiedad de los bienes— que impedían la integración definitiva de los invasores normandos con la población anglosajona que habitaba lo que hoy es Inglaterra.³⁴ De ella también se habría valido la Iglesia Católica³⁵ durante los imperios Merovingio y Carolingio, principalmente para ejercer un control de la fe a través de una “*visita que, según los estatutos, debía realizar el obispo por las distintas comarcas de su diócesis y que las grandes órdenes monásticas retomaron poco después*”,³⁶ y cuyo propósito era el de averiguar qué faltas se habían cometido durante la ausencia del visitador, cuál era su naturaleza y quién el autor de las mismas.³⁷ Más aún, la inquisición parece haber sido el método oficialmente utilizado por la Iglesia para la persecución de los cátaros, tras la instauración del Santo Oficio en 1215.³⁸

Sin embargo, la *inquisitio* no se impone en la Europa de la baja Edad Media, después de haber sobrevivido como un método marginal, sólo gracias a sus cualidades como “*técnica de administración*”, como “*modalidad de gestión*”; en definitiva, gracias a los beneficios que proporcionaba a la emergente monarquía como “*manera de ejercer el poder*”.³⁹ Aun cuando es incontestable que fue impuesto por una coyuntura en la que se requería de un orden jurídico que favoreciera los intereses de un poder sólido y centralizado como el del Imperio Romano, la *inquisitio* es sobre todo un método de indagación judicial que nace como respuesta al renacimiento de la preocupación por la verdad histórica que se introdujo a consecuencia de la *Recepción*, y que a *posteriori* restablecería, de forma lenta y gradual, el imperio de la razón sobre el misticismo.

por parte de la misma, que ejercía controlando cualquier heterodoxia (herejía) mediante el Santo Oficio” (ZAFFARONI, *Derecho Penal...* §19, I, 3).

³³ Cfr. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 78.

³⁴ Se trató de una “*enorme indagación sobre el estado de las propiedades, la situación de los impuestos, el sistema de foros etc.*”. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 79.

³⁵ Institución que “*se convirtió en los siglos X, XI y XII, en el único cuerpo económico [y] político coherente de Europa*” FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 81.

³⁶ *Ibid.*, pág. 80.

³⁷ Se trata de la institución conocida como <<*visitatio*>>.

³⁸ ZAFFARONI, *Derecho Penal...* §19, I, 3.

³⁹ Las expresiones entre comillas pertenecen a FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 83.

En su ambición de concentrar el poder *absoluto*, las nacientes monarquías vieron en la reforma del ya para entonces desacreditado procedimiento judicial del derecho germano, el cual era percibido por las masas como un sistema injusto, arbitrario y opresor, un mecanismo eficaz para concentrar el poder jurisdiccional y debilitar los dominios locales de los señores feudales.⁴⁰ La mejor alternativa a este antiguo sistema procesal era el decantado Derecho Romano de los últimos siglos del Imperio, el cual no sólo estaba documentado, sino que además era perfectamente compatible con el proyecto de Estado absolutista que aspiraba realizar la monarquía de la época.⁴¹ Para entonces, el antiguo derecho Romano Imperial de fines del siglo IV y principios del siglo V era escasamente conocido, principalmente gracias al *Corpus Juris Civilis* introducido por Justiniano de Constantinopla, obra que se había conservado en los archivos de las universidades italianas, particularmente en algunas facultades de Derecho como la de Bolonia,⁴² y cuyo estudio se intensificó a partir del siglo XII gracias a los aportes de los *glosadores*⁴³ (1100-1250) y los *posglosadores* (1250-1450).⁴⁴ De esta forma, aproximadamente durante tres centurias, entre los siglos XIII y XV, *“la lucha entre el señorío local, feudal, y el poder central, real, se traduce como el avasallamiento del Derecho local, foral, germano, con fuente en la tradición popular, por el Derecho romano (imperial) – canónico, Derecho culto que se había conservado en Europa continental en las universidades”*.⁴⁵

⁴⁰ MAIER (*Derecho Procesal...vol. B*, pág. 55) explica: *“En efecto, lo que hoy conocemos como garantías individuales para cualquier habitante, fundadas en la igualdad de todos ante la ley, que reconoce sus primeras formulaciones en el derecho feudal, eran entonces privilegios de la jurisdicción feudal que abarcaban unos pocos y sometían a muchos bajo su dominio. Por lo demás, el combate judicial —duelo—, que pretendía iluminar la razón por la vía de la exaltación de la fuerza física, bien pronto reemplazado por el privilegio de designar un representante que combatiera en lugar del interesado, terminó entendido como una forma de oprimir a los débiles y superado por la investigación histórica, idea superior que representó un intento verdadero de racionalizar el litigio. La iglesia fue así, presupuesto que ella conservó la racionalidad del Derecho romano y un espíritu de liberación y renovación social, el ‘mejor asilo’ para los oprimidos”*.

⁴¹ *“Entre los siglos V y X de nuestra era se produjeron penetraciones, roces y conflictos entre ambos sistemas de derecho [se refiere al derecho romano y al derecho germano]. Cada vez que sobre las ruinas del Imperio Romano comienza a esbozarse un Estado, y empieza a nacer una estructura estatal, el Derecho Romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza. Fue así que en los reinos merovingios, sobre todo en la época del Imperio Carolingio, el Derecho Romano se impuso al Derecho Germánico. Por otro lado, cada vez que se disuelven esos embriones o lineamientos de Estado, el Derecho Germánico reaparece. Cuando se desmorona el Imperio Carolingio en el siglo X, triunfa el Derecho Germánico y el Derecho Romano cae en el olvido, permaneciendo así durante varios siglos hasta que renace a finales del siglo XII y en el curso del XIII”*. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 68.

⁴² *“El Corpus iuris civilis fue recibido en Occidente como consecuencia de las conquistas de Justiniano en África, Italia y parte de España. En Italia, logró introducirlo por la Pragmática *sanctio pro petitione Virgillii* en el año 554. La Instituta ya fue glosada en Turín en tiempos del mismo Justiniano, a la que siguieron otras glosas anteriores a la escuela boloñesa, y fue copiada, al menos en Verona, durante el siglo IX”*. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 204.

⁴³ ZORRAQUÍN, *Historia del Derecho...* pág. 53.

⁴⁴ JESCHECK, *Tratado...* § 10, IV.

⁴⁵ MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 53.

Un balance histórico de los acontecimientos permite concluir que, en lo sustancial, la adopción formal del método inquisitivo supone un momento fundamental en el tránsito hacia modelos racionales de procesamiento criminal, en tanto que se traduce, ni más ni menos, como el instante en el que *“el combate judicial de los germanos, que caracterizaba su procedimiento probatorio, abre paso, conforme a la herencia romana, a la búsqueda de la verdad histórica, en procura de que cada pecador expíe su pecado”*.⁴⁶ Pero además ha de aclararse que no se trata en modo alguno de la búsqueda de una verdad cuyo contenido pueda siquiera compararse con el nuestro, cuando quiera que la sociedad de los siglos XI y XII si bien se había articulado de una manera más sólida y compleja, seguía en gran parte cubierta por el revestimiento dogmático del cristianismo católico, el cual *“pretendía no sólo ser la única y verdadera fe, sino así mismo la base exclusiva y determinante del conocimiento y la acción humanos”*.⁴⁷

Este tránsito desde el modelo judicial germano de la *compositio*, en el que el estado mental del infractor no es jurídicamente relevante de cara al establecimiento de la responsabilidad, hacia otro en el que su determinación judicial es sustancialmente determinante, no se produce sin embargo instantáneamente, sino que es el producto de un largo proceso que duraría aproximadamente tres siglos. Es importante tomar en consideración que la lentitud en la adopción de una forma de determinación judicial de la locura fue consecuencia de que las *“oposiciones y resistencias a esta extensión del derecho romano abundaron, sobre todo por parte de los defensores del derecho consuetudinario”*.⁴⁸ Muy pronto los estamentos locales se percataron de que la implementación del Derecho Romano significaría el fin de sus privilegios y, en un intento por detener *“los esfuerzos centralizadores tendientes a la aplicación de normas más uniformes, provocaron levantamientos armados de poblaciones que no quisieron renunciar a sus costumbres ancestrales y a sus antiguas libertades”*.⁴⁹

Reconstruido con rigor, el fenómeno de la Recepción avanzó sólo en función de los progresos que, a su vez, obtenía la monarquía en su proceso de concentración del poder jurisdiccional, lo que ocurría a medida que tenía lugar la creación de tribunales regios en las diferentes ciudades y provincias.⁵⁰ Como es apenas lógico, la aplicación del derecho romano y, por consiguiente, la

⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 57.

⁴⁷ TENENTI, *La Formación...* pág. 83.

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 130.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *“En cuanto a la relación derecho común y derecho estatutario ya REINERO DE FOROLI y, especialmente su gran discípulo BARTOLO DE SASSOFERRATO transportaron este problema a un terreno <<más sólido>> —dice CALASSO— para basarlo en <<otro concepto, el de iurisdictio>> palabra por la que, <<en la doctrina jurídica se entiende no sólo la potestas iuri discendi, sino el complejo de poderes necesarios al gobierno de un ordenamiento y, por ilación, el ordenamiento mismo”*. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 238.

importancia de la determinación judicial de la locura, se manifestó inicialmente en las ciudades principales, produciéndose su expansión en la misma medida en que la eliminación de los fueros feudales permitía la creación de nuevos tribunales reales en las localidades. En el caso de Francia, por ejemplo, en *“cada bailliage o sénéchaussée (unidades equivalentes al distrito o la provincia) había un tribunal regio presidido por un lugar teniente; no obstante, en el conjunto del país la justicia feudal siguió predominando al menos hasta el siglo XVI”*.⁵¹

La situación en España, importante punto de referencia para la doctrina jurídica de la época, no fue sustancialmente diferente. Allí *“el derecho común no se impuso sin que surgieran fuertes resistencias de quienes pretendían conservar el orden tradicional, y de esta lucha procede el complejo sistema jurídico de España”*.⁵² Debe recordarse que las *Siete Partidas*, la gran obra jurídica española de la época, redactada entre 1256 y 1260, sólo pudo entrar en vigor, y únicamente como derecho supletorio de los fueros locales, hasta el año 1348. Pese a que el propósito principal de *“uniformar el localismo jurídico y la diversidad de fuentes que entonces existía”*⁵³ había dado lugar a varios e importantes esfuerzos legislativos, tales como el *Fuero Juzgo* (1241) y el *Fuero Real* (1255), sólo fueron bien recibidas por los señoríos locales las compilaciones que confirmaban las *“fazañas y costumbres”* territoriales de cada reino,⁵⁴ tales como el *Fuero Viejo de Castilla* redactado en 1356 o el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348.

En Alemania, por su parte, la legislación del *Sacro Imperio Romano-Germánico* prácticamente *“desapareció, después de haber tenido todavía para el Derecho Penal una gran importancia en las leyes de la Paz Pública de Mainz de 1235”*.⁵⁵ Como en el resto de Europa, los señoríos locales privilegiaron la aplicación de *“colecciones particulares escritas de preceptos jurídicos de carácter regional (Espejo de Sajonia de 1230, Espejo de Suabia de 1275) que gozaban de amplia acogida”*.⁵⁶

Ahora bien, no sería acertado pensar que en esta época todo es la síntesis de una recuperación del conjunto de formas jurídicas esparcidas a lo largo de la historia del derecho, desde la Roma imperial hasta el Imperio Carolingio. Hubo algo en lo que la baja Edad Media fue francamente original: la noción de *«crimen lessae majestatis»*,⁵⁷ de la cual es substrato la idea de *«falta»*.

⁵¹ TENENTI, *La Formación...* pág. 133.

⁵² ZORRAQUÍN, *Historia del Derecho...* pág. 54.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 56.

⁵⁵ JESCHECK, *Tratado...* § 10, III.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ BOVINO, *Víctima y Derecho Penal*, pág. 2.

La idea de que “*Cuando un individuo causa daño a otro, hay siempre a fortiori, daño a la soberanía, a la ley, al poder*”,⁵⁸ surge como parte del conjunto de herramientas utilizadas en el proceso de concentración del poder jurisdiccional en manos del monarca. El concepto de <<*crimen lessae majestatis*>>,⁵⁹ al cual subyace la noción de <<*falta*>> así definida, cumplió un papel preponderante como argumento en la legitimación de la eliminación gradual de los fueros y privilegios feudales, así como en la justificación de instrumentos de indemnización que, como las multas y confiscaciones, se utilizarían luego en la forma de medios para la financiación de la lucha por el avasallamiento de los señoríos feudales. En cuanto a lo primero, téngase en cuenta que el principio de *salus publica suprema lex est*,⁶⁰ criterio rector del poder punitivo, sólo pudo erigirse como fundamento de la reivindicación del poder jurisdiccional monárquico en la medida en que se acopló con la idea de que todo daño u ofensa suponía, en cualquier escenario, una lesión a la corona. Así mismo, y en orden a concentrar el poder judicial en sus manos, la categoría de <<*falta*>> se configuró como la institución jurídica con la que “*el soberano, el poder político, viene a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima*”,⁶¹ es decir, como el instrumento del que se valió la monarquía para instalarse en “*su confiscación de la víctima y en la consiguiente degradación de ésta —y del victimario— a puros protagonistas de una señal que habilitaba la intervención del poder*”.⁶²

Pero, además, la aparición de la noción de <<*crimen lessae majestatis*>>, y más que ella la combinación de la idea de <<*falta*>> con el concepto ya existente de <<*composición*>>, tuvo como corolario el enriquecimiento de los reinos, merced a la implementación de modelos penales basados en la reparación económica, los cuales impusieron la necesidad de adoptar herramientas de control fiscal para garantizar el derecho a la *satisfacción* del rey. Es entonces cuando hacen su aparición los *procuradores*: figura jurídica sin precedentes que originalmente limitaba sus competencias a la vigilancia del recaudo tributario, y que desde este momento cumplirá la importante tarea de adelantar la *inquisitio*, en orden a determinar si ha ocurrido una falta que lesione al soberano, y que por consiguiente le dé el derecho a una

⁵⁸ Cfr. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 80.

⁵⁹ BOVINO, *Víctima y Derecho Penal*, pág. 2.

⁶⁰ MAIER (*vol. b...* pág. 19) sintetiza el surgimiento del método inquisitivo indicando lo siguiente: “*Se verificará enseguida cómo su nacimiento, desarrollo y recepción [el de la inquisición] fueron el resultado de necesidades políticas concretas, a saber, las de apoyar un poder político central y fuerte, cuya autoridad y fundamento no puede discutirse. Para ello resultó necesario postergar los intereses individuales y elevar a principio el aforismo salus publica suprema lex est. Nació así la persecución pública obligatoria y la búsqueda de la verdad histórica como meta absoluta del procedimiento penal, que no retrocedería ante ningún medio, por inocuo o indigno que fuese, a fin de reprimir las desviaciones de la ideología imperante, en todos los casos. El instrumento de realización del poder penal de la época llegó a adquirir mucha más fama que el Derecho penal que realizaba, en el curso de la historia; el medio de realización fue, así, más importante que el fin a realizar*”.

⁶¹ Cfr. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 76.

⁶² ZAFFARONI, *Derecho Penal...* §19, I, 4.

compensación.⁶³ En una sociedad en la que el poder es consecuencia de la posesión del suelo, y en la que a su vez la circulación del dominio sobre la tierra no tenía lugar a través de mecanismos comerciales, sino por las vías del allanamiento, la ocupación y el desalojo armado, que el mismo derecho legitimaba bajo ciertas formas particulares,⁶⁴ es entendible que el acaparamiento del poder, en especial cuando es fruto del enfrentamiento entre las fuerzas militares del monarca y las de los señores feudales, haya requerido de inmensas fortunas capaces de financiar poderosos ejércitos. Debido a ello, es apenas natural que para las finanzas de la monarquía hubieran resultado de gran importancia los ingresos provenientes de las multas y las confiscaciones, así como que el concepto de <<*crimen lessae majestatis*>>, en el conjunto global de la estrategia para la concentración absoluta del poder, fuera medular.

Es justo aclarar, no obstante, que más allá de los importantes beneficios económicos y políticos que proporcionaba a la monarquía, la aparición de la noción de <<*falta*>>, en que se apoya el concepto de <<*crimen lessae majestatis*>>, también se justifica históricamente por otras razones: todo un complejo esquema de valores ético-religiosos que subyace y que obliga al Estado a adoptar políticas para la purificación espiritual de las masas. En un modelo político en el que “se sigue considerando legítimo al soberano en la medida en que acata las exigencias básicas tradicionales, como las de defender la fe”,⁶⁵ es perfectamente entendible que el concepto de <<*falta*>> sólo parezca adquirir su verdadero sentido como sinónimo y consecuencia de la noción de <<*pecado*>>.

⁶³ “... cuando en el siglo XIV la feudalidad tuvo que enfrentarse a las grandes revueltas campesinas y urbanas, buscó apoyo en un poder, un ejército, una fiscalidad centralizados; y de golpe aparecieron con el Parlamento, los procuradores del rey, las acusaciones de oficio, la legislación contra los mendigos, vagabundos, ociosos, y enseguida los primeros rudimentos de la policía, una justicia centralizada: el embrión de un aparato de Estado jurídico que supervisaba, duplicaba, controlaba las justicias feudales, con su fiscalidad, pero les permitía funcionar. Apareció así un orden <<judicial>> que fue presentado como la expresión del poder público: árbitro a la vez neutro y autoritario, encargado de resolver <<justamente>> los litigios y de asegurar <<autoritariamente>> el orden público. Sobre este fondo de guerra social, de descuentos fiscales y de concentración de fuerzas armadas se estableció el aparato judicial” FOUCAULT (*Microfísica...* pág. 49). MAIER (*Derecho Procesal...* pág. 61) coincide con esta tesis, en el sentido de reconocer que “Consecuencia de ello va a ser, en los siglos posteriores, el nacimiento de los que hoy denominamos ministerio público, cuyos orígenes se remontan a los procuradores del rey, agentes encargados, en un comienzo, de la renta real, de perseguir las enmiendas y todos los derechos debidos al rey, cuya pronta expansión los constituyó en verdaderos persecutores penales”. [Este funcionario fue el mismo *das Fiskalat* alemán, y el *procureur du Roi* en Francia].

⁶⁴ “Por ejemplo, alguien que dispone de fuerza armada ocupa unas tierras, un bosque, una propiedad cualquiera y en ese momento hace prevalecer su derecho. Se inicia entonces un largo pleito al final del cual aquél que no posee fuerza armada y quiere recuperar sus tierras sólo obtiene la partida del invasor mediante un pago. Este acuerdo está en el límite entre lo jurídico y lo bélico y es una de las formas más frecuentes del enriquecimiento”. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 73.

⁶⁵ TENENTI, *La Formación...* pág. 123

En lo que hace al tema que nos ocupa, parece plausible señalar que tanto el reconocimiento de la importancia del juicio sobre el estado mental del procesado, como el diseño y aplicación de métodos y técnicas concretas para su determinación judicial, son en concreto el producto de la específica manera en que supieron articularse la doctrina jurídica que desarrolló el concepto de <<falta>>, y aquella racionalidad subyacente al método inquisitivo adoptado como oficial. En cuanto a lo primero, destáquese que la connotación ético-religiosa que llenaba de contenido el concepto de <<falta>> fue determinante para la recuperación de la preocupación por el estado mental del infractor. Ello debido a que la consecuencia inmediata del juicio afirmativo de responsabilidad solamente habría de ser la imposición de un castigo, el que además de permitir la expiación de la culpa debía impartirse con justicia a los ojos de Dios para evitar la condena final del fallador. Y en cuanto a lo segundo, debe señalarse que la instauración de la *inquisitio* fue fundamental para definir los métodos y técnicas idóneas, toda vez que al amparo de esa nueva estructura racional que empezaba a imponerse, la consecución de sentencias justas sólo era posible en tanto que se lograra la averiguación de esa verdad última en relación con la responsabilidad penal, misma que exigía la indagación por el estado mental del procesado.

Es importante insistir en que para el siglo XIII la determinación judicial de la capacidad mental del infractor era indispensable para la realización de una *justicia* con arreglo a los criterios de *verdad* heredados de la tradición grecolatina. Más aún, era importante para la práctica de una justicia entendida como “*una virtud moral que debía inspirar tanto a los gobernantes como a los magistrados: a los primeros en ejercicio de la justicia distributiva mediante la concesión de encomiendas, mercedes y nombramientos; a los segundos en su función de resolver los litigios y demás cuestiones propias de la justicia conmutativa*”.⁶⁶

Como prueba de ello basta una atenta mirada al método de determinación de derecho seguido por los glosadores y comentaristas —y especialmente por estos últimos—, quienes lejos de practicar una exégesis rígida y fervorosa de los anquilosados textos legales sobre los que disertaban, se preocuparon en demasía por comprender el sentido profundo de *aequitas* implícito en cada uno de los *praecepta* romanos.⁶⁷ Sumergidos en la racionalidad de su tiempo, no podían menos que aceptar que “*la primacía del derecho divino sobre todo derecho humano era general*”,⁶⁸ al punto que el vínculo entre la equidad y el

⁶⁶ ZORRAQUÍN, *Historia del Derecho...* pág. 138.

⁶⁷ “En el declinar del siglo XI, cuando todavía dominaba la concepción enciclopédica de las Etimologías de San Isidoro de Sevilla, se distinguían ya claramente en la obra de la jurisprudencia: la *interpretatio verborum* y la *cientia de moribus*, que tienen en cuenta las normas de conducta y penetra la ética <<*ethica supponitur*>>. La *interpretatio*, por su parte, a través de la *suppositio* del derecho, transportó la jurisprudencia, después que a la lógica, en cuanto ciencia del razonamiento, al terreno reservado al filósofo, constituyendo el ligamen más duradero y fecundo”. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 214.

⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 214.

derecho habría de definirse como una relación de género a especie: se trata de la misma relación “*que media entre un vaso de plata y la plata: el género aequitas estaba originariamente escondido, y sólo la elaboración jurisprudencial, repuliendo y limando, traza la especie ius, del propio modo que de la mina se extrae la plata y, después de largas operaciones, se da forma al objeto*”.⁶⁹

En el estricto terreno del tratamiento jurídico de los enajenados mentales, la reivindicación de la *justicia* como una virtud moral que debía atemperar el ejercicio de la magistratura, condujo a la elaboración de una compleja teoría filosófica sobre la cual se legitimaron las disposiciones en que se prescribía que aquellos que no se encontraban en su sano juicio no podían ser sujetos de responsabilidad: en toda la escolástica fue pacíficamente admitida su impunidad. A modo de ejemplo, en su *Summa Theologica*, y a propósito de las acciones de los locos, Santo Tomás de Aquino fue prolijo al subrayar la “*pérdida de la cualidad específicamente humana de estos actos: estando impedida la razón, atada, ya no hay libertad ni responsabilidad*”.⁷⁰

*“Es necesario que en los actos humanos haya voluntario.(...) cuando tanto el obrar como el obrar por un fin se deben a un principio intrínseco, estos movimientos y actos se llaman voluntarios; pues el término voluntario implica esto, que el movimiento y el acto se deben a la propia inclinación”.*⁷¹

“Como se dijo, para la razón de voluntario se requiere que el principio del acto sea interno, con algún conocimiento del fin. Ahora bien, hay un doble conocimiento del fin: el perfecto y el imperfecto. Hay un conocimiento perfecto del fin cuando no sólo se aprehende la cosa que es fin, sino también se concede su razón de fin y la proporción con el fin de lo que se ordena a él. Y ese conocimiento compete sólo a la naturaleza racional. En cambio, el conocimiento imperfecto del fin es el que consiste sólo en la aprehensión del fin, sin que se conozca la razón de fin y la proporción del acto con respecto al fin. Y este conocimiento del fin se encuentra en los animales irracionales mediante los sentidos y la estimación natural.

*Por consiguiente, a un conocimiento perfecto del fin sigue lo voluntario según su razón perfecta; puesto que una vez aprehendido el fin, uno puede dirigirse hacia él o no, después de deliberar acerca del fin y de las cosas que se ordenan a él. A un conocimiento imperfecto del fin, en cambio, sigue lo voluntario según una razón imperfecta, puesto que al aprehender el fin, no delibera, sino que se mueve hacia él inmediatamente. En consecuencia, sólo a la naturaleza racional compete lo voluntario según su razón perfecta, pero, según una razón imperfecta, compete también a los animales irracionales”.*⁷²

*“Y porque el bien y el mal moral se dan en un acto en cuanto que es voluntario, como se desprende de lo dicho, es claro que la ignorancia que causa involuntario, quita la razón de bien o de mal moral; pero no la que no causa involuntario”.*⁷³

Del ímpetu persuasivo de esta doctrina, que justifica su posición dominante a lo largo de la Edad Media, son importante ejemplo las *Siete Partidas*⁷⁴ del Rey

⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 220.

⁷⁰ POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 56.

⁷¹ SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología...* vol. II, parte I-II, cuestión 6ª, artículo 1º.

⁷² *Ibíd.*, artículo 2º.

⁷³ *Ibíd.*, cuestión 19ª, artículo 6º.

⁷⁴ Recuérdese que la *Siete Partidas* son el resultado de una tradición iniciada en 1241 por Fernando III “*El Santo*” —padre de Alfonso X—, quien hizo traducir el *Liber Judiciorum* romano bajo el nombre de *Fuero Juzgo*, como un mecanismo para la incorporación del derecho común en España. Por esta razón, el texto de las *Siete Partidas* “*fue sancionado y promulgado para servir de guía en la Corte y para ser aplicado por los jueces nombrados por el rey, distintos de los jueces locales que utilizaban los fueros*” (ZORRAQUÍN, *Historia del Derecho...* pág. 54).

Don Alfonso X “El Sabio” —obra cuya “belleza literaria y la profundidad de sus ideas le dieron renombre universal: fue traducido a otros idiomas e influyó en el desarrollo jurídico europeo”⁷⁵—, las cuales prescribieron un orden en el que se establece:

*“Señaladas personas son las que se pueden escusar de non recibir la pena que las leyes mandan, manger non las entiendan nin las sepan al tiempo que yerran haciendo contra ellas, asi como aquel que fuese loco de tal locura que non sabe lo que face: et maguer entendieren que alguna cosa fizo por que otro home debiese seer preso ó muerto por ello, catando como aqueste que deximos non lo face con seso, non le ponen tamaña pena como al otro que está en su sentido”.*⁷⁶

A efectos de comprender a plenitud los primeros métodos de determinación judicial del estado mental del procesado y la importancia que en ella desempeñó la noción cristiana de justicia, debe resaltarse ante todo que los juristas de la baja Edad Media fueron en general tan profundamente conscientes de la oscuridad de los textos legales como nosotros y que su método es consecuencia del intento por articular su ferviente admiración por el *Corpus Iuris*, al que se consideró “la razón escrita, el derecho por excelencia, ya hecho y concluso”,⁷⁷ con el mandato de justicia contenido en la verdad revelada por las Escrituras.⁷⁸ Más aún, debe resaltarse que “la influencia escolástica daba lugar a que la exégesis de los glosadores no se detuviera en la de textos aislados, sino que relacionara los conexos para complementar recíprocamente su sentido, ya que, además de emplear la filología y la gramática, buscaron lógicamente las causas material, eficiente, formal y final de las normas, para precisar su ratio decidendi”.⁷⁹

A mi juicio, es determinante comprender que para los juristas de este periodo, fue esencial la adecuación de la solución de cada caso concreto a la expectativa moral de justicia. De hecho, y en contra de lo que puede pensarse sobre el riguroso exegetismo de esta época, fue común “la superposición de la glosa al texto glosado, cambiando su sentido genuino”⁸⁰ para encontrar la solución más satisfactoria en cada caso particular.⁸¹ Para tal proceder, que no fue en modo alguno arbitrario ni irracional, se siguió sigilosamente la tradición

⁷⁵ ZORRAQUÍN, *Historia del Derecho...* pág. 56.

⁷⁶ REAL ACADEMIA DE HISTORIA, *Las Siete Partidas del.....* Primera Partida, Título I, Ley XXI. El aparte transcrito tiene, además, un pie de página a nota 3 sobre la palabra <<seso>>, en la cual se indica que: “nin le ponemos tan maña culpa como al otro que está en su seso. Tol.2. non le ponen tamaña culpa como á otro que esta en su sentido. Tol.3.”

⁷⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 212.

⁷⁸ Es revelador el hecho de que, pese a su admiración por el mundo latino, “la palabra abstracta *Ius* no pasara a lengua Italiana —como tampoco a las demás de la Cristiandad— sino, en su lugar, la traducción del latín medieval *directum*, participio sustantivo que designa — como repite el libro de CASARINI-SFORZA, “*Ius*” y “*directum*”— <<la cualidad que la acción de dirigir confiere al objeto al que se aplica, o sea, la cualidad de ser derecho>>. (Ibíd., pág. 218).

⁷⁹ *Ibíd.*, pág. 217.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ En la práctica, “resultó que la propia glosa se fue imponiendo al texto glosado, de tal modo que la práctica se atuvo más a la exposición sistemática de AZON, que al *Corpus Iuris*”. (Ibíd., pág. 220).

metodológica cuidadosamente elaborada por la escolástica, la que a su vez se hallaba poderosamente anclada en la valiosa herencia de reflexión filosófica proveniente de la *Tópica* aristotélica.⁸² Dado que el *Corpus Iuris* no había sido redactado para una sociedad como la de la Edad Media, y que por consiguiente no debía aplicarse como un sistema cerrado, la comprensión del sentido justo de un *praeceptum* debía emerger de una dialéctica agudamente considerada y juiciosamente llevada de la mano por las reglas que rigen la lógica del entendimiento y la razón de la que Dios ha dotado al hombre para la comprensión de su derecho. De este modo, la preocupación por la *justicia* y la *verdad histórica* introducida durante el proceso de Recepción del derecho romano abre paso en el modelo penal de la época a un método de determinación judicial de la locura que se concentra en la “*la propia configuración del hecho*”,⁸³ sin referencia alguna a la situación interna del sujeto.⁸⁴

En efecto, si bien es cierto que para el cumplimiento de sus propósitos el método inquisitivo se había apropiado de algunas técnicas de indagación provenientes de la tradición griega,⁸⁵ tales como la tortura legítimamente

⁸² No es difícil encontrar profundas similitudes entre el método dialéctico seguido por Santo Tomás de Aquino en su *Summa Theologica* (**a.** planteamiento de las diversas posturas que causan el problema, **b.** Objeciones a las diferentes posiciones frente a la solución del problema, **c.** Medios para resolver el problema, y **d.** Conclusión) y el método de los glosadores: “se reunieron en un dístico nemotécnico las ocho operaciones usuales de la exégesis, en las que van reunidas —como sigue explicando WIEACKER— las operaciones de crítica de textos (prólogo, con pormenorización y distinción entre variantes), analíticas (scindio: separar lógicamente los problemas del párrafo), casumque figuro o ejemplificación; do causas; por las cuatro aristotélicas (material, formal, eficiente y final), las llamadas brocárdicas o sintéticas, como la enunciación del problema en conjunto (promitio), la recapitulación bajo la referencia de autoridades y decisiones (summa) y la generalización, la formulación de reglas y la analogía (connoto, de la que también forma parte la colaboración de cognata y similla). Cuéntase también entre ellas la solución de las objeciones y controversias (obiicio) mediante los recursos dialécticos de las distinciones, amplificaciones y limitaciones”. (Ibíd., pág. 216).

Ahora bien, además de lo anterior, también es “muy gráfica la contraposición entre la labor de los glosadores y los comentaristas, que expresa CALASSO: <<mientras la mirada y preocupación constante y fundamental de la glosa se dirige al texto (litera), la del comentario se orienta a su contenido; la primera considera los verba, tanto en sí mismos, es decir tomados aisladamente, como en su sintaxis (en frases y construcciones gramaticales); el segundo se refiere al sensus, es decir, al significado o, como también se dice, al espíritu del texto”. (Ibíd., pág. 242).

⁸³ MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 43.

⁸⁴ ROMERO COLOMA (págs. 14 - 19) explica que durante la edad media, el concepto de prueba se relacionó con un conjunto de duelos (competencias o combates), y algunas *ordalías* como las del fuego, el hierro caliente o el agua hirviendo. Al parecer, fue el procedimiento canónico el que, al rededor del siglo XIII, hizo reemplazar las ordalías e introdujo la lógica en el juicio. En la modernidad, la búsqueda del hecho comenzó a entenderse como una operación técnica y el silogismo lógico se convirtió en el paradigma del razonamiento judicial, con lo que la prueba se empezó a asociar con el método de investigación empírica.

⁸⁵ Aunque normalmente se pasa por alto, la aplicación judicial de la *tortura* fue una institución que la Inquisición heredó del derecho griego y del romano en el proceso de *Recepción*. Al parecer, en el derecho griego “Se practicó ordinariamente la tortura, especialmente con los testigos, a quienes se sometía al tormento para averiguar la verdad. La tortura pareció primero

infligida para obtener la confesión⁸⁶ y el testimonio, no es menos cierto que la influencia del método lógico-dialéctico dominante en la determinación judicial del derecho fue decisiva para acreditar que estas técnicas no eran las apropiadas para establecer los estados de locura atribuidos al procesado. De este modo, al tenor de un modelo que concibe el proceso penal como método para el establecimiento de la verdad, la determinación judicial de la locura se apartó de los medios de prueba ordinarios y preferentes de la época, en el entendido que ni la confesión espontánea ni la provocada por la tortura eran adecuadas.⁸⁷

A diferencia de lo que ocurría con otros elementos constitutivos de la responsabilidad penal, y para cuya verificación cumplía un papel protagónico la tortura, en relación con el *estado mental* del procesado la doctrina de la época supo servirse de de la teoría del *indicium*,⁸⁸ la cual había sido ya minuciosamente estudiada por los romanos. Es claro que esta transformación del modelo de determinación judicial de la locura se vio en gran parte

reemplazar el juramento para los esclavos, que no eran dignos de testimoniar, interrogando el acusador a los esclavos del acusado bajo tormento e, incluso, ofreciéndolos el acusado para evitar toda sospecha pero alcanzó también los hombres dignos y libres” MAIER (vol. B... pág. 29). Así mismo, MAIER (Derecho Procesal, vol. b... pág. 45) explica que la tortura fue discutida intensamente por los romanos, pero no por razones humanitarias, sino en cuanto a su idoneidad para conducir a la verdad. En lo que sí fue original la Inquisición, es en la elaboración de minuciosos reglamentos y detallados protocolos para la tortura, al punto de convertirla casi en un “arte”: “La aplicación de los ‘instrumentos’ de tortura es regulada específicamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos, y se exige que la confesión bajo tormento sea ratificada sin él al día siguiente para apreciarla como válida, acto que al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia de la contrición” (MAIER, Derecho Procesal... pág. 57). No obstante lo anterior, la Inquisición reconoció que la tortura era inútil para determinar la inimputabilidad, aunque le reconoció algunas propiedades terapéuticas para curarla, en el entendido que se concebía como una enfermedad del alma (Cfr. FOUCAULT, La Historia... vol. 1).

⁸⁶ *“La confesión [Reina de las pruebas] era un fin del procedimiento —‘el precio de la victoria’— así como la sanción representaba la penitencia, y, por ende, cualquier medio útil para obtenerlo se reputaba legítimo” (MAIER, Derecho Procesal... pág. 57).*

⁸⁷ *La Partida Séptima, XXX, 2-4, de las Siete Partidas, que entraron en vigor como derecho general y supletorio de los derechos forales en 1348, por disposición de por Alfonso X “El Sabio” para el Reino de Castilla, disponía que “el tormento no podía aplicarse a los menores de catorce años, a los caballeros, ni a otras personas principales” (Ob. Cit. en ZORRAQUÍN, Historia del Derecho... pág. 149, nota 19).*

⁸⁸ *MUÑOZ SABATÉ (pág. 257) explica que en “el derecho romano clásico ambas instituciones parece que mantuvieron cierta equidistancia. La palabra *indicium* significaba propiamente denuncia, pero el término lo usaban también los romanos en sentido moderno, aunque en el lenguaje jurídico se referían los términos de *argumentum*, *signum*, que designaban la posibilidad de una convicción judicial aun sin testigos u otras pruebas directas. Paralelamente, en cambio, los romanos no conocieron con exactitud el concepto de la presunción hasta la época justiniana, que aparece interpolada en algunos textos, y la cual, no obstante, sólo se considera como un mero instrumento de técnica legislativa. Basta recordar, por ejemplo, que junto a las propiamente presunciones se estudian bajo el mismo epígrafe una serie de reglas interpretativas y ficciones. Es durante la edad media cuando se llega a una asimilación de ambos términos, debido según HEUSLER a que la palabra *praesumptio* fue usada efectivamente en lugar de la romana *indicium*, y esta asimilación se conserva hasta la época moderna”.*

favorecida por el prestigio alcanzado por el régimen de valoración legal de la prueba (*Tarifa Probatoria*),⁸⁹ en medio del cual el indicio cumplía un papel en ocasiones complementario, y en muchas otras suplementario, de los medios de prueba tradicionales. Así, por ejemplo, fue normal la exigencia de indicios de responsabilidad como presupuesto para que el *Vehmgericht* alemán pudiera llevar a cabo las cruentas torturas que hicieron famosos los *Juicios de la Santa Vehme*, y para que el *Tribunal del Santo Oficio* pudiera aplicar sus sofisticadas técnicas de tormento.⁹⁰ De hecho, la minuciosa teoría de los indicios y su valor probatorio evolucionaría tanto que para principios del siglo XVI se había convertido en uno de los principales “logros de la Carolina, intentando sistematizar en abstracto el valor apreciativo que poseía la prueba sobre un objeto indirecto, es decir, sobre un hecho distinto pero conectado al que constituía el objeto de investigación”.⁹¹

Es importante resaltar que la indagación, como método de determinación de la verdad y como práctica judicial generalizada, era al mismo tiempo el síntoma de un cambio que “no concierne tanto a los contenidos sino a las formas y condiciones de posibilidad del saber”,⁹² y la causa de una transformación permanente en los instrumentos para la definición judicial del derecho. En lo estrictamente procesal, la “idea del procedimiento como una pura investigación de los hechos (instrucción)”,⁹³ eje medular del método inquisitivo, impuso una nueva racionalidad a la cual se apegaría desde entonces y hasta nuestros días la determinación judicial de la locura. Esta racionalidad, a mi juicio, es en el fondo el producto la particular manera en que tuvo lugar el acoplamiento del método inquisitivo, y una teoría del *indicium* delicadamente atemperada por una elaborada conciencia de la justicia. Racionalidad que en el fondo impone una nueva lógica probatoria “mediante la cual la relación humano/cosa se convierte en la relación sujeto/objeto”.⁹⁴ Una lógica judicial en la que el insensato: “de sujeto procesal se convirtió en objeto de investigación y en órgano de prueba”.⁹⁵ A la sombra de esta lógica, la determinación del estado mental no se surte mediante un interrogatorio del inquisidor al procesado, sino mediante la penetración del entendimiento del inquisidor (sujeto de conocimiento) en el hecho del que se inferirá (objeto indicador), por vía de deducción, el estado del juicio del procesado (objeto indicado). En definitiva, se trata de un complejo método en el que los resultados de las pesquisas sobre el

⁸⁹ “El sistema de prueba legal se aprecia [se refiere a la Ley Carolina] por un sin número de reglas que determinan la solución fáctica del caso según los elementos existentes (condiciones positivas y negativas para afirmar o negar un hecho)” (MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 71).

⁹⁰ “Sin embargo, para aplicar tormentos al imputado era necesario contar con presunciones ciertas que condujeran a una grave sospecha o la prueba de un testigo presencial y la mala fama del reo”. (*Ibid.*, pág. 67).

⁹¹ *Ibid.*, pág. 72.

⁹² Cfr. FOUCAULT, *La Verdad y las...* pág. 72.

⁹³ MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 57.

⁹⁴ ZAFFARONI, *Derecho Penal...* §19,IV,2.

⁹⁵ MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 62.

comportamiento externo del sujeto se traducen, por excelencia, en el *hecho indicador* del estado de juicio del procesado.⁹⁶

Como prueba de la importancia que para la determinación judicial de la locura tuvo el método indiciario, puede citarse la formidable insistencia con que los juristas de la época recalcaron la importancia que tenían los cuadros de buenas y minuciosas descripciones relativas al comportamiento habitual de los *furiosi*⁹⁷ y los *mente capti*,⁹⁸ sobre las definiciones y nosologías de las enfermedades mentales. De hecho, fue tan profundamente arraigada en la doctrina jurídica la idea de que al estado mental del procesado sólo puede accederse por la vía de la presunción, y que por consiguiente “*son los actos lo que permite opinar acerca de si alguien es o no enfermo mental*”,⁹⁹ que las *Siete Partidas del Rey Don Alfonso X “El Sabio”* señalaron expresamente:

“Prueba et averiguamentos son de muchas naturas para poder probar los homes sus intenciones; et son estas, otorgamiento et conosciencia que la parte figura contra sí en juicio o fuera de juicio en la manera que desuso mostramos en las leyes que fablan en esta razon, ó testigos que dicen acordadamente el fecho, et son tales que por razón de sus personas ó de sus dichos non se pueden desechar, ó cartas fechas por mano de escribano público ó otra cualquier que deba seer creida et valedera, asi como adelante se muestra complidamente en las leyes de sus títulos: et aun hi ha otra natura de prueba á que dicen presuncion, que quiere tanto decir como grant sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamento de prueba”.¹⁰⁰

De otra parte, no obstante la lentitud y complejidad con que el derecho común de raigambre romana fue imponiéndose en Europa, a la larga se hizo posible una transformación jurídica que concedió un importante valor, antes inexistente, a la determinación de la locura en el escenario jurisdiccional. Lo que sin embargo no cambió sustancialmente fueron las formas de reacción social frente a los insensatos. Casi calcando las prácticas observadas en la baja Edad Media, aunque en un ambiente sustancialmente distinto y con otros fundamentos, la sociedad de los siglos XIII, XIV y XV siguió ejerciendo la

⁹⁶ “Sería interesante saber si no intervenían médicos en procedimientos judiciales para diagnosticar la locura y legitimar las disposiciones de incapacidad jurídica. Los estudios sobre la locura de la Edad Media, raros es cierto, no mencionan tales procedimientos” (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 65).

⁹⁷ Los términos <<furiosi>> y <<mente captus>>, profusamente utilizados en el lenguaje jurídico y vernáculo de la baja Edad Media, habían llegado a Europa en el proceso de Recepción del derecho romano imperial de la última época, pero la dificultad para su traducción y comprensión, supuso una dualidad de significados: “la que se suele atribuir a los autores franceses, que hace recaer la nota distintiva en la posibilidad de intervalos lúcidos [en el caso del *mente captus*, pues el *furiosi* carece permanentemente de razón]; y la que parece predominar en Alemania, que fija su atención en la peligrosidad derivada de la agitación” (PESET LLORCA, *Estudios Históricos...* pág. 161).

⁹⁸ “Si lo que definía el estado mental de una persona eran, ante todo, sus actos —como insistían una y otra vez lo juristas—, es evidente que lo mejor sería disponer de buenas descripciones, por ejemplo, de la conducta de un ‘furioso’; y no pretender definirlo por lo que diga un legislador, el cual, evidentemente, daba por sentado que se sabía a quien hacía referencia en sus disposiciones”. (*Ibíd.*, pág. 143).

⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 149.

¹⁰⁰ [Negrillas fuera del texto original]. REAL ACADEMIA DE HISTORIA, *Las Siete Partidas del...* Tercera Partida, Título XIV, Ley VIII.

segregación y el aislamiento como gestos comunes hacia todas las formas de enajenación mental.

La declaración de ausencia de responsabilidad no fue óbice para que el internamiento,¹⁰¹ y más prolijamente el destierro,¹⁰² se practicara consuetudinariamente respecto de estos individuos,¹⁰³ Como práctica común, los *“locos de entonces vivían una existencia errante. Las ciudades los expulsaban con gusto de su recinto; se les dejaba recorrer los campos apartados, cuando no se les podía confiar a un grupo de mercaderes o de peregrinos”*.¹⁰⁴ Al norte de Europa, usualmente luego de ser azotados, fue común deshacerse de los locos embarcándolos en *Nef des Fous*:¹⁰⁵ embarcaciones que luego inspirarían tanto la imaginación literaria del Renacimiento que llegaron casi a convertirse en personajes míticos e irreales. En toda Alemania, y especialmente en Francfort, por ejemplo, entre los siglos XIV y XV las poblaciones solían deshacerse de sus locos confiándolos a barqueros y marineros, quienes a su vez los embarcaban en navíos (*Narrenschiffe*) destinados a derivar como comunidades errantes por los ríos de Renania y los canales flamencos.¹⁰⁶

Con poca frecuencia al comienzo, pero de manera constante hacia el siglo XVI, el internamiento, que entonces no tenía por sí mismo la connotación de pena o castigo que le atribuimos en la actualidad, también fue una práctica ordinaria respecto de aquellos locos furiosos cuya libertad producía el escándalo y el miedo público,¹⁰⁷ así como en relación con aquellos que por ser oriundos de la localidad¹⁰⁸ eran destinatarios de algún afecto por parte de la comunidad.¹⁰⁹

¹⁰¹ *“Las torres de los recintos fortificados de las ciudades son, en los siglos XIV y XV, lugares de detención para locos”*. POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 65.

¹⁰² *“Los locos extranjeros, sin sostén familiar, son expulsados pura y simplemente, a veces después de haber sido azotados. El loco más desprotegido, por lo tanto, es el que queda por fuera de toda estructura de parentesco, de toda solidaridad colectiva: excluido como extranjero y como alienado, condenado al abandono y a una vida vagabunda que puede resultarle fatal”* (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 65). Sobre este particular, sin embargo, FOUCAULT precisa que en *“realidad el problema no es tan simple, pues existen sitios de concentración donde los locos, más numerosos que en otras partes, no son autóctonos”* (FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 23).

¹⁰³ *“En el discurso jurídico de la baja Edad Media, la alienación mental es, ante todo, un trastorno del comportamiento social contra el que hay que tomar provisiones”* (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 64).

¹⁰⁴ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 21.

¹⁰⁵ *“Naves de Locos”*. FOUCAULT (*La Historia...* vol. 1, pág. 21) da cuenta de cómo este personaje literario de la *“Nave de Locos”* tuvo existencia real en pleno tránsito a la época clásica.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 22.

¹⁰⁷ *“La privación de la libertad es, para los alienados de la Edad Media, una medida común y corriente, pero en situaciones bien definidas: es encarcelado el que se entrega a las vías de hecho, el furioso, el ‘mal tonto que comete excesos y desmanes’, y al que ni parientes ni vecinos pueden soportar, al menos provisionalmente”* (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 65).

¹⁰⁸ *“En Nuremberg, en el curso de los años 1377-1378 y 1381-1397, se cuentan 37 locos colocados en las prisiones, 17 de ellos extranjeros llegados a Ratisbona, Weissenburg,*

Como consecuencia de ello, *“en la mayor parte de las ciudades de Europa, ha existido durante toda la Edad Media y el Renacimiento, un lugar de detención reservado a los insensatos; así, por ejemplo, el Châtelet de Melun o la famosa Torre de los Locos de Caen; el mismo objeto tienen los innumerables Narrtürmer de Alemania, como las puertas de Lübeck o el Jungfer de Hamburgo”*.¹¹⁰

El fundamento de estas prácticas tal vez se explique como consecuencia la naturaleza que la sensibilidad social atribuía a la locura. A pesar de que gradualmente había empezado a desaparecer, al menos en los sectores cultos de la sociedad, la vinculación mágica que asociaba la locura a fuerzas oscuras, perduraría a lo largo de estos tres siglos la idea de que los locos, o al menos aquellos furiosos que viven en profundas alucinaciones y no dan muestras de sensatez, son seres inferiores condenados a vivir sumergidos en su naturaleza tosca y a no poder liberar su entendimiento. Continúa viéndose en ellos una forma de vida presa de los instintos más básicos; el predominio de una animalidad salvaje que explica la reacción jurídica de la sociedad y el Estado frente a sus faltas. Desde esta perspectiva, no resulta difícil entender cómo la impunidad de los dementes podía explicarse entonces apelando al mismo carácter y estatuto jurídico que se les concedía a los hechos de los animales. En síntesis, *“locura, en sus formas últimas, es para el clasicismo el hombre en relación inmediata con su propia animalidad, sin otra referencia y sin ningún recurso”*.¹¹¹

La mirada que de la locura ofrece Santo Tomás de Aquino es muestra ejemplar de esta extravagante síntesis de elementos mágico-religiosos y racionales: los *“amentes”*¹¹² y los *“furiosi”*, tanto aquellos en los que la razón no se ha manifestado jamás como aquellos en los que ha desaparecido, son hombres que por el desbordado ímpetu de sus pasiones han sido reducidos al *“estado de animalidad bruto”*.¹¹³ La doctrina tomista de la locura, erguida sobre el postulado cardinal de *“la unidad fundamental del compuesto humano y de su*

Bamberg, Bayreuth, Viena y Hungría. En el periodo siguiente, tal parece que, por una razón desconocida, Nuremberg haya abandonado su papel como punto de reunión, y que, por el contrario, se tenga un cuidado minucioso de rechazar a los locos que no fueran originarios de la ciudad” (FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 532, nota 30).

¹⁰⁹ *“El papel social fundamental que desempeñan en la Edad Media, tanto en el ámbito rural como en el urbano, las solidaridades basadas en el linaje, la familia ampliada o incluso clanes verdaderos, garantiza sin la menor duda, a los alienados, un mínimo de asistencia. Prueba a contrario del papel desempeñado por las solidaridades de la parentela, las ciudades y los burgos se apresuran a expulsar a los locos que no son los suyos propios”* (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 63).

¹¹⁰ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 25.

¹¹¹ *Ibíd.*, pág. 235.

¹¹² En la doctrina tomista, *“la palabra amens es mucho más fuerte que la de demente, y cundo va acompañada de la palabra furioso, recalca la imposibilidad de la relación humana”* (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 56).

¹¹³ *Ibíd.*, pág. 56.

limitación en el ser”,¹¹⁴ sostiene que cuando “la potencia de acción del hombre es utilizada en su totalidad en el acto de una facultad, sensitiva si se trata de una pasión, espiritual si se trata del ejercicio de la razón, las demás facultades sufren disminución proporcional de su fuerza”.¹¹⁵ En este orden de ideas, la escolástica tomista viene a postular que la “pérdida de la razón se nos presenta, entonces, como una especie de agotamiento de la existencia humana en la pasión”.¹¹⁶

“Como se señaló, la pasión del apetito sensitivo mueve la voluntad desde la parte en que la voluntad es movida por el objeto, es decir, en cuanto que un hombre, predispuesto por una pasión, juzga que es conveniente y bueno algo que no juzgaría así estando sin pasión. Ahora bien, un cambio de este tipo, producido en el hombre por una pasión, sucede en dos modos. Uno, cuando la razón queda totalmente atada, hasta el punto que el hombre queda sin uso de razón; por ejemplo, aquellos que llegan a ser furiosos o dementes por una ira vehemente o por concupiscencia, o por alguna perturbación corporal; pues este tipo de pasiones no se producen sin transmutación corporal. Acerca de éstos hay que argumentar como acerca de los animales irracionales, que siguen el ímpetu de la pasión necesariamente, pues en ellos no hay movimiento de la razón y, por consiguiente, tampoco de la voluntad.

Otras veces, en cambio, la razón no queda totalmente absorbida por la pasión, sino que queda la posibilidad de algún juicio libre de la razón. Y en esta medida algún movimiento de la voluntad, puesto que en la medida que la razón permanece libre y no sometida a la pasión, el movimiento de la voluntad que permanece, no tiende por necesidad a lo que sugiere la pasión. Y así, o no hay movimiento de la voluntad, sino que domina sólo la pasión, o, si hay movimiento de la voluntad, no secunda necesariamente a la pasión”.¹¹⁷

A la sombra de esta representación, la voluptuosidad, el hedonismo, la disipación, el abandono pródigo al pecado, producen la ruptura del orden natural que debe existir entre el cuerpo y la mente, de modo que “las imágenes materiales necesarias para el funcionamiento de la inteligencia en la determinación del juicio práctico se ven embrolladas por la agitación de las pasiones”.¹¹⁸ La insania será entonces abarcada como el predominio de los apetitos inferiores sobre una razón que no ha dejado de existir, sino que se encuentra atrapada por la debilidad de espíritu que en la persona del *amente* produce el abandono a los placeres terrenales.

Sólo una perspectiva semejante de la locura puede explicar satisfactoriamente el poder curativo que se atribuye a las peregrinaciones: “Innumerables son los santuarios, de prestigio las más de las veces local, a los que se lleva a los alienados”.¹¹⁹ En el paisaje lugareño, por las rutas de peregrinación, “se ven los locos, acompañados de sus parientes, y a menudos estos últimos sustituyen al enfermo que no está en posibilidad de viajar”.¹²⁰ Llegados al santuario curativo, tiene lugar para el demente una guisa de remedios religiosos, dirigidos por completo a curar su alma: “Durante su estancia, el loco hacía un novenario,

¹¹⁴ *Ibíd.*, pág. 58.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología*.... vol. II, parte I-II, cuestión 10^a, artículo 3^o.

¹¹⁸ POSTEL, *Historia de la Psiquiatría*... pág. 58.

¹¹⁹ *Ibíd.*, pág. 68.

¹²⁰ *Ibíd.*

*nueve días de diversas devociones: asistía a misas dichas para él, hacía procesión en el santuario, tocaba las reliquias de los santos o participaba en ritos menos ortodoxos: por último, abluciones, toma de agua de una fuente de virtudes milagrosas”.*¹²¹

Como se observa, se trata en realidad de un periodo histórico en el que la mirada culta de la locura, pese a tener ancladas sus raíces en un misticismo exacerbado, se encuentra cada vez más empapada del racionalismo que lentamente penetra por los poros de la cultura europea. Así, por ejemplo, se hace latente en el siglo XIII la profunda dicotomía que existe entre la visión mayoritaria de la locura, discípula de la doctrina escolástica de Santo Tomás de Aquino, y el enfoque completamente marginal que de ese mismo fenómeno tenía otro franciscano como Roger Bacon. Es curioso, por decir lo menos, que mientras la doctrina tomista consideraba *“las facultades racionales como dependientes de ningún órgano corporal ni dependientes del cerebro”*,¹²² afirmando por consiguiente que la locura sólo podría explicarse como una enfermedad del alma,¹²³ Bacon se adelantara a su tiempo con un enfoque empírico-racionalista que ya para esta época consideraba *“las enfermedades mentales como poseedoras de causas naturales”*.¹²⁴

3. El encuentro con la pericia médica.-

En el tránsito de esta evolución histórica, una agudización de la sensibilidad social de la locura conduciría a un abandono paulatino del método exclusivamente indiciario para su determinación, hacia otro principal, aunque no exclusivamente, fundado el conocimiento empírico.

Hacia principios del siglo XV, un conjunto plural de factores tanto políticos como económicos y jurídicos, desataron en Europa el movimiento conocido como el *humanismo*. La creciente importancia que había adquirido la burguesía como consecuencia de su capacidad y disposición para financiar la lucha de la monarquía por el avasallamiento feudal, aparejó un robustecimiento de una cultura laica que gradualmente absorbió la cultura de raigambre eclesiástica predominante durante toda la Edad Media. Aunque los humanistas laicos *“no tenían la intención de poner en duda los dogmas religiosos, ni siquiera la de criticar a fondo la actuación de la Iglesia de su tiempo”*,¹²⁵ lo cierto es que en su discurso *“existía una real incompatibilidad entre su manera de enfocar el mundo y la estrictamente cristiana”*.¹²⁶ Estudiadas con atención, las

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 86.

¹²³ *“Castigo del pecado, prueba infligida por Dios, sanción orgánica de un desorden moral, los trastornos psíquicos son una enfermedad del alma, una lepra moral, que pueden curar los ritos religiosos y la penitencia”* (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 67).

¹²⁴ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 86, nota al pie.

¹²⁵ TENENTI, *La Formación...* pág. 94.

¹²⁶ *Ibíd.*

manifestaciones científicas y artísticas del humanismo laico denotaban a todo lo largo del siglo XV un orden axiológico sustancialmente distanciado del ortodoxo, habida cuenta que lo *“esencial para ellos consistía en dar por fin carta de naturaleza a valores y placeres en los que la civilización urbana en particular creía firmemente: la importancia de la vida activa, la legitimidad de la reputación y los honores terrenales, la utilidad de las virtudes cívicas y políticas, el derecho a admirar la naturaleza y lo humano en sus diversas formas como valores indiscutibles y dignos de respeto”*.¹²⁷ No obstante, y contrario a lo que podría pensarse, esta dicotomía moral finalmente se resolvió mediante una *“unión armónica y efectiva entre ambas y no [a través de] una oposición entre ellas”*,¹²⁸ principalmente a causa de la incursión de un número cada vez más importante de frailes en las filas del humanismo.

Pero haciendo abstracción del entorno político-económico que rodeó el surgimiento del humanismo, sigue siendo interesante para el tema que nos ocupa el hecho de que las formas morales que caracterizaron la cultura laica eran, claramente, una síntesis de la exuberante fascinación que la burguesía de los siglos XIV y XV había desarrollado por el mundo clásico, y particularmente por las civilizaciones griega y romana. De hecho, existen elementos de juicio suficientes para atribuir esa admiración por el mundo antiguo, a la coincidente convergencia de dos sucesos históricos: me refiero a la difusión que tuvo la cultura griega tras la caída del Imperio Bizantino, por un lado, y a la asimilación definitiva de la tradición cultural romana ocurrida como corolario de la consolidación del fenómeno de la Recepción, por el otro.

Frente a lo primero, debe resaltarse que durante *“la segunda mitad del siglo XIV y las primeras décadas del XV, los intercambios de entre las ciudades italianas y el mundo bizantino tuvieron una gran intensidad”*,¹²⁹ lo cual acrecentó el conocimiento que Europa central podía tener entonces de la cultura grecolatina. La inmigración desde los Balcanes hacia Italia, las *“urgentes llamadas de socorro de los últimos soberanos de Constantinopla y los trabajos para lograr la reunificación de las iglesias romana y ortodoxa”*,¹³⁰ avivaron el furor y el resurgir de la cultura clásica en las elites económicas y políticas del resto de Europa.

En cuanto al fenómeno de la Recepción, el derecho común de tradición romana, difícilmente impulsado por la monarquía durante la última fase de la Edad Media, y en contra de toda la resistencia ejercida por los poderes locales, había logrado finalmente imponerse y, con su propagación, desatar en los humanistas laicos una profusa atracción por la cultura latina. Mas debe destacarse, como nota distintiva, que los *“humanistas, al igual que los juristas de la Edad Media y sus contemporáneos, atribuyeron un valor fundamental al*

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*, pág. 95.

¹³⁰ *Ibíd.*

patrimonio clásico, ante todo el latino; pero su campo de actividad ya no fue el derecho, sino el terreno literario en sentido amplio".¹³¹

En efecto, es destacable que en lo que hace a la sensibilidad social y jurídica de la locura, éste renacimiento de la cultura clásica haya potenciado el desarrollo de otras áreas distintas del derecho, esencialmente por cuanto ello produjo el ascenso de ciertas disciplinas que hasta entonces habían permanecido relegadas como simples *técnicas* en la jerarquía de las diferentes formas de conocimiento. Hacia el final de la Edad Media fue dominante una concepción general del saber que distinguía entre conocimiento y experimentación, entre ciencia y técnica: dada la naturaleza que se atribuía al conocimiento científico, se "*estimaba que el objeto de éste lo constituían las esencias y no los accidentes, las formas y no la materia —de la misma manera que para el cristianismo lo que contaba era el alma y no el cuerpo—*".¹³² Sin embargo, el creciente interés experimentado por los humanistas laicos en relación con la civilización clásica había logrado que disciplinas anteriormente consideradas como técnicas se elevaran de categoría con un renovado prestigio. Este fue el caso de la anatomía, y más concretamente para el tema que nos interesa, de los principios fundamentales de la medicina.

Para mediados del siglo XV la anatomía humana seguía siendo considerada como un *arte mecánico*, es decir, como una disciplina que pese a haber alcanzado un nivel de complejidad harto notable, sólo acumulaba conocimientos "*de rango inferior e indignos de ser teorizados*". Mas luego, para principios del siglo XVI y gracias a los progresos del humanismo, la situación se tornaba diametralmente diferente: "*En 1543, salía de la imprenta de Jean Oporin, en Basilea, la espléndida edición del De corpus humani fabrica, obra del flamenco Andrés Vesalio*".¹³³ En el tránsito del siglo XV al XVI, la sociedad europea acude a un momento de transformación importante para la medicina, mediante el cual dejará de ser una "*añeja doctrina libresca*"¹³⁴ que los profesores universitarios "*se negaban a experimentar personalmente mediante la práctica de la anatomía*",¹³⁵ para convertirse en una ciencia digna de extensos y complejos tratados. Fue tal el auge alcanzado por la anatomía que sus logros influyeron decisivamente en otras esferas de la cultura: principalmente, en las técnicas académicas propias de las artes plásticas. A la sazón recuérdese que desde "*mediados del siglo XIV la representación de los cuerpos alcanza a veces resultados no menos dignos de un grabado de anatomía que de una creación artística en el arte italiano, y otro tanto ocurre en el flamenco a principios del siglo XV y en el alemán a finales de la misma centuria*".¹³⁶

¹³¹ *Ibíd.*, pág. 92.

¹³² *Ibíd.* pág. 97.

¹³³ *Ibíd.*, pág. 96. Cfr. también en ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 102.

¹³⁴ TENENTI, *La Formación...* pág. 96.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*, pág. 99.

En este reverdecimiento de popularidad que saboreó la medicina desempeñó un importante papel la herencia árabe que permeó toda Europa desde diferentes fuentes: **i)** desde la península Ibérica luego de siglos de ocupación musulmana; **ii)** desde la cultura monacal que conservaba la información que por diferentes vías fue importada desde oriente durante las Cruzadas; y **iii)** desde las diferentes manifestaciones culturales que fluyeron hacia Europa al romperse el dique del imperio Bizantino en 1453. Es un hecho que gracias a esta imbricada red de circunstancias, en el siglo XVI algunos círculos laicos de la sociedad giran su atención hacia las aportaciones que al tratamiento médico de la locura habían realizado, principalmente desde el Califato de Occidente con sede en Córdoba, médicos árabes como Nestorio (que muere en el 451),¹³⁷ Razés (865-925),¹³⁸ Avicena (980-1037),¹³⁹ Avenzoar (1113-1162),¹⁴⁰ Averroes (1126-1198)¹⁴¹ o Maimónides (1135-2204).¹⁴² Personajes todos ellos quienes, gracias a la expansión del Imperio Otomano en Occidente, no sólo pudieron conocer y estudiar las obras de los clásicos grecolatinos como Hipócrates y Galeno, sino que llegaron incluso a formular revisiones a sus teorías.

A lo largo de todo este proceso, la Universidad de Salerno¹⁴³ cumplió un papel preponderante, al operar como centro catalizador de los aportes provenientes de las diferentes culturas. En lo particular, esta institución superior “—que llegó a la celebridad durante los siglos XI y XII— contribuyó a separar la medicina de la teología y a poner de nuevo en manos de los médicos no eclesiásticos la

¹³⁷ Líder de una secta religiosa conocida como los nestorianos, quienes fundaron “escuelas médicas en Edesa (Mesopotamia) y Gondischapur (Persia) y sus misioneros médicos llegaron a Salerno, estableciendo, así, contacto con la primera y más importante escuela médica de Europa” (ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 88).

¹³⁸ “En el campo de la psiquiatría, Razés fue de tanta categoría como el mejor de los médicos hipocráticos. Describió todo tipo de enfermedades —con inclusión de las mentales— con gran meticulosidad. Combinaba métodos psicológicos con las explicaciones fisiológicas de una forma que recuerda a los hipocráticos y empleó la psicoterapia de manera primitiva pero dinámica”. (Ibíd., pág. 89).

¹³⁹ “Avicena, al igual que Razés, intentó correlacionar reacciones fisiológicas con estados emocionales (...) Avicena se ocupó también de los delirios psicóticos y de su tratamiento” (Ibíd., pág. 90).

¹⁴⁰ “Avenzoar era un musulmán español y fue uno de los pocos árabes que levantó la voz contra Galeno. Los árabes, que se oponían a las sangrías, y por tanto rechazaban el empleo del bisturí, utilizaban el cauterio (instrumento destinado a destruir tejidos mediante la aplicación de sustancias calientes) como su principal herramienta quirúrgica. Se empleaba también en pacientes afectos a enfermedad mental, una práctica que Avenzoar condenó”. (Ibíd., pág. 91).

¹⁴¹ Discípulo de Avenzoar. “Averroes fu un aristotélico completo, pero llegó a un compromiso con la religión manteniendo que <<existe una doble verdad>>, una que nace de la fe y otra de <<la filosofía racional>>. Este compromiso fue importante para la psicología médica ya que estableció la pauta de que el médico podía mantener sus convicciones religiosas y continuar pensando en descubrimientos científicos”. (Ibíd.).

¹⁴² También fue discípulo de Avenzoar. Maimónides, “insistió en los aspectos de higiene mental de una vida ética, según la tradición de las enseñanzas hebraicas”. (Ibíd.).

¹⁴³ Esta institución llegó a su cenit de prestigio en el año 1240, gracias a que Federico II determinó que esta era la única universidad que podía otorgar válidamente el título de médico. Cfr. *ibíd.*, pág. 92

curación de las enfermedades físicas”.¹⁴⁴ Pero, por supuesto, para llegar allí fue necesario que los concilios de Clermont y Letrán, en el siglo XII, “prohibieran a los monjes salir de los monasterios para cuidar enfermos”¹⁴⁵ y que la medicina laica aprovechara la ausencia de sectarismos que desde su fundación caracterizó a esta universidad.¹⁴⁶ Salerno era para entonces una de las ciudades más cosmopolitas de Europa y esa condición permitió que su escuela de medicina se mantuviera tan abierta a la influencia árabe como su puerto. Como prueba de esa interculturalidad intelectual que definió a la Universidad de Salerno, existen registros en los que se da cuenta de que “Constantino el Africano (1020-1087), judío convertido al cristianismo y que se hizo monje benedictino, tradujo al latín y llevó a Salerno las versiones árabes de las enseñanzas hipocráticas”,¹⁴⁷ más concretamente la obra de Isak Ibn-Imran titulada *De Melancolía*, el trabajo de Ibn al-Jazzar titulado *Viaticum. De Oblivione*, y el *Pantegni* escrito por Ali ibn-al- Abbas, todas estas obras elaboradas en el siglo X.¹⁴⁸

Sin perjuicio de lo anterior, y dando por descontadas las causas que contribuyeron a concederle el prestigio del que disfrutó, sigue siendo interesante el hecho de que en la Universidad de Salerno, a diferencia de los monasterios en que el estudio de la locura se contraía a una suerte de doctrinas místico-religiosas, se asumió como medular el postulado de “la insistencia en la patología del sistema nervioso central, y en particular del cerebro, para explicar la enfermedad mental”,¹⁴⁹ premisas que aunque profundamente influenciadas por la cultura árabe también son producto de la renovada confianza que los intelectuales laicos despertaron por “sus propios sentidos y experiencias y no [tanto] en las palabras escritas de la autoridad”.¹⁵⁰ por ejemplo, la obra de Johann Weyer (1515 – 1588), quien “registró con gran detalle las verbalizaciones y comportamiento de los enfermos mentales”;¹⁵¹ en la de Girolamo Cardano (1501-1576), quien mostró “un nítido retrato de la personalidad psicopática (antisocial)”;¹⁵² en la de Gerolamo Mercuriale (1530-1606), quien “escribió ensayos sobre la melancolía y distinguió diversos tipos de manía”,¹⁵³ y en la de Félix Plater (1536-1614), quien “intentó clasificar todas las enfermedades, incluyendo las mentales, y acudió muchas veces a las

¹⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 85.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 92.

¹⁴⁶ Según cuenta la leyenda, la universidad de Salerno habría sido fundada por una sociedad constituida entre un judío, un árabe, un griego y un italiano, lo cual la hace no sólo multicultural, sino además libre de provincialismos. Cfr. *ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 45.

¹⁴⁹ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 92. Comentan además estos autores que, “por ejemplo, se consideraron los abscesos de los ventrículos cerebrales como agentes provocadores de psicosis y eran tratados con dieta, sangrías y drogas”.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 101.

¹⁵¹ *Ibíd.*, pág. 103.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.*

prisiones suizas para estudiar a los prisioneros afectos a trastornos psicológicos”.¹⁵⁴

Ahora bien, como consecuencia de este cambio de contexto socio-cultural, caracterizado por un viraje desde una cultura de raigambre eclesiástica hacia otra fundamentalmente laica, comienza a operar en Europa, de modo casi imperceptible, una transformación de la sensibilidad social de la locura. La “abundancia de significaciones” y la “multiplicación del sentido”¹⁵⁵ que caracterizó el tránsito hacia el siglo XVII dieron inicio a una modificación sutil, lenta y gradual, que condujo tanto a que la locura fuera tratada de una forma diferente, como a que los métodos para su diagnóstico jurídico cambiaran radicalmente. Así, mientras en la España del siglo XV la influencia de la cultura árabe —que desde el siglo VII había intentado tratar la locura como una auténtica enfermedad del alma mediante música y danza— propiciaba la construcción de los primeros hospitales especialmente destinados a los enajenados mentales, en el centro de Europa el Renacimiento de la cultura grecolatina sustituía la visión mágica que se había tenido durante toda la Edad Media, por un sincretismo de elementos axiológicos y empíricos. No sólo se abandonó la práctica de las *Nef des Fous* mediante las cuales se exiliaba a los locos durante los siglos XIV y XV para dar paso a su internamiento indiscriminado en *hospitales* y *casas de trabajo*¹⁵⁶ durante los siglos XVI, XVII y XVIII, sino que empezó a considerarse que el diagnóstico de la locura podía encontrarse estrechamente vinculado a la práctica médica.¹⁵⁷ En síntesis, la sensibilidad inherente al despertar del humanismo supuso la instauración de un modelo en el que la locura comienza a tener el carácter de enfermedad, y en el que, por consiguiente, el método indiciario parece ceder parcialmente ante el diagnóstico médico.

De ello es particularmente reveladora la obra del español Juan Luis Vives, *De anima et vita*, la cual constituye un importante estudio renacentista sobre los

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ Ambas expresiones encodilladas son utilizadas por FOUCAULT (*La Historia...* vol. 1, pág. 35) para caracterizar este momento histórico.

¹⁵⁶ En Inglaterra, un Acta de 1575 ordena la construcción de *Houses of Correction* a los que, de ahí en adelante, serían remitidos los locos junto con los vagabundos, mendigos, venéreos, pobres y criminales, y en los que recibirían idéntico tratamiento. Similar práctica tendría lugar en Alemania mediante la construcción de las *Zuchthäusern* a partir de 1620, siendo la primera de ellas en Hamburgo. Francia se iniciaría posteriormente, a partir de 1656, con la construcción del *Hôpital General* de París, aunque parece que, en realidad, el primero de ellos había sido construido en Lyon alrededor de 1616. La gran mayoría de estos centros de internamiento se caracterizarían tanto por haber sido los sustitutos naturales de los leprosarios, que abundaron durante la Edad Media (de hecho muchos leprosarios fueron directamente convertidos en estos centros de reclusión), como por tratarse de lugares en los que se pretendía corregir la flaqueza moral de los internos apelando al sometimiento a un trabajo duro que les permitiera cultivar una ética laboral ajustada a los cánones morales de la época, y que fuera contestataria de la grave crisis económica que, por efectos de las sequías y las hambrunas, azolaba a la Europa de la época clásica. En este sentido, Cf. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1. También, puede consultarse TENENTI, *La Formación del Mundo Moderno*.

¹⁵⁷ Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 196.

procesos asociativos, la salud mental y la afectividad en los individuos. En este trabajo, que es un fino ejemplo del nacimiento de la conciencia sobre la importancia de la observación, clasificación y experimentación como método de reflexión científica, se postula una riquísima teoría que explica la enfermedad mental como consecuencia de ciertos humores de sangre que emanan desde cerca del corazón hacia el cerebro, de manera que cuando son fríos “*las actividades mentales languidecen*”¹⁵⁸ —como entre los obtusos y torpes—, y por el contrario, cuando son cálidos, los ánimos se enardecen produciendo un estupor como el que padecen los insanos y furiosos.¹⁵⁹ De esta manera, y siendo consecuentes con el carácter de enfermedad que a la enajenación mental se atribuye en su obra, sostiene a continuación que al perturbado “*hay que llevarlo al hospital; investigar si la locura es natural o fue provocada por algún acontecimiento; si da esperanzas de salud o es un caso del todo desesperado; en cualquier caso, hay que tratarlo con tal tiento y delicadeza que no se le aumente ni alimente la locura; hay que darle, además, los remedios adecuados*”.¹⁶⁰

Pero es necesario observar prudencia, pues durante los siglos XV y XVI no se acude a una ruptura brusca y definitiva con la racionalidad de la Edad Media, sino a un momento de transición en el que se yuxtaponen, de manera confusa, dos perspectivas diferentes de la enajenación. A la locura como manifestación de una peligrosa animalidad, como un temible predominio de los instintos más básicos sobre el entendimiento, va a empezar a oponerse una nueva orientación que ve en la locura una enfermedad, una doctrina que casi le concede estatuto médico. A lo largo de una transición que duraría casi un siglo, estas dos representaciones de la locura se articularán en una relación inversa, de un modo particular que dejará entrever una borrosa combinación de elementos de una y otra. De esta manera, mientras la racionalidad heredada de la Edad Media seguirá determinando la respuesta social frente a la locura, los contenidos y propósitos de su tratamiento y diagnóstico jurídico cambiarán en función de una nueva lógica pseudo médica. En concreto, a pesar de que el encierro se ratifica como la práctica común frente a los perturbados mentales, la progresiva penetración de la medicina conduciría a que el internamiento del insensato no siempre tenga —aunque sí en la mayoría de las ocasiones— como exclusivo propósito su reducción para acallar los miedos y el escándalo de la comunidad, sino también el de su corrección, el de su tratamiento como condición para su curación.¹⁶¹

Con todo, el encierro no se convierte aún en el gesto exclusivo hacia la locura: perpetuando una práctica heredada de la Edad Media, el Renacimiento concederá al “demente”, al de “espíritu alienado”, la misma suerte que ofrece a

¹⁵⁸ VIVES, Juan Luis. Ob, cit por PESET LLORCA, *Estudios Históricos...* pág. 170.

¹⁵⁹ Cfr. PESET LLORCA, *Estudios Históricos...* pág. 171.

¹⁶⁰ VIVES, Juan Luis. Ob, cit por PESET LLORCA, *Estudios Históricos...* pág. 170.

¹⁶¹ Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 186.

otro tipo de miserables (mendigos, venéreos, criminales, etc.).¹⁶² Aunque nos resulte contradictorio, lo cierto es que a pesar de que el sincretismo de criterios médicos y morales que definen la locura permite ya en esta época formular algunas fronteras difusas entre la locura y las demás personalidades moralmente patológicas con las que se le suele confundir, el encierro continuará siendo una respuesta común e indiscriminada para todo este tipo de gentes. Esta extravagante manera en que se articularon, por un lado, una única forma de reacción social frente a las distintas clases de personalidades indeseables, y por el otro, la existencia de una teoría médica que podía individualizar y matizar suficientemente la locura, está dada por la división y alteridad de los centros de reclusión en que eran repartidos los insensatos: junto a los centros de internamiento a que eran reducidos los enajenados durante la baja Edad Media, y en los que eran indiscriminadamente mezclados con el lumpen de la sociedad, los siglos XV y XVI verán funcionar los primeros hospitales destinados exclusivamente para aquellos.

Sobre este particular es relevante señalar que la influencia árabe, que estimuló notoriamente la recuperación del estatus médico de la enfermedad mental, no sólo fue consecuencia de la cultura musulmana que permeó el centro de Europa desde la península Ibérica, sino que de hecho ya se hallaba latente en la cultura monacal desde las cruzadas, ejerciendo en esta época un importante ascendiente sobre los sectores humanistas del clero. Al parecer, como consecuencia de ese extenso proceso ocurrido entre los siglos XII y XIII, mediante el cual *“los Cruzados acuden a Tierra Santa a luchar contra los musulmanes y vuelven con nuevas ideas y productos orientales”*,¹⁶³ las congregaciones católicas que más contacto habían tenido con el mundo musulmán —tal como ocurrió con los Hermanos de la Merced en España¹⁶⁴— importaron a Europa la idea de instituciones especialmente dedicadas a enfermos mentales, así como algunos métodos de tratamiento y diagnóstico.¹⁶⁵ Al efecto, es un hecho que instituciones destinadas exclusivamente a los enajenados habían existido ya en Fez en el siglo VII, en Bagdad a fines del siglo XII y en el Cairo durante el siglo XIII, y que fue esa herencia árabe la que determinó el establecimiento de hospitales reservados para locos en España

¹⁶² *“Como los árabes creían que los locos tenían una cierta inspiración divina y no eran víctimas de los demonios, en general el trato hospitalario que se les prestaba era benevolente y amable”* (ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 91).

¹⁶³ *Ibíd.*, pág. 76

¹⁶⁴ Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 188.

¹⁶⁵ *“Por iniciativa de las autoridades eclesiásticas o de laicos piadosos preocupados por asegurarse la salvación (pero también ansiosos de perpetuar su memoria) se crearon instituciones de caridad, necesarias en una sociedad dominada por la pobreza. Hospitales y asilos, que se encuentran hasta en las villas más pequeñas, acogen, por un tiempo a menudo limitado, a los excluidos y, entre ellos, a los locos arrojados de su comunidad originaria. El hospital es, por encima de todo, una estructura de auxilio a los pobres: el deber de caridad justifica la fundación hospitalaria. El loco es acogido allí menos como enfermo que como pobre, como marginado”*. POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 66.

durante el siglo XV: Valencia en 1409,¹⁶⁶ Zaragoza en 1425, Sevilla en 1436, Toledo en 1483 y Valladolid en 1489,¹⁶⁷ Al mismo tiempo, y al parecer por causas similares, comienzan a aparecer a lo largo de Europa otros establecimientos de semejanza naturaleza: la *Casa di Maniaci* de Padua en 1410, el Asilo de Bérgamo, el *Narrhäuslern* de Nuremberg o el Hospital de Frankfurt en 1477.¹⁶⁸

Pero dando por descontadas las causas del origen de los primeros hospitales exclusivamente dedicados a los enajenados en Europa,¹⁶⁹ como ya he mencionado, lo realmente importante es que a esta duplicidad de instituciones de aislamiento subyace un discurso que por primera vez concede a la locura una fisonomía propia que permite matizar las diferentes causas, intensidades y tratamientos de los que es susceptible. A finales del siglo XV los galenos, ingenuamente persuadidos de la “verdad” de su ciencia, llevarán a cabo con discreto éxito su primer intento por adjudicarse la potestad de diagnosticar la locura, así como de seleccionar entre todo el universo de insensatos, aquellos para los cuales no existe, desgraciadamente, cura alguna. Mientras los establecimientos de encierro tradicionales reciben a los locos “furiosos”, “frenéticos”, “fantásticos” y “lunáticos”, que no son susceptibles de recibir a satisfacción los tratamientos conocidos, los nuevos hospitales de carácter médico se preocupan por ofrecer tratamientos a la escasa minoría de insensatos que por fortuna lograban caer entre sus paredes. En esos pocos casos en los que el diagnóstico daba esperanzas de mejoría, el “demente” podía tener la suerte de no ser directamente internado junto con los criminales, venéreos, homosexuales y vagabundos en los centros de internamiento tradicionales, ni subordinado a las arduas jornadas de trabajo como era lo ordinario en aquellos lugares, sino que podía ser sometido al tratamiento médico de la enfermedad:¹⁷⁰ “*sangría, purgas y, en ciertos casos, vejigatorios y baños*”.¹⁷¹

¹⁶⁶ “Por ser obra de misericordia y muy pía atender a los que tienen de ello necesidad, no solamente corporal, por atrofia, debilidad, falta de miembros o enfermedad, y más aún si es mental, por debilidad del juicio o discreción, por ignoscencia, locura u ordadura, ya que estos seres ni pueden ni saben subvenir a su vida aunque sen robustos y fuertes en su cuerpo, pues estan constituidos de tal ignoscencia, locura u ordadura, su libre trato origina daños, peligros y otros inconvenientes, pensando en esto, diez ciudadanos de Valencia, llamados Fernando García, Juan Armenguer, Francisco Barceló, Pedro Zaplana, Jaime Domínguez, Esteban Valenza, Sancho Calvo, Bernardo Andreu, Pedro Pedrera y Pedro de Bonia, de acuerdo los diez en atender su necesidad, quieren constituir una casa en la mencionada ciudad con tal fin, si por su Alteza el Rey les son acordados graciosamente los siguientes capítulos: ...”. Fragmento del Real Privilegio de constitución otorgado por Martín el Humano (Trad. F. Domingo Simón y J. Calatayud Bayá). Ob. cit. en LÓPEZ PIÑERO, *Medicina, Historia, Sociedad...* pág. 92.

¹⁶⁷ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 188

¹⁶⁸ *Ibid.*, pág. 189.

¹⁶⁹ En realidad, el primer lugar de reclusión exclusivamente destinado a los enajenados mentales no fue un hospital, sino una celda de reclusión, como la que se fundó en Hamburgo en 1375. Cfr. POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 66.

¹⁷⁰ Durante esta época la experiencia de la locura como enfermedad fue limitada, pues en la inmensa mayoría de los casos los médicos se declaraban incapaces de tratarla y, en

Tal vez por tratarse de un periodo de transición, en el que convergen y se entremezclan de manera aparentemente arbitraria dos tipos diferentes de racionalidad, resulta francamente difícil para nosotros poder abarcar bajo una misma lógica la conciencia que de la locura tenía el Renacimiento. Es el caso de la prodigalidad con que se difundió, particularmente entre los médicos, el interés por establecer el carácter psicológico de los pacientes a partir de sus señales fisiológicas, lo que no sólo dio lugar al auge de la quiromancia, sino que incluso anticipó lo que varios siglos después intentaría Cesare Lombroso¹⁷² al establecer “una correlación entre la predisposición al crimen y la configuración facial”.¹⁷³

Dada esta ambivalencia de características que definen la mirada que de la locura ofrece esta época, ciertamente no es sencillo para nuestra cultura comprender cómo podrían resultar coherentemente engranados los diferentes puntos de vista que coexisten: **i)** una sola forma de reacción social frente a todos los colectivos indeseables; y **ii)** un discurso que no sólo permite distinguir los locos de las demás personalidades moralmente patológicas (vagabundos, criminales, venéreos etc.), sino que incluso permite identificar las distintas formas de locura mediante sutiles diferencias, así como establecer los tratamientos curativos más apropiadas para cada uno de ellos. En definitiva, es apenas razonable que nos preguntemos por qué razón, si existía ya un andamiaje teórico que permitía distinguir la locura de las otras patologías sociales con las que había sido mezclada, que adicionalmente diferenciaba y clasificaba las formas de locura encontradas, y que incluso ofrecía alternativas de tratamiento médico para algunas de ellas, la gran mayoría de los enajenados seguía siendo objeto de la misma reacción social, o sea, de la misma forma de internamiento indiscriminado que había venido practicándose desde hacía siglos.

La respuesta a esta contradicción parece formulada en el hecho incontestable de que a partir del siglo XVI esta imbricada relación de elementos se encuentra modulada bajo dos tipos de sensibilidades diferentes: para mediados del siglo

consecuencia, los enajenados eran directamente internados en los hospitales y casas de trabajo (Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 178).

¹⁷¹ *Ibíd.*, pág. 176.

¹⁷² Como se observa, LOMBROSO no fue, ni mucho menos, el primer intelectual convencido de poder establecer el carácter de las personas a partir de su estructura anatómico-fisiológica. Antes que él, incluso en la Antigüedad, “Hipócrates creía que la forma general del cuerpo humano revelaba rasgos de personalidad. Aristóteles estudiaba el cabello, los miembros y otras partes del cuerpo para obtener impresiones caracteriológicas. Creía que la nariz era especialmente reveladora en ese sentido” (ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 112).

¹⁷³ *Ibíd.* Como la quiromancia, también se difundió ampliamente entre las élites intelectuales de la sociedad, tal vez debido a la novedad que supuso el invento del telescopio y el auge de la tesis sobre las leyes del movimiento planetario de Kepler, la astrología: disciplina a partir de la cual se pensó poder explicar algunas causas del comportamiento humano.

XVI es perfectamente perceptible una profunda ruptura entre la experiencia jurídica y la experiencia social de la locura.¹⁷⁴

En lo que hace a la experiencia jurídica de la locura, el siglo XVI seguirá haciendo perenne la idea de que *“el hombre se libera de su responsabilidad en la medida misma en que está alienado”*.¹⁷⁵ Sin embargo, apartándose de la tradición clásica, la influencia del humanismo determinará un abandono parcial del método indiciario puro para la determinación judicial de la enajenación mental, dando paso a *“una teoría jurídica de la locura, bastante elaborada para discernir, con ayuda de la medicina, sus límites y formas”*.¹⁷⁶ El ideal de la *justicia* como virtud moral que atempera el ímpetu de los tribunales, seguirá apuntalando el camino de una doctrina jurídica más fina y elaborada que para la determinación judicial de la enajenación *“parece que siempre requiere de un parte médico”*.¹⁷⁷

En la determinación judicial de la locura, para el siglo XVI y principios del siglo XVII predomina ya la opinión de que los conocimientos que de la enajenación mental podían tener los jurisconsultos *“no son, aún, más que presentimientos: sólo el médico podrá transformarlos en certidumbre”*.¹⁷⁸ Por supuesto, los métodos de diagnóstico de la locura por parte del médico son tan rudimentarios o sofisticados como el estado de las ideas lo permite: *“en la esfera de las pasiones, una tristeza continua e inmotivada denuncia la melancolía; en el dominio del cuerpo, la temperatura permite distinguir el frenesí de todas las formas apiréticas del furor; la vida del sujeto, su pasado, los juicios que han podido hacerse sobre él desde su infancia, todo ello cuidadosamente pesado puede autorizar al médico a ofrecer un juicio, y a decretar si hay enfermedad o no”*.¹⁷⁹ En lo judicial, aunque la decisión era competencia del juez, la opinión médica debía ser determinante por emitirse a instancia de una orden proferida directamente por el funcionario de conocimiento, en aquellos casos en que el examen profano del insensato permitía advertir como probable la presencia de la estulticia.

Ciertamente, esta experiencia jurídica de la locura fue desde entonces ordenada a la sombra del paradigma médico-legal; entroncada en una estructura en la que los *“poderes de decisión se remiten al juicio médico”*;¹⁸⁰ construida a merced de una racionalidad en la que el galeno, *“él y sólo él, permite distinguir al hombre normal del insensato, al criminal del alienado irresponsable”*.¹⁸¹ Sin embargo, *“la conciencia jurídica tenía la costumbre de ser más elaborada y más fina que las estructuras que deben servirla o las*

¹⁷⁴ Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 203.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 202.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 198.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 197.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 198.

¹⁸¹ *Ibíd.*

instituciones en la cuales parece realizarse".¹⁸² Por ello, el ideario que hacía imprescindible el dictamen médico habitó sólo en el terreno del debate judicial, imponiéndose en lo administrativo una perspectiva más próxima a la experiencia social de la locura.

Por lo demás, tómesese también nota del hecho que el derecho romano, sobre el cual se sentaron las bases del derecho común impuesto por la monarquía a todo lo largo de la Edad Media, no había estructurado un modelo racional de indagación criminal que contara con un recurso técnico como el *dictamen pericial*; no al menos en el sentido moderno del concepto. A la sazón, recuérdese que *"en el Derecho romano, hasta que concluyó la división entre el procedimiento in jure y el procedimiento in iudicio, no encontramos antecedentes, si podemos hablar así, de la pericia"*.¹⁸³ Y ello, como es sabido, obedeció por completo al hecho de que el procedimiento romano ordinario suponía nombrar, ya como juez del asunto, a un ciudadano perito en los temas propios del litigio. En rigor, y aun cuando pueden ofrecerse ejemplos concretos de algunos casos en que el procedimiento romano parece hacer uso de la pericia, la diferencia entre juez y perito sólo vino a aflorar con el Derecho canónico, el cual, sin embargo, careció tanto de una teoría completa y detallada sobre la pericia, como de una distinción clara entre perito y testigo.¹⁸⁴ De allí que sólo hasta la llegada del periodo que nos ocupa, no hubieran estado dadas las condiciones teórico-jurídicas necesarias para estructurar la determinación judicial de la locura sobre la base de una técnica como la prueba pericial.

Al combinarse los desarrollos que gradualmente había obtenido la doctrina jurídica desde el inicio de la Recepción, con los contenidos de la ciencia médica que había rescatado e impulsado el humanismo del Renacimiento, ciertamente se obtuvo un método de determinación judicial algo más ordenado y empírico. No obstante, estos "progresos" fueron escasamente aplicados, toda vez que se reservaron como parte de las inquisiciones realizadas en el curso de los procesos judiciales, los cuales eran sólo una mínima constelación de casos, si se los compara con la inmensa mayoría de eventos en los que el enajenado era internado sin que se le siguiera un proceso judicial para declararle demente. Y es que, dado que para el siglo XVI la sensibilidad social heredada de la baja Edad Media no había cambiado sustancialmente, la locura seguía siendo mayoritariamente percibida como un problema de seguridad y orden público. En este sentido, aun cuando habían empezado a levantarse instituciones hospitalarias que aspiraban a ofrecer a la locura un estatuto médico y un tratamiento curativo, la lógica del internamiento y el encierro que aplicaron las autoridades administrativas, no fue la propia de una relación entre enfermedad y curación, sino la de una correspondencia entre peligro y tranquilidad.

¹⁸² *Ibíd.*, pág. 202.

¹⁸³ LESSONA, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, pág. 537.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 539.

En efecto, aunque la práctica médica avanzaba en el terreno de considerar la locura como una enfermedad, y de atribuir al internamiento hospitalario objetivos de curación y no sólo de aislamiento, el imaginario colectivo continuaba viendo en ella un fenómeno peligroso que suscitaba el escándalo y el miedo, y en el encierro una forma de extraer al sujeto de la comunidad para acallar los temores y reestablecer la paz. Sin lugar a dudas, las autoridades locales respondieron mejor a esa experiencia social de la locura, profundamente enraizada en el inconsciente colectivo, que a las tendencias de avanzada que proponían una perspectiva médica de ese mismo fenómeno. Por tal razón, continuó siendo común el encierro practicado a instancias de una orden administrativa que prescindía por completo del dictamen de un galeno, y que se sustentaba en la apreciación que tenía el funcionario que ordenaba el internamiento acerca del riesgo social inmanente al perturbado.

Por lo demás, la frecuencia de este encierro administrativo es consecuente con el dato de que la gran mayoría de los enajenados fueron confinados en los centros de internamiento tradicionales, en los que no se requería un parte médico para proceder a la reclusión, y no en los hospitales reservados para enfermos mentales, los cuales exigían *“un certificado en que conste que el enfermo puede ser tratado, es decir, que no es un idiota de nacimiento, o que no es víctima de una enfermedad permanente”*.¹⁸⁵ Además, esta modalidad extrajudicial de encierro responde a una clara lógica “policiaca” que se hace palpable en el hecho de que en estas instituciones de aislamiento los enajenados se entremezclaban y confundían con todos los otros tipos de miserables que, al igual que ellos, también se consideraban peligrosos para la comunidad.

En definitiva, las formas ordinarias de reacción pública frente a la locura, los usos cotidianos frente a los enajenados, no se rigieron en realidad por los estándares judiciales que pretendían imponer las leyes derivadas del derecho común, y la exigencia del dictamen médico, sino por *“una práctica social, casi policiaca, que la capta de una manera masiva, utiliza formas de internamiento que ya están preparadas para la represión, y olvida seguir en sus sutilezas las distinciones que se reservan por y para el arbitraje judicial”*.¹⁸⁶

¹⁸⁵ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 202.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 202.

El *Malleus Malleficarum*,¹⁸⁷ redactado en 1487 por los inquisidores Johann Sprenger y Heinrich Kremer, impreso trece veces hasta 1520, y dieciséis veces más entre 1574 y 1669,¹⁸⁸ constituye sin duda la imagen paradigmática de esta sensibilidad particularmente “policiaca” de la locura. Como ninguna otra obra hasta entonces, el *Malleus Malleficarum* legitimó el poder punitivo de la Iglesia mediante un discurso que entremezcló una racionalidad prolijamente sistemática, con un conjunto de creencias mágico-religiosas que carecían por completo, como es obvio, de cualquier fundamento empírico. Este éxito editorial sin precedentes, surgido en los orígenes de la imprenta como “*primer modelo integrado de criminología y criminalística con derecho penal y procesal penal*”,¹⁸⁹ se yergue en la historia de la locura como el arquetipo de una política criminal misógina, cruel y oscura, orientada en su totalidad hacia la efectividad de los mecanismos de exterminio masivo de cualquier colectivo que se apartara de la doctrina oficial y, por supuesto, entre ellos muchos de los enajenados mentales.

Esta obra es un reflejo adecuado de la sensibilidad popular hacia la locura, cuando quiera que constituye la evidencia documental de esa conciencia que pese a su sincronía con el resurgimiento de la medicina empírico-racionalista continúa aferrada a la mirada mística de la locura que ofrecía la Edad Media. En esta obra es palpable, por ejemplo, cómo las “*mujeres psicóticas con poco control sobre la expresividad de sus fantasías sexuales y sentimientos sacrílegos fueron tomadas como ejemplos más evidentes de posesión demoníaca*”,¹⁹⁰ y como es que “*volviéndose hacia ellas la Iglesia fortaleció el ya creciente temor a los perturbados mentales*”.¹⁹¹ Y curiosamente, en un extraño esfuerzo de congruencia con el humanismo laico de su tiempo, el *Malleus* intentó una integración a los conocimientos médicos de la época, recomendando que “*sí el médico no puede encontrar una razón que explique la enfermedad mental o <<si el paciente no puede ser aliviado con drogas y más bien parece que empeoran, entonces la enfermedad está causada por el demonio>>*”.¹⁹²

¹⁸⁷ Fue traducido como *Martillo de Brujas*, debido a su particular preocupación por el exterminio de la herejía mediante la <<caza de brujas>>. Contiene una descripción sistemática y compleja de las prácticas adecuadas para indagar, perseguir, capturar y llevar a la hoguera a todas las *brujas*, lo que en realidad no fue otra cosa que una exteriorización, mediante una persecución sin precedentes contra las mujeres, de todos los sentimientos de lujuria largamente reprimidos por los clérigos durante siglos de celibato. Y es que la brujería fue, entre muchas otras cosas, el recurso utilizado por los monjes católicos para eludir la responsabilidad derivada del incumplimiento de su voto de castidad, en aquellos eventos en que eran descubiertos: ciertamente era más fácil para ellos afirmar que habían sido víctimas de brujería por parte de su concubina, que aceptar su debilidad para hacer frente a los instintos sexuales básicos.

¹⁸⁸ Cfr. ZAFFARONI, *Derecho Penal...* pág. 258, nota 27.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 94.

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.*

A pesar que el *Malleus Malleficarum* no fue, como era de esperarse, pacíficamente aceptado en los ambientes cultos y progresistas de la sociedad laica, esta obra fue capaz de estimular el ímpetu represivo y peligrosista que dirigió la reacción social generalizada hacia la locura, en la medida que todos los intentos de fiscalización a sus doctrinas fueron acallados desde la Inquisición por los sectores ultraconservadores que ocupaban las posiciones de privilegio en la jerarquía eclesiástica. Este fue el caso del médico Johann Weyer, a quien no sólo se le adjudicó el deshonoroso sobrenombre de “*Weirus Hereticus*” o “*Weirus Insanus*”, sino que incluso fue tildado de brujo y perseguido abiertamente por haberse atrevido a publicar en 1563, bajo el título *De Praestigiis Daemonum*,¹⁹³ su teoría de que las mujeres a quienes se acusaba de brujería en realidad eran enfermas mentales.¹⁹⁴ A la teoría de Weyer, manifiestamente opuesta a la doctrina demonológica dominante, le cabe el mérito de haber sido una de las primeras investigaciones empíricas y sistemáticas sobre enfermedades mentales de las que se tenga conocimiento: sin muchos seguidores en su tiempo, Weyer abordó la enfermedad mental “*mediante la cuidadosa observación de casos individuales*”, propósito para el cual viajó a Juglich y Berg con el objetivo de investigar todos los casos conocidos de brujería, acumular datos, entrevistar a las acusadas y valorar las evidencias objetivas existentes.¹⁹⁵ De este modo, siendo riguroso en la aplicación del método empírico, Weyer intentó demostrar que “*estas enfermedades cuyos orígenes se atribuyen a las brujas provienen de causas naturales*”.¹⁹⁶ No obstante, y aun cuando Weyer formuló bajo la protección del duque Guillermo de Cleves una refutación sistemática del *Malleus Malleficarum*, llegando incluso a demostrar con éxito que algunas mujeres acusadas de brujería adolecían de enfermedades mentales originadas en causas naturales, sus opiniones fueron violentamente acalladas por los sectores del clero interesados en perpetuar la cacería de brujas.

A los ojos de nuestra racionalidad resulta, por decir lo menos, incoherente, que el siglo XVI hubiera dado a luz perspectivas tan distantes e incluso contradictorias sobre un mismo fenómeno.¹⁹⁷ Sólo la profunda ruptura existente entre la sensibilidad jurídica y la sensibilidad social de la locura puede explicarnos cómo, mientras los intelectuales de Salerno llevaban a la imprenta obras que emulan los trabajos realizados durante siglos de investigación empírica, ofreciendo explicaciones fundadas en causas médicas para la enfermedad mental, el Papa Inocencio VIII, el rey Maximiliano de Roma y la Facultad de Teología de la Universidad de Colonia aprobaron el *Malleus*

¹⁹³ EHRENWALD, J. *From Medicine Man to Friend*, pág. 240, ob. cit. por ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 117, nota 14.

¹⁹⁴ Cfr. ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 118.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 116.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Durante esta época: “*Distinguir lo patológico y lo natural, de la intervención divina o diabólica es parte medular de muchas de las discusiones de los enterados*” (POSTEL, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 63).

Malleficarum como “libro de texto de la Inquisición”¹⁹⁸ y doctrina oficial,¹⁹⁹ prescribiendo “la destrucción de los disidentes, los cismáticos y los enfermos mentales, todos los cuales en su conjunto pasan a ser denominados con el término de <<brujos>>”.²⁰⁰

4. El afianzamiento de la actitud policíaca.-

Si durante los siglos XV y XVI la determinación judicial de la locura seguía estrechamente vinculada al dictamen de un galeno, en el periodo siguiente “parece que cada vez más se tendió a prescindir de este control médico que, en el siglo XVII, estaba previsto en el reglamento de ciertos hospitales, y a ‘socializar’ cada vez más el poder de decisión que debe reconocer la locura donde ésta se encuentre”.²⁰¹ La profundización en este paradigma *policíaca* del tratamiento y diagnóstico jurídico de la locura, que a primera vista pudiera calificarse como una “*involución*”,²⁰² se benefició del lento y delicado perfeccionamiento de un discurso jurídico y filosófico que, en lo sucesivo, permitiría legitimar prácticas de internamiento sin apelar necesariamente al diagnóstico médico.

Como en la Edad Media, durante el Renacimiento se perpetuó —salvo por la conciencia que como enfermedad se había elaborado en algunos círculos académicos— una sensibilidad que entendía la locura como un fenómeno que provocaba el escándalo y el miedo de la comunidad, y que por consiguiente le asignaba un rótulo como problema para la tranquilidad pública. Durante la época clásica, a esta mirada no se la sustituyó sino que se le fundamentó de nuevo mediante un discurso que ahora explicaba la locura como consecuencia de un defecto de espíritu; como causa de una *mala voluntad* que se rehúsa a permanecer amarrada al entendimiento y a los dictados de la *buena razón*: para esta sociedad es “*en la calidad de la voluntad y no en la integridad de la razón donde reside, finalmente, el secreto de la locura*”.²⁰³

En efecto, es importante relacionar el hecho de que en “*la época clásica, la razón nace en el espacio de la ética*”.²⁰⁴ En un momento de la historia en el que la razón ha ganado como nunca antes la confianza de la humanidad, y en el

¹⁹⁸ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 94.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 95.

²⁰¹ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 201.

²⁰² En estos términos se refiere FOUCAULT (*La Historia...* vol. 1, pág. 189) al proceso que, en su opinión, define el cambio en la concepción de la locura en el tránsito del siglo XVI al siglo XVII: “*Ahora bien, lo que caracteriza al siglo XVII no es que haya avanzado, con más o menos rapidez, por el camino que conduce al reconocimiento del loco, y por allí al camino científico que de él puede tomarse; por el contrario, ha empezado a distinguirlo con menos claridad; en cierto modo, le ha reabsorbido en una masa indiferenciada*”.

²⁰³ *Ibíd.*, pág. 213.

²⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 222.

que por consiguiente se afianza la creencia de que la ley divina que rige el universo físico y moral puede ser aprehendida mediante el ejercicio de la razón, la locura adquiere una clara connotación ética, en tanto que *“enseña a los hombres hasta qué grado tan próximo a la animalidad los puede conducir la caída, y al mismo tiempo, hasta dónde pudo inclinarse la complacencia divina cuando consintió en salvar a los hombres”*.²⁰⁵ La creencia en que la razón es el don que nos fue concedido por Dios para liberarnos de los instintos básicos que nos atan a la animalidad, el dogma de que la razón, por tanto, permite al hombre elevarse sobre su existencia corpórea para alcanzar un grado de espiritualidad más próxima a la divinidad, y la fe en que la liberación del espíritu humano sólo se obtiene gracias a la comprensión y el cumplimiento que de los mandatos divinos nos confiere el entendimiento, constituyen las líneas generales que dibujan la doctrina por virtud de la cual la locura sólo puede entenderse como un defecto del alma: la falta de razón elimina en el insensato la capacidad para dominar su voluntad, y le extirpa la facultad para someterla al dictado de los mandamientos de Dios nuestro señor, de manera que el demente queda a merced de su propia animalidad, y a la espera de que ante la impotencia para ganarla por sus propios medios, la misericordia divina le conceda la redención.

A este respecto, fue especialmente importante el interés que la filosofía —y en algún sentido también la literatura²⁰⁶— desarrolló por el estudio de la relación que puede existir entre la razón y la libertad, a propósito de la inquietud que suscitaba por aquel entonces la pregunta acerca de la naturaleza del vínculo existente entre el cuerpo y el alma, la cual también había sido formulada por la medicina en relación con el descubrimiento de enfermedades que denunciaban una correspondencia aparentemente causal entre las emociones humanas y la salud física (somatización).²⁰⁷ A mi entender, es significativa la deuda que la psiquiatría contemporánea tiene con algunos autores del siglo XVII, y concretamente con Baruch Spinoza (1632-1677), a quien se debe una de las primeras teorías sistemáticas y racionales orientada hacia la superación del dogma de la separación entre mente y cuerpo, arraigado en lo más hondo de la tradición cartesiana. Spinoza, quien defendió la idea básica de que *“mente y cuerpo son inseparables porque son idénticos: el organismo vivo experimenta psicológicamente sus procesos corporales como afectos, pensamientos y deseos”*,²⁰⁸ no sólo allanó el terreno sobre el cual se elabora la psicología

²⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 246.

²⁰⁶ El barroco ofrece un amplio catálogo de obras literarias que exploran con una exuberante sensibilidad, el universo de la razón y las emociones humanas. Así, por ejemplo, basta citar personajes clásicos como *el Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, *Hamlet* u *Otelo*.

²⁰⁷ Sobre ello, son ilustrativos los trabajos de William Hravey (1578-1657) sobre las reacciones corporales de las emociones psíquicas (ira, lujuria, temor, vergüenza), y los estudios de Thomas Sydenham (1624-1689) acerca de la histeria y la hipocondría, gracias a los cuales descubrió que estas dos enfermedades mentales pueden llevar a producir los síntomas de casi cualquier forma de enfermedad orgánica. Al respecto, cfr. ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 124 y ss.

²⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 128.

contemporánea,²⁰⁹ sino que de hecho inauguró una nueva corriente filosófica inclinada hacia la explicación racional de la libertad humana como producto del *amor intellectualis dei*. En la atmósfera panteísta²¹⁰ de su teoría, “el <<amor intelectual a Dios>> de Spinoza no es más que una expresión de que el hombre, mediante el razonamiento correcto y no dogmático, puede descifrar las leyes de la naturaleza y de la mente y liberarse del sometimiento a sus pasiones, logrando, así, la perfección”.²¹¹ Con el establecimiento de relaciones explicativas entre la razón y la libertad, además de superarse el vacío que el Renacimiento había cavado entre el mundo sensible y el mundo racional, Spinoza, así como todos los autores que lo sucedieron en esta línea de investigación, marcaron la senda de un nuevo horizonte de exploración filosófica y jurídica frente a los enajenados.

En efecto, durante el siglo XVII y gran parte del XVIII, la sensibilidad jurídica de la locura beberá directamente de esta representación, dando lugar a una doctrina que precisamente por articularse de un modo mucho más complejo y racional, estructuró sistemáticamente el discurso que ya desde el Renacimiento excluía a los enajenados del régimen general de las penas y los castigos. Para la estructura judicial, la locura sólo era interesante como circunstancia excluyente de responsabilidad, por lo que la preocupación en el derecho se contraía a “*distinguir con el mayor rigor posible la alienación fingida de la auténtica, puesto que no se condena a la pena que su crimen habría merecido ‘a aquel que está verdaderamente tocado de locura’*”.²¹²

“El furioso o insensato que carezca de toda voluntad no debe ser castigado, pues ya lo es bastante por su propia locura”.²¹³

Legitimado por una teoría que sustrae del perturbado mental todo vestigio de humanidad,²¹⁴ y que lo reduce a la condición de pura animalidad, el derecho del siglo XVII concedió a las acciones de los insensatos soluciones policiales más que penales, en orden a conjurar mediante medidas de internamiento el peligro y el escándalo que para la comunidad se desprende de su conducta: el “*comentario de la ordenanza penal de 1670 establece la locura como falso justificativo, cuya prueba no se admite más que después de la vista del proceso; si después de obtener información sobre la vida del acusado, se*

²⁰⁹ “Psicología y fisiología son dos aspectos de una misma cosa: el organismo vivo” (Ibíd., pág. 128).

²¹⁰ Dios, para Spinoza, “no se halla por fuera o por encima del mundo natural como algo superimpuesto al universo; Él es el universo mismo” (Ibíd). Esta concepción, que le valió su excomunión pública de la religión judía a los 27 años, es en realidad el centro de gravedad un nuevo concepto de fe que no se opone, sino que comulga con la razón.

²¹¹ Ibíd., pág. 129.

²¹² FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 216.

²¹³ Título XXVIII, art. 1. Ordenanza Criminal Francesa de 1670. Ob. cit. por FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 215, nota 6.

²¹⁴ “hasta el siglo XVII o el XVIII, no puede hablarse de tratar ‘humanamente’ la locura, pues ésta, por derecho propio, es inhumana, y forma, por así decir el otro lado de una elección que abre al hombre el libre ejercicio de su naturaleza racional”. (Ibíd., pág. 224).

*verifica el desorden de su espíritu, los jueces deciden que lo debe guardar su familia, o bien internarlo en el hospital o en un manicomio 'para ser tratado allí como los otros insensatos'".*²¹⁵

En Alemania, por su parte, tenemos que ya para 1532 el artículo 179 de la *Ley Carolina*²¹⁶ prescribía: “*Si una persona que, a causa de su juventud o de alguna otra debilidad, es notorio que no está en su sano juicio, cometiese un crimen, el asunto será remitido con todas las circunstancias a los lugares e instancias que se mencionan al final de esta ley, y será tratado o castigado según el consejo de esos y otros entendidos*”.²¹⁷ Contrario a lo que pudiera pensarse, los “entendidos” a que aludía la *Carolina* no eran los médicos de la época versados en la enfermedad de la locura, sino “*principalmente, a los órganos colegiados compuestos por juristas (Spruchkollegium), que existían en las Facultades de Derecho y en algunos tribunales superiores, y cuya función era proponer soluciones a las cuestiones jurídicas que les eran remitidas por tribunales inferiores, autoridades administrativas o particulares*”.²¹⁸ Inicialmente, es probable que aquellas corporaciones buscaran en muchos casos prevalerse de un diagnóstico médico emitido a sus instancias, mas luego, en el tránsito hacia el siglo XVII, se adquirió tal grado de elaboración en la doctrina que para la mitad de esa centuria ya podía ofrecerse una decisión sobre la imputabilidad de un sujeto apelando exclusivamente a consideraciones jurídicas.

En Inglaterra, a su vez, “*es el juez de paz el que toma la decisión de decretar el internamiento, ya se lo haya pedido la familia del sujeto, ya sea que, por si mismo, lo considere necesario para el buen orden del distrito*”.²¹⁹

En el terreno estrictamente histórico del derecho nos encontramos en un momento en el que sin cambiar sustancialmente la representación jurídica y social de la locura, y sin transformarse la reacción judicial hacia ella, opera un viraje hacia un discurso que legitima los modos tradicionales de intervención de las autoridades a partir de postulados filosóficos iusracionalistas. En efecto, el

²¹⁵ *Ibíd.*, pág. 199.

²¹⁶ A mi entender, aunque la *Peinliche Gerichtsordnung Karl V, Constitutio Criminalis Carolina* estuviera en gran parte redactada sobre las bases sentadas por la *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 y, también en parte en la *Womser Reformation* de 1498, en este punto la *Carolina* produce una ruptura profunda con el derecho germano, y da lugar a la recepción de los métodos de prueba predominantes en el derecho romano. Comentando la *Ley Carolina*, MAIER (*Derecho Procesal...* pág. 69) explica: “*En el sistema de prueba es donde surgen las principales modificaciones y donde la disciplina legal ilumina con mayor nitidez la recepción de las reformas extranjeras. El sistema germano (llamado subjetivo), ya explicado, deja paso al romano, más racional y científico, cuya meta estaba en la reconstrucción histórica objetiva de un acontecimiento que, hipotéticamente, había sucedido antes (...). La minuciosa teoría de los indicios y su valor probatorio, es otro de los logros de la Carolina, intentando sistematizar en abstracto el valor apreciativo que poseía la prueba sobre un objeto indirecto, es decir, sobre un hecho distinto pero conectado al que constituía objeto de investigación*”.

²¹⁷ MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 49.

²¹⁸ MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 50. En este mismo sentido, cfr. MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 70.

²¹⁹ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 199.

fin del monopolio que sobre el conocimiento había ejercido el clero, y que sobrevino como consecuencia de la democratización de la literatura causada por el invento de la imprenta de caracteres móviles por Johannes Gutemberg en 1450, permitió durante todo el siglo XVI el acceso de nuevos círculos académicos a los textos clásicos de derecho romano, así como al trabajo de los glosadores y comentaristas más destacados de la época.²²⁰ Entre los nuevos grupos de intelectuales que mostraron interés por la doctrina jurídica clásica se destacaron por su importancia los filólogos, quienes de inmediato advirtieron sobre los problemas interpretativos en que por su desconocimiento del latín habían incurrido los juristas de la baja Edad Media y de gran parte del Renacimiento.

Ya para el siglo XVII, la irrupción de los filólogos y eruditos había logrado desatar un movimiento académico que ponía en tela de juicio la validez de las premisas sobre las cuales se erguía la teoría jurídica, y que en gran medida fue beneficiario del espíritu liberal que ya habían allanado los humanistas laicos en el siglo anterior. Para referirse a los juristas clásicos de la escuela de los glosadores y comentaristas, fueron comunes las manifestaciones de estupor y desprecio que a los filólogos y eruditos provocaba *“el método con el cual éstos estudiaban los textos justinianos: <<antiguos de un milenio, sin ninguna preparación erudita, sin preocupación de revivir el mundo que lo había generado, recuperando el sentido de las palabras y construyendo sobre bases teóricas>>”*.²²¹ En su sentir, los juristas de la baja Edad Media y sus discípulos del renacimiento actuaban *“<<como una especie de bárbaros que profanaban el mundo clásico, y una prueba patente de su barbarie —que constituyó una de sus mayores acusaciones— era su latín desaliñado o incorrecto, indigno de aquel mundo>>”*.²²²

En las universidades esta infiltración de la filología provocó una ruptura entre quienes persistían en conservar la *tópica*²²³ y el *comentario* como el método de

²²⁰ A muy pocos años de su invención, la imprenta *“estaba capacitada para satisfacer no sólo las necesidades de las personas piadosas y el clero, sino las de todo el mundo: humanistas y juristas, geógrafos, navegantes y mineros, simples curiosos e incluso ignorantes, puesto que las imágenes podían ser ahora difundidas a gran escala y hablar los mismos analfabetos”*. TENENTI, La Formación... pág. 95.

²²¹ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 290.

²²² *Ibíd.*

²²³ *“Dentro del conjunto de esas obras lógicas, ordenadas así por los discípulos del filósofo de Estagira, nos interesan en especial, por su relevancia en el orden jurídico, los Tópicos y las Refutaciones sofísticas. La tónica pertenece al terreno de lo dialéctico, no al campo de lo apodíctico y es una técnica del pensamiento que sirve para considerar, desde distintos puntos de vista, un problema planteado que requiere una solución. (...) La tónica fue el procedimiento utilizado por los juristas romanos quienes construyeron esa obra monumental que fuera llamada “la razón escrita” a partir del análisis y de la solución de problemas concretos. Su acento siempre estuvo en el problema y nunca buscaron la perfección de un sistema jurídico (10). La misma metodología brilló en las escuelas de los romanistas medievales, como la de Búlgaro. Allí el arte de la argumentación jurídica se desenvolvía en toda su amplitud en el seno de la *questio*. En un marco de variedad y diversidad, nacido de contradicciones de las fuentes romanas, de tesis divergentes de autores recomendables, la controversia era el medio en pos*

estudio del derecho —lo cual fue propio del “*mos italicus*”, interesado en permanecer vinculado a la tradición escolástica— y los partidarios de una ruptura con la ortodoxia en pos de una teoría jurídica sistemática y racional desarrollada a partir de un método científico,²²⁴ idéntico al aplicado por la matemática, la física o la astronomía —“*mos gallicus*” —.²²⁵ En el derecho penal, y particularmente en el derecho penal alemán (al cual corresponde la tradición que alimenta nuestros ordenamientos), los efectos del éxito de la reforma luterana favorecieron especialmente la aceptación del “*mos gallicus*”, con lo cual tuvo lugar una notable expansión de la doctrina iusracionalista.

Este refinamiento general de las nociones jurídicas se caracterizó por un retorno al objeto de valoración predominante en los siglos XII y XIII (*el hecho*), el cual fue desde entonces abordado desde una perspectiva metodológica hartamente diferente. Así, si se toman como referencia las investigaciones de Samuel Pufendorf sobre la *Imputatio*²²⁶ —tal vez una de las más influyentes de su época en esta materia²²⁷—, puede constatarse cómo para la segunda mitad del siglo XVII era ya posible encarar la decisión sobre la imputabilidad desde una perspectiva rigurosa y exclusivamente jurídica.

El primer paso en ese lento y progresivo tránsito hacia la sensibilidad severamente iusracionalista que se impuso durante toda la época clásica puede encontrarse perfectamente representado en el trabajo de Benedikt Carpzov,²²⁸ quien encarnó la doctrina dominante durante la primera mitad del

de la difícil elaboración de la *solutio*. (...)La tónica pertenece al campo de lo probable, de lo verosímil, de lo creíble y constituye un método con cuyo auxilio podemos formar "toda clase de silogismos sobre todo género de cuestiones partiendo de proposiciones simplemente probables", como enseña Aristóteles" (MONTEJANO, *Prudencia, Tópica y Retórica*).

²²⁴ Al parecer, es un hecho que “sólo a partir de finales del siglo XVI puede empezar a hablarse de ciencia en el sentido moderno de este término” (TENENTI, *La Formación...* pág. 373). Sin embargo, ello no obedece a que durante este periodo se hubiera instaurado el ejercicio de la razón, sino al ímpetu de una ideología que, apartada definitivamente de la ortodoxia católica, permitió que “el movimiento de conjunto que se había apoderado de la sociedad occidental tomara conciencia de sí mismo” (TENENTI, *La Formación...* pág. 375). Esa misma desacralización de la cultura que allanó el camino para Galileo, Kepler, Newton, Descartes, Vesalio, Pascal, Spinoza, Bacon, Hobbes, Locke y muchos otros, y cuyo zumo tuvo como consecuencia uno de los siglos más brillantes en la expansión de las fronteras del conocimiento humano, produjo en el derecho un nuevo punto de partida desde el cual se fermentó gradualmente una ruptura con la escolástica.

²²⁵ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 290.

²²⁶ Me refiero concretamente a sus obras principales: *Elementorum Jurisprudentiae Universalis; De Officio Hominis et Civis*, y *De Jure Naturae et Gentium*. Por supuesto, la abstracción, profundidad y extensión de la obra de Pufendorf se halla tan ampliamente difundida, que por lo mismo sería superfluo intentar en este momento una nueva exposición de su trabajo, a cuya interpretación general bien poco podríamos aportar ya. Sin embargo, la línea de argumentación que he venido desarrollando, me obliga a formular algún comentario en torno a los alcances que, concretamente en punto a la determinación judicial de la inimputabilidad, pueden encontrarse en las aportaciones de este autor.

²²⁷ Así la consideran, por ejemplo, HRUSCHKA y MARTÍNEZ GARAY.

²²⁸ De acuerdo con MARTÍNEZ GARAY (*Aproximación Histórica...* pág. 45) y con MAIER (*Derecho Procesal...* pág. 73), Benedict Carpzov debe ser considerado el penalista alemán

siglo XVII. Profundamente influenciado por la ciencia penal italiana,²²⁹ sus primeros desarrollos sobre la *doli capacitas* constituyeron un intento plausible por solucionar sistemáticamente los problemas que hoy son típicos de imputabilidad, con la particularidad de que entonces la impunidad del comportamiento quedaba soportada en la exclusión de una culpabilidad entendida como: “la voluntad consciente o inconsciente de realizar un comportamiento contrario a Derecho”.²³⁰ Debe resaltarse no obstante que aunque la solución propuesta por Carpzov, claramente situada en medio la teoría del dolo (*dolus malus*), constituyó sin lugar a dudas una importante contribución en cuanto al estudio de los presupuestos subjetivos para la atribución jurídica de responsabilidad, en su teoría no se encuentra una especial preocupación por el método idóneo para la determinación de dichas condiciones.²³¹

Por su parte, sustancialmente distanciada de la teoría del dolo fue la solución que para los casos que hoy consideraríamos como supuestos de inimputabilidad podía encontrarse en la obra de Samuel Pufendorf. Desde su publicación en 1660 y hasta convertirse en doctrina dominante hacia el siglo XVIII, su obra —y concretamente su libro *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*— ofrece una perspectiva de la inimputabilidad que, en su pretensión de sistematicidad, se elabora por completo tomando como centro de gravedad el concepto de <<acción>>. Por supuesto, importante resulta recordar que la preocupación de Pufendorf, más allá de construir una doctrina sobre los presupuestos de la imputabilidad, era la elaboración de una *teoría general del derecho* que respondiera a los estándares de racionalidad científica, fijados en aquel entonces sobre el paradigma de los éxitos alcanzados por la matemática (Descartes) y la física (Galileo, Kepler y Newton).²³² Hasta donde alcanzo fue esa preocupación por el método científico

más importante de la época, no sólo debido al contenido de su influyente obra titulada *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalum* en 1635, sino también a que, con ella, se da inicio a “una etapa en la evolución del derecho penal alemán que recibe el nombre de Derecho penal común, y que termina con la Ilustración” (MARTÍNEZ GARAY *Aproximación Histórica...* pág. 45). En esta medida, su trabajo debe considerarse como el inicio de la ciencia alemana del derecho penal.] y Hugo Groccio, admitiéndose además que gozaron de una difundida aceptación entre los juristas de la época.

²²⁹ “El Derecho romano imperial, fruto de una organización política y de una cultura superior, no sucumbió con su mundo, sino que pervivió entre los juristas y universidades italianos y en la Iglesia, y no tardó en imponer sus ideas, mucho más desarrolladas y elaboradas. El prestigio de los juristas y universidades italianos influyeron sobre los jueces profesionales que, en gran parte, se educaron en esos centros de estudio” (MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 54).

²³⁰ MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 49.

²³¹ Cfr. MARTÍNEZ GARAY (*ibíd.*, pág. 53), quien además, conforme a esta interpretación, sostiene que en la teoría de Carpzov no existe “un concepto similar al actual de imputabilidad subjetiva”.

²³² Cfr. *ibíd.*, pág. 48. Esta misma autora parece concluir que entre Carpzov y Puffendorf, pese a ser contemporáneos, existieron profundas diferencias de método, pues mientras el primero siguió rigurosamente el método *analítico-exegético* que predominó debido a la influencia que la doctrina italiana había ejercido durante todo el proceso de la *Recepción del Derecho Romano* (siglos XV y XVI), y que hundía sus raíces en el legado heredado de los glosadores y

y esa ambición por la elaboración de un auténtico sistema jurídico-filosófico las que llevaron a Pufendorf a tomar el concepto de <<acción>> como eje medular de toda su teoría.²³³

En lo que hace al método de determinación de la imputabilidad, Pufendorf entiende que el juicio de *imputatio* sólo puede recaer sobre las *acciones humanas*,²³⁴ las cuales pertenecen al mundo de los *entia moralia*²³⁵ y, por consiguiente, no se rigen por la ley de la causalidad propia del mundo de las cosas naturales, sino por las reglas de la *impositio*, “del cual sólo son capaces los seres inteligentes, es decir, Dios y el hombre”.²³⁶ En su concepción, la existencia de las *acciones humanas*, y así mismo de la imputabilidad, presupone la posibilidad de que el movimiento corporal del sujeto esté precedido de la voluntad, y a continuación pueda ser moralmente considerado como obra suya. Para Pufendorf, la relación de orden formal que puede existir entre el movimiento corporal y la voluntad, y a la que él denomina <<imputativitas>>, es aquello “según lo cual el efecto de una acción voluntaria puede ser imputada a un agente, o puede ser considerado como pertenencia suya en una forma especial”.²³⁷ Bajo este entendimiento, la *imputativitas* se yergue no ya como el elemento que actúa como *causa libre*²³⁸ del suceso, sino como aquello que, presuponiendo la existencia de una voluntad que opere como *causa libre* del suceso, habilita en el plano de la moral su atribución al sujeto como obra suya. De esta forma, la relación que puede establecerse entre la *imputativitas* y la voluntad no es de identidad sino de implicación, en el sentido que la voluntad se configura como aquel elemento necesario, aunque

postglosadores, Pufendorf, por su parte, se habría adelantado a su época para dar inicio a la práctica del método racionalista que caracterizó el espíritu cientificista de los siglos XVII, XVIII y XIX.

²³³ Cfr. *ibíd.*, pág. 58. Es sin embargo importante aclarar que, en este momento, el concepto de <<acción>> utilizado por la doctrina está dado en su acepción prejurídica, proveniente del lenguaje común, y sin un significado diferente en el derecho del que tendría en la filosofía. Ello por cuanto, como es sabido, el concepto jurídico-penal de <<acción>>, en un sentido técnico, se debe principalmente a la influencia de Hegel en la obra de algunos penalistas del siglo XIX —Abegg fue el primero—.

²³⁴ Por principio, Pufendorf diferenciaba entre las *acciones morales* y las *acciones naturales*, asimilando estas últimas a los sucesos físicos que ocurren en la naturaleza según la ley de la causalidad. En relación con las *actio moralis*, Pufendorf entendía que estas tienen atributos morales, de modo que adquieren sentido en función del significado y los valores que el hombre o Dios les atribuye. Cfr. HRUSCHKA, *La Imputación Ordinaria...* pág. 56, nota 5.

²³⁵ El concepto de *entia moralia* se opone en Pufendorf al concepto de *entia physica*, tal como se pueden contraponer el mundo de la moral y el mundo de la naturaleza. Al respecto, Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 59, quien afirma que, según WELZEL, “la teoría de los *entia moralia* convierte a Pufendorf en el primer filósofo de la cultura” (nota 87).

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *De Jure Naturae et Gentium* Lib. 1. Cap. V, § 3. Ob. cit. en su versión original en latín y en su traducción al inglés por MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 62, nota 99. La traducción del inglés al español es mía [... *whereby the effect of a voluntary action can be imputed to an agent, or can be considered as belonging him a special way*].

²³⁸ Lo que le permite al suceso adquirir estatuto como acción libre es la voluntad, que opera como una *causa libre* del suceso.

no suficiente, para que pueda existir la *imputatio*: la voluntad es el presupuesto de la *imputativitas* y, a su vez, esta última es el presupuesto de la *imputatio*.

A mi juicio, si hay algo sobre lo que Pufendorf tiene aún mucho por decir al jurista actual, es precisamente sobre los alcances que puede tener su doctrina como catalizadora del pensamiento jurídico del siglo XVII, al haber podido aislar teóricamente la *imputativitas* —como elemento medular de la *imputatio*— de la *voluntad*. Y es que aun cuando Pufendorf no fue particularmente claro al definir el concepto de *imputativitas* en todos sus detalles y con todos sus caracteres, no puede negarse el significativo aporte que supone haber puesto en evidencia que el juicio de imputación no depende exclusivamente de la existencia de una *voluntad* que opere como *causa libre* de la acción, sino también de un elemento adicional consistente en esa relación moral²³⁹ que la *voluntad* guarda con el hecho físico (*imputativitas*).

Consecuente con los fundamentos de su teoría, Pufendorf apunta que este elemento que posibilita la atribución del suceso, esta *imputativitas*, es precisamente lo que se encuentra ausente en las acciones de los niños y de los locos, las cuales denuncian una *ignorancia* que convierte la acción en involuntaria,²⁴⁰ haciendo incluso imposible su introducción en el universo de acciones auténticamente morales. En los *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, Pufendorf se limitaba a incluir las acciones de los niños y de los “*furioso & mente morti*” dentro del conjunto de acciones involuntarias, justo al lado de los sucesos estrictamente naturales, las acciones realizadas autónomamente por nuestras funciones vegetativas o las acciones realizadas bajo coacción.²⁴¹ Posteriormente, en *De Jure Naturae et Gentium*, aclaró su posición incluyendo estos dos supuestos en el apartado destinado a la *ignorancia*, y aclarando en relación con los locos “*que sus acciones no pueden ser consideradas como humanas*”.²⁴²

La reducción del comportamiento de los menores y de los insanos al conjunto de las acciones que ni siquiera merecen ser consideradas como *humanas* en estricto sentido, tiene en Pufendorf la importante consecuencia de relevarlo de una valoración referida al estado mental del sujeto, en el entendido que su preocupación fundamental se contrae a establecer si, y en caso afirmativo con qué intensidad, la acción concreta se encontraba impregnada de *voluntad*. En estos casos, la *imputatio* consistiría entonces en un juicio esencialmente valorativo orientado a determinar la existencia o no de *imputativitas*, el cual no demanda en principio de ulteriores indagaciones sobre las condiciones internas

²³⁹ En qué consiste concretamente esta *relación moral* es lo que, en mi modesta opinión, no se encuentra claramente definido en la obra de Pufendorf y, de hecho, me atrevo a sostener que en la actualidad tampoco se encuentra satisfactoriamente determinado.

²⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 67.

²⁴¹ *Ibíd.*, pág. 68.

²⁴² La cita es de *De Officio Hominis et Civis* Lib.1 Cap I, §20. La traducción es de MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 68, quien cita (nota 125) su versión original del latín y su traducción al alemán.

del sujeto. Dicho en otras palabras, dado que desde la perspectiva de Pufendorf el comportamiento de los niños y de los *furiosi* plantea un problema de *imputativitas*, el cual es un problema objetivo que se ubica en el ámbito de las leyes de la *impositio*, y no de una dificultad de orden subjetivo que pueda ser abordado a partir de las leyes de la causalidad natural, entonces se hace innecesario el diagnóstico de un médico para la determinación judicial de la inimputabilidad, siendo suficiente contar con criterios filosóficos y jurídicos suficientes para identificar con claridad los eventos en que dicha *relación formal* entre la voluntad y la acción no existe.

Por otra parte, considero importante resaltar el hecho de que el sistema jurídico-filosófico de Samuel Pufendorf, tal como puede deducirse a partir de estos breves comentarios acabados de esbozar, explícitamente adopta como supuesto fundamental el *indeterminismo* de la voluntad humana. La idea de *libre albedrío*, de cuya fundamentación y exposición no se ocupa específicamente Pufendorf,²⁴³ se introduce en su sistema como un axioma lógico-formal de naturaleza ética, y a partir de él se construye, por el procedimiento *more geométrico*, un sistema teórico racional por medio del cual se explican los criterios morales para la atribución de responsabilidad. Dicho en otras palabras, el sistema de Pufendorf, que se encuentra integralmente articulado sobre la posibilidad de la libertad de la voluntad humana, adopta esta idea como un *axioma* fundamental, y lo ubica en el epicentro de su teoría de la *imputatio*, al señalar específicamente que “no puede imputarse a una persona aquello que ni considerado en sí mismo ni en su causa está a su alcance”.²⁴⁴ De esta manera —y es lo que concretamente quiero hacer notar a partir de esta consideración sobre la naturaleza del concepto de libertad en su teoría—, encuentro plausible el argumento de que al apoyar su sistema sobre la idea de que la libertad es el presupuesto *sine qua non* para la atribución de responsabilidad, lo que en el fondo hace Pufendorf es aprovisionarse de una base fundamentalmente ética.²⁴⁵

Durante la última década del siglo XVII este sincretismo de elementos jurídicos y éticos que se hacían tangibles en la doctrina de Pufendorf, y que son particularmente evidentes en su clásica distinción entre los *entia physica* y los *entia moralia*, será suavizado por el ascendiente que sobre algunos de sus mejores discípulos tuvieron el nominalismo radical de Thomas Hobbes²⁴⁶ y el

²⁴³ “Quizá porque ya la filosofía de la época, representada ante todo por LEIBNIZ y WOLFF, defendía el libre albedrío, los penalistas alemanes no consideraron necesaria una fundamentación de este punto de partida cuando definían en sus obras el crimen como un *actio libera* o *actio spontanea*”. (Ibíd., pág. 76).

²⁴⁴ PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, ob. cit. por HRUSCHKA, *Imputación Ordinaria y Extraordinaria...* pág. 55.

²⁴⁵ En este mismo sentido Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 77.

²⁴⁶ En su *Leviathan*, HOBBS postula con fuerza la idea de que “la expresión más genuina del poder del Estado-Leviathan es el poder de legislar, que atribuye la facultad de determinar lo justo y lo injusto, puesto que antes nada había que fuera justo ni injusto. Y esas leyes emanadas en virtud de ese poder no sólo son determinantes de lo justo y lo injusto, sino que es imposible que no sea así, porque —como dice el propio HOBBS— <<una vez convenida una

empirismo de John Locke.²⁴⁷ Es el caso de Christian Thomasius —por citar el más importante ejemplo—, quien pese a seguir a Pufendorf en la idea de que “la razón es la fuente del derecho que se remonta al mandato de Dios”,²⁴⁸ instaura una línea de pensamiento que aboga por una diferenciación profunda entre moral y derecho. Thomasius, aduciendo que las relaciones jurídicas se caracterizan por una *vis obligandi* que les es dispensada por las sanciones externas con las que se asegura el cumplimiento de sus mandatos, y del cual carece la *ley natural* a la que se llega mediante el ejercicio de la razón, dio a luz una nueva perspectiva desde la cual el derecho natural pasaba a entenderse como un régimen de buenos consejos, antes que de mandatos.²⁴⁹

Por supuesto, la doctrina alemana del siglo XVIII aún no estaba preparada para esta “degradación del derecho natural”²⁵⁰ a la que conducían las tesis de Thomasius, y por ello la síntesis que entre estas dos posturas llevó a cabo Christian Wolff fue prontamente aplaudida por sus contemporáneos. Apartándose de Thomasius, Wolff intentó restaurar la unión del derecho y la filosofía moral, pero en este caso no lo hizo mediante una casuística sistemáticamente seleccionada, clasificada y analizada, como lo había hecho Pufendorf, sino a través de la búsqueda, en el derecho natural, de los principios generales que permitieran interpretar y suplir los vacíos del derecho común positivo hasta sus últimos detalles.²⁵¹

En el tema que nos ocupa, las aportaciones de Wolff fueron decisivas para el trabajo que hacia 1743 publicó Johann Samuel Friedrich Von Böhmer bajo el título *Elementa iurisprudentiae criminalis*. En su comentario al artículo 179 de la *Constitutio Criminalis Carolina*, publicado hacia 1770 bajo el título *Meditaciones in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Böhmer se percata de “que del texto del precepto no puede desprenderse ningún contenido positivo, por lo que ha de ser completado mediante la *recta ratio*: según esta, y de acuerdo con los principios que rigen la imputación de las acciones, toda norma penal está

República», resulta que «cada particular es autor de lo que haga el soberano»; y, siendo así, «aunque los detentadores del poder soberano puedan cometer iniquidades», esa iniquidad «no es lo mismo que la injusticia en el sentido propio de la palabra, pues es imposible cometer injusticia consigo mismo» (VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 583). Todo esto resulta de la mayor importancia, como quiera que se traduce en la consecuencia de que la razón no es entonces el instrumento por medio del cual puede descubrirse lo justo y lo injusto según la ley natural, sino que la razón se transforma en aquello que “construye” lo que es justo e injusto. Dicho e otras palabras, podrá decirse entonces que la idea de lo justo o lo injusto no es anterior al hombre y al Estado (*Leviathan*) como lo postulaba el iusracionalismo, sino que es un constructo de éste.

²⁴⁷ LOCKE, al rechazar la idea cartesiana de la existencia de ideas innatas, se opuso con firmeza a posibilidad de deducir la naturaleza humana a partir de una idea abstracta, por lo que también se rehusó a admitir la existencia de principios fundamentales autoevidentes a partir de los cuales pudiera construirse un sistema jurídico-filosófico completo. De allí, su enorme diferencia con la escolástica y el iusracionalismo de Pufendorf.

²⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 627.

²⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 628.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ En este sentido, Cfr. *ibíd.*, pág. 631.

limitada en cuanto a su ámbito de aplicación por la índole de los sujetos y por el estado en que se encuentran sus facultades mentales".²⁵² La influencia de esta última etapa de evolución del iusracionalismo, y especialmente de los aportes de Wolff, fue determinante en la conciencia que adquirió Böhmer acerca de la necesidad de encontrar en la filosofía práctica un principio racional que permitiera encauzar la aplicación del derecho común positivo hacia la obtención de soluciones satisfactorias desde el punto de vista moral. En el terreno de la imputabilidad penal, la categoría de <<*doli vel culpae capacitas*>> cumplió ese cometido, en el sentido de preceptuar que sólo los sujetos capaces de dolo o culpa podían ser responsables por sus acciones, de modo tal que esta capacidad de actuar con dolo o culpa se convierte para Böhmer en el eje central alrededor del cual se elabora su teoría de la imputación.

Desde la perspectiva de Böhmer, *"no todas las acciones son objeto de las leyes criminales, sino sólo las espontáneas, y puesto que la espontaneidad no puede concebirse sin dolo o culpa, aquellos que no son capaces de actuar con dolo o culpa (qui doli vel culpa non est capax) no puede cometer un crimen"*.²⁵³ Es así como el constructo de Böhmer, casi cien años después de Pufendorf, llegaba, aunque con harto más refinamiento, a la misma conclusión: *"que las acciones nocivas de los animales, los locos y los niños no corresponden a esta disciplina"*²⁵⁴ del derecho penal, cuando quiera que al carecer de *doli vel culpae capacitas* su comportamiento no puede considerarse, en estricto sentido, una *actio spontanea* sujeta al régimen de castigo previsto en el derecho común positivo.

Frente a lo dicho, resulta sin embargo justo aclarar que, como para esta época no existe aún el concepto de <<culpabilidad>> como categoría del delito, entonces el *doli vel culpae capacitas* de Böhmer debe interpretarse como un elemento que enfrenta una relación negativa o de exclusión respecto de la acción humana en estricto sentido:²⁵⁵ *"no es que la capacidad de dolo o culpa sea presupuesto o elemento de la culpabilidad, sino que la capacidad de dolo es presupuesto del dolo"*,²⁵⁶ el que a su vez es presupuesto de la *actio spontanea* que se encuentra sujeta al régimen de responsabilidad penal.

²⁵² MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 80.

²⁵³ *Ibíd.*, pág. 78.

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ Analizando a Böhmer, MARTÍNEZ GARAY anota lo siguiente: *"Cabría distinguir, en definitiva, la cuestión de si la persona es apta para ser sujeto del juicio de imputación, de la cuestión acerca de la efectiva imputación del hecho. Sin embargo, BÖHMER no da en realidad este paso. La separación que parece establecer entre las formas de imputación (dolo y culpa) y el presupuesto previo a toda imputación no es mantenida después, lo que se comprueba si se tiene en cuenta que los presupuestos de la comisión de un delito por niños y enajenados, que en principio podría dar lugar ya a la ausencia de acción humana, vuelven a ser tratados después como formando parte del grupo de causas de exclusión de la doli vel culpae capacitas"*. (*Ibíd.*)

²⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 79.

Así mismo, en la tabla de matices hacia el estado actual de la cuestión no existe en la doctrina iusracionalista imperante en el periodo comprendido entre la segunda mitad del siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII un concepto de <<imputación>> “*equivalente a imputabilidad en sentido subjetivo*”.²⁵⁷ Tal como lo entiendo, es importante no dejarnos llamar a error sobre la naturaleza de esta doctrina, pues a pesar del importante papel que cumple la voluntad en el engranaje de la teoría de la imputación, la preocupación inmediata de Pufendorf, Thomasius, Wolff, y Böhmer, es la de establecer las condiciones que debe reunir una *acción* para que pueda serle imputada a un sujeto, y no las características que debe reunir un sujeto para que un suceso pueda serle imputado como obra suya.²⁵⁸ En este sentido, el problema que se plantea para la imputabilidad sería el de establecer si la concreta acción fue voluntariamente producida, y no como parece serlo hoy, el de si el sujeto es o no capaz de formarse una voluntad libre y consciente.²⁵⁹ Desde esta perspectiva, parece difícil no percatarse de la ausencia, en este momento, de una distinción suficientemente clara entre *capacidad de acción* y *capacidad de imputación*.

A mi juicio, la elaboración de esta teoría jurídica, arraigadamente sistemática, más fina en sus postulados y mucho más aguda en sus conclusiones, no sólo permitió prescindir del dictamen médico de la locura, sino que estimuló el tratamiento estrictamente policíaco que deberían recibir los enajenados. En el fondo, la doctrina del siglo XVII, vigente hasta mediados del siglo XVIII, afianzó una representación jurídica de la locura que, a la par que intentaba fundamentar racionalmente la impunidad de los enajenados, convivía con un peligrismo que legitimaba su internamiento.

²⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 70.

²⁵⁸ En este mismo sentido Cfr. *ibíd.* Esta autora, además, aclara que la dificultad para comprender esta sutil distinción en la doctrina de habla hispana, obedece al hecho de que carecemos, a diferencia de la doctrina alemana, de un vocabulario técnico que nos permita distinguir con claridad las ideas a que se refieren los conceptos de imputación objetiva e imputación subjetiva: “*El lenguaje alemán, por el contrario, sí dispone de dos términos diferentes, ambos derivados de la palabra ‘Zurechnung’ que significa ‘imputación’: el término ‘Zurechenbarkeit’ tiene un significado objetivo, es decir, se refiere a la posibilidad de imputar la acción, mientras que las cualidades que necesariamente ha de poseer un sujeto para que ésta le pueda ser imputada, es decir, la imputabilidad subjetiva, se designa con el término ‘Zurechnungsfähigkeit’, cuya traducción literal sería ‘capacidad de imputación’*” (pág. 39). Más adelante, y valiéndose de esta aclaración semántica, ella misma explica que “*el término imputativitas no es equivalente a ‘Zurechnungsfähigkeit’, sino a ‘Zurechenbarkeit’*” (pág. 70). No obstante, me parece importante aclarar que, en todo caso, el mismo Pufendorf no habría sido entonces consciente de esta distinción a que se refiere la autora, por lo que no puedo más que dejar constancia de esta circunstancia, en el propósito de dar mayores elementos de juicio sobre la su teoría de la imputabilidad.

²⁵⁹ Es en este punto en el que considero que la doctrina del siglo XVII supone un retorno al objeto de estudio la Edad Media, abordado ahora desde una perspectiva metodológica diferente. Y es que nótese que, en este caso, la *acción* sustituye al *sujeto* como objeto de diagnóstico en el juicio de inimputabilidad. De esta manera, la diferencia entre Carpzov y Pufendorf no es sólo de método, sino también de objeto, pues el hecho de que el primero ubique la solución de los problemas que hoy entendemos como propios de la inimputabilidad en sede de dolo, denuncia que, a diferencia de Pufendorf, toma como objeto de estudio al sujeto y no a su acción.

En efecto, las formas judiciales vigentes durante todo este periodo para la determinación del derecho, y por consiguiente para la determinación judicial de la inimputabilidad, fueron determinadas por el predominio del “*método de confrontación de opiniones instaurado por los comentaristas y seguido en los concilia*”.²⁶⁰ En los estrados judiciales fue constante la tendencia a admitir como verdaderos los veredictos fundados estrictamente en criterios de autoridad, por lo que era normal apelar a las opiniones de los autores más reputados en el tema sobre el que versaba la controversia. Para tales propósitos, los tribunales hacían constantemente uso del artículo 219 de la *Constitutio Criminalis Carolina*, el cual les ordenaba respecto de aquellos casos de inusitada complejidad remitirse “*a la más cercana escuela superior o a otra que entiende en derecho*”, para que las opiniones de los colegios de doctores en la ley (*Spruchfakultaten*) sirvieran como consejo (*rath*) o incluso como veredicto definitivo.²⁶¹

En Francia, por su parte, tal vez por encontrarse prevalidos de una doctrina mucho más sofisticada y sólidamente sistematizada, durante el siglo XVII es “*muy raro ver a los magistrados recurrir a un parte médico*”,²⁶² incluso a pesar de la existencia de Ordenanzas que prescribían ya desde 1603 la obligación de nombrar “*en todas las buenas ciudades del reino dos personas del arte de la medicina y la cirugía, de la mejor reputación, probidad y experiencia, para hacer las visitas y los informes en justicia*”.²⁶³

Ahora bien, adicional a todo lo anterior es importante resaltar que aun cuando en la época clásica persiste la ruptura entre la experiencia social y la experiencia jurídica de la locura, y que por consiguiente subsiste una dualidad de instituciones y tratamientos (hospitalario y correccional), lo cierto es que durante este periodo únicamente tuvo lugar el afianzamiento de la actitud “*policíaca*”²⁶⁴ que las autoridades habían fomentado ya desde la Edad Media hacia este tipo de personalidades. De manera progresiva, los hechos delictivos

²⁶⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 717.

²⁶¹ Cfr. *ibíd.*, pág. 711 y ss.

²⁶² FOUCAULT (*La Historia...* vol. 1, pág. 199).

²⁶³ Ordenanza de 1603, al parecer británica, citada en FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, primera parte, cap. IV, nota 49.

²⁶⁴ El concepto de <<policiá>>, en este punto, lo entiendo igual que FOUCAULT, esto es, como sinónimo de *vigilancia*, de *aseguramiento*, de *control* y de *represión*. A este respecto, es muy sugerente la tesis que ofrece FOUCAULT cuando expone, a propósito del papel de la psiquiatría moderna: “*Es finalmente la noción de peligro la que fue introducida en ese momento, teorizada por la psiquiatría y la criminología del siglo XIX —y que hoy podemos encontrar en la legislación soviética—. Esta puede decir: Decís que encerramos a un enfermo en la cárcel (o a un preso en el hospital), ¡en absoluto! Se encierra a alguien peligroso. Han llegado a codificar como delito el hecho de ser percibido como peligroso. Aquí todavía no hemos llegado a esto... Pero en la práctica inglesa, americana, italiana, alemana y francesa de la psiquiatría y del Derecho Penal, vemos que la noción de <<peligro>> es aún el hilo maestro. Y tanto la policía como la psiquiatría son instituciones destinadas a reaccionar frente al peligro*” (*Un Diálogo ...* pág. 99).

cometidos por enajenados fueron acentuando su carácter como un problema de orden público que no hacía parte del objeto de estudio del derecho penal, tal como era, entre otras cosas, abiertamente admitido y explicado por las doctrinas jurídicas dominantes. Por lo demás, esta renuencia de autores como Pufendorf y Böhmer a integrar en su objeto de estudio los hechos criminales cometidos por los dementes, y esta proclividad a adscribirlos a los asuntos de competencia de las autoridades administrativas encargadas de restablecer la seguridad pública, fue consecuente con el dato de que en la gran mayoría de los casos se adoptaron modelos normativos en los que los funcionarios de policía locales, podían ordenar el internamiento de un demente mediante una decisión administrativa que casi en lo absoluto requería de un dictamen médico previo que convalidara el estado mental del procesado.²⁶⁵

En Francia, por ejemplo, a través de las *lettre-de-cachet* se ratificó una práctica por virtud de la cual los familiares del enajenado solicitaban al intendente del rey una orden especial para su reclusión, sin que para la expedición de aquella fuera necesario obtener un certificado médico en el que se diagnosticara la enfermedad mental.²⁶⁶ Recibida la solicitud por el funcionario, “*éste llevaba a cabo una indagación para saber si el pedido estaba o no justificado y si el resultado era positivo, escribía al ministro del gabinete real encargado de la materia solicitándole una lettre-de-cachet*”.²⁶⁷ En el curso de la indagación, “*es la familia, la vecindad o el cura de la parroquia, quienes son invitados a prestar testimonio*”,²⁶⁸ y aun cuando algunos pocos casos las solicitudes van acompañadas de un dictamen médico, lo cierto es que en el curso de la investigación no es indispensable consultar la opinión de un galeno.

El procedimiento de la *lettre-de-cachet* es un ejemplo palpable de la manera que, en el tránsito del siglo XVI al XVII, tuvo lugar un relajamiento de los mecanismos que impedían el internamiento injusto e innecesario, así como el aumento de la espontaneidad e informalidad en los procedimientos para el internamiento de los enajenados: dado que el comportamiento de los dementes

²⁶⁵ Según las investigaciones de FOUCAULT (*La Historia...* vol. 1, pág. 200), los métodos de internamiento cambiaron sustancialmente hacia el final del siglo XVII: “*en marzo de 1667 se crea el cargo de teniente de policía; muchos internamientos (en su mayor parte en París), se harán a petición suya, con la única condición de que sea contrafirmada por un ministro. A partir de 1692, el procedimiento más frecuente es, sin duda, la carta del rey. La familia o los interesados, hacen la demanda al rey, quien accede y la entrega después de ser firmada por un ministro. Algunas de esas demandas van acompañadas de certificados médicos. Pero esos casos son los menos, De ordinario, es la familia, la vecindad o el cura de la parroquia quienes son invitados a rendir testimonio*”.

²⁶⁶ Mediante la *lettre-de-cachet*, “*el internamiento ha sido puesto por la monarquía absoluta a discreción de la familia burguesa*”. (*Ibíd.*, pág. 145). En la mayoría de los casos fue la vergüenza, el afán de evitar el escándalo, lo que llevó a las familias burguesas a pedir el internamiento del insensato, aduciendo en tales casos un supuesto derecho a la defensa del honor: “*Bien entrado el siglo XVIII, Maeshherbes defenderá el confinamiento como un derecho de las familias que quieren escapar del deshonor*”. (*Ibíd.*, pág. 227).

²⁶⁷ FOUCAULT, *La Verdad y....* pág. 108.

²⁶⁸ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 200.

no era jurídicamente considerado como una *acción humana* en estricto sentido, y dado que, como consecuencia de lo anterior, todos los enajenados eran declarados inimputables cuyos comportamientos se localizan tras las murallas del derecho penal positivo, entonces la conveniencia de su internamiento podía juzgarse por procedimientos distintos de los dispuestos para causas criminales, y así mismo su reclusión se convirtió en un asunto de la competencia administrativa de los funcionarios de policía local.

Por lo demás, la manera en que se articularon la teoría jurídica de la imputabilidad y esta sensibilidad policíaca de la locura es consecuente con el dato de que la reclusión de los insensatos no tenía entonces la connotación de pena. En un sentido absolutamente general, el concepto de pena imperante durante el siglo XVII y la primera mitad del XVIII contenía necesariamente implícito un importante componente de sufrimiento y dolor físico: como penas, en rigor, sólo podemos incluir *“la muerte, el tormento con reserva de pruebas, las galeras por un tiempo determinado, el látigo, la retractación pública, el destierro”*²⁶⁹ y, en general, cualquier procedimiento de castigo corporal capaz de producir padecimiento.²⁷⁰ El encierro, el confinamiento, el arresto, la prisión, o como quiera llamársele a ese tipo concreto de reacción jurídica consistente en tomar al infractor y extraerlo de la sociedad para mantenerle privado de la libertad, es un instrumento que en este periodo no responde a la lógica del castigo y la expiación, sino al de la vigilancia y la corrección. El encierro de la época clásica, a diferencia del que se practicó durante la Edad Media y el Renacimiento, obedece a la instauración de un movimiento correccionalista, fundado sobre *“la idea de una penalidad que no tiene por función el responder a una infracción sino corregir el comportamiento de los individuos, sus actitudes, sus disposiciones, el peligro que significa su conducta”*.²⁷¹ Terminado el siglo XVI, el encierro ya no se practicará sólo como mecanismo para el aislamiento de sujetos peligrosos de cara a restaurar la paz pública; desde ahora, el propósito de encausar el comportamiento de los reclusos entrará a hacer parte de los objetivos que justifican la existencia de las correccionales.

Pero debe tenerse en cuenta que la fisonomía del encierro en la época clásica, aun cuando pueda ser exteriormente semejante al que fue instaurado por el positivismo criminológico del siglo XIX, es sustancialmente diferente. Para comprenderlo es importante tomar en cuenta que en la Europa de este periodo el internamiento del demente, como el de los demás tipos de personalidades reprobables (mendigos, criminales, venéreos, homosexuales, etc.), es *“una de las respuestas dadas por el siglo XVII a una crisis económica que afecta al*

²⁶⁹ Ordenanza Penal francesa de 1670, ob. cit. por FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*, pág. 38.

²⁷⁰ *“Ahora bien, gran parte de las penas no corporales iban acompañadas a título accesorio de penas que llevaban en sí una dimensión de suplicio: exposición, picota, cepo, látigo, marca; eran la regla en todas las sentencias a galeras o a lo que era su equivalente para las mujeres —reclusión en el hospital—; el destierro iba con frecuencia precedido por la exposición y la marca; la multa en ocasiones iba acompañada del látigo”*. FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*, pág. 39.

²⁷¹ FOUCAULT, *La Verdad y...* pág. 111.

mundo occidental en conjunto: descenso de salarios, desempleo, escasez de la moneda”.²⁷² A mi juicio, es convincente la idea de que la doctrina de la *imputatio*, tan delicadamente sistematizada por Pufendorf, y enriquecida por las aportaciones de Thomasius, Wolff y Böhmer, no sólo es la consecuencia lógica y natural de la sensibilidad social predominante hacia la locura, sino que de hecho, y en el fondo, constituye un soberbio discurso jurídico elaborado para legitimar una solución particular que la sociedad europea de los siglos XVII y XVIII encontraba satisfactorio aplicar para dar respuesta a un problema de orden público concreto: el tratamiento de los enajenados mentales.

En efecto, el tifus y la viruela —entre otras muchas pestes—, que asolaron Europa en el tránsito del siglo XVI al siglo XVII, produjeron un diezmo demográfico²⁷³ que sumado a la pérdida de las cosechas en Italia y Alemania por causa de las malas condiciones meteorológicas sufridas entre 1594 y 1597,²⁷⁴ llevaron al continente a una crisis económica de significativas proporciones. A ello ha de adicionarse el dato de que casi simultáneamente a la aparición de la crisis, la burguesía dominante se afianzaba en el establecimiento de un *espíritu capitalista*²⁷⁵ que, según algunos autores, fue no sólo potenciado, sino incluso producido, a causa de los nuevos estatutos morales imperantes a partir del triunfo de la Reforma protestante.²⁷⁶ En cualquier caso, lo cierto es que la conciencia social, política y jurídica del siglo XVII, fue importantemente influenciada por el reflujo de una crisis que amenazaba arruinar los capitales de la clase burguesa, y para cuya superación se fue imponiendo tenuemente una nueva ética fundada sobre la revalorización moral del trabajo y la austeridad en el gasto.

La escasez, la carestía y el hambre, que dominaron el panorama económico de la Europa de principios del siglo XVII, muy pronto hicieron sustituir la economía de la caridad que había imperado durante gran parte de la Edad Media, por una serie de políticas contra el pauperismo y el vagabundeo que pasaban “*de la limosna arbitrariamente repartida, a una organizada que al mismo tiempo*

²⁷² FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 25

²⁷³ “*En el siglo XVI, como más tarde en el XVII, muchas aglomeraciones fueron diezradas por epidemias: Venecia perdió casi el 30 por 100 de su población entre 1575 y 1576, Santander el 80 por 100 en 1599, Mantua el 70 por 100 en 1630, Nápoles y Génova alrededor del 50 por 100 en 1630*” (TENENTI, *La Formación...* pág. 242).

²⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 242.

²⁷⁵ “*El <<tipo ideal>> de empresario capitalista, encarnado en algunos nobles ejemplares, nada tiene que ver con ese tipo vulgar o afinado de ricachón. Aquél, aborrece la ostentación, el lujo inútil y el goce consciente de su poder; le repugna aceptar los signos externos del respeto social de que disfruta, porque le son incómodos. Su comportamiento presenta más bien rasgos ascéticos (habemos de insistir repetidamente en la significación histórica de este fenómeno tan importante para nosotros) como lo exige el <<sermón>> antes citado de Franklin. Y sobre todo, no es raro, sino muy frecuente, hallar en él un grado de modestia mucho más sincera que la reserva tan prudentemente recomendada por Benjamín Franklin. <<Nada>> de su riqueza lo tiene para su persona, sólo posee el sentimiento irracional de <<cumplir bienamente su profesión>>*” (WEBER, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, pág. 71).

²⁷⁶ En este sentido, cfr. *ibíd.*

serviera de control".²⁷⁷ Se trató de un paquete de medidas que además de responder a la particular coyuntura económica de la época, socialmente "no tardaron en actuar como elementos de cribado y aun de discriminación",²⁷⁸ con lo cual tuvo lugar una transformación profunda de la mirada que hasta ahora se había tenido de la locura.

La revalorización de la *ética del trabajo y de la austeridad* que se impuso, tanto en respuesta a una crisis económica de significativas dimensiones como a consecuencia del predominio ideológico del protestantismo, desataron en gran parte de Europa una visión moralizante que emparenta la enfermedad mental con otros "desordenes del espíritu"²⁷⁹ como el vagabundeo, el pillaje o la homosexualidad; una mirada de la locura que la asimila (si bien no en su naturaleza, al menos sí en su tratamiento) a otros colectivos sociales identificados por su relajamiento de las virtudes morales, y concretamente por su desidia frente al trabajo. Como consecuencia de esta nueva perspectiva, que sosegó los intentos del humanismo laico por imponer la representación que concibe la locura como una enfermedad causada por morbilidades del cerebro, y que por consiguiente encuentra en el internamiento hospitalario la oportunidad para poner en práctica procedimientos terapéuticos, en la época clásica se manifiesta una racionalidad que obedece a una lógica de la vigilancia mediante el encierro y del correccionalismo mediante el trabajo.

La subutilizada infraestructura de los antiguos leprosarios,²⁸⁰ fue aprovechada durante todo el siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII para la instauración de centros correccionales a lo largo de toda Europa: las *Houses of Correction* de Worcester, Norwich y Bristol, fundadas como consecuencia del Acta de 1575 en la que Isabel I de Inglaterra ordena su creación para el castigo de los vagabundos;²⁸¹ el Hôpital General de Lyon hacia 1616 y el Hôpital General de París en 1656; las *Zuchthäusern* de Hamburgo hacia 1626, la de Basilea en 1667, la de Breslau en 1668, la de Frankfurt en 1684, la de Spandau en 1684 y la de Königsberg en 1691.²⁸²

En estos centros correccionales los dementes seguirán siendo hasta principios del siglo XIX internados y mezclados indiscriminadamente con todo tipo de personalidades indeseables; sin embargo —debo insistir en ello—, la finalidad del confinamiento del enajenado ya no se contrae sólo a los propósitos del

²⁷⁷ TENENTI, *La Formación...* pág. 246.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 211.

²⁸⁰ "Desde ya hacía un siglo, el poder real había emprendido el control y la reorganización de la inmensa fortuna que representaban los bienes inmuebles de las leproserías; por medio de una ordenanza del 19 de diciembre de 1543, Francisco I había ordenado que se hiciera un censo y un inventario 'para remediar el gran desorden que existía entonces en los leprosarios'; a su vez, Enrique IV prescribió en un edicto de 1606 una revisión de cuentas, y afectó 'los dineros que se conseguirían en esa búsqueda al mantenimiento de gentiles-hombres pobres y soldados baldados". (*Ibíd.*, pág. 87).

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² *Ibíd.*

aislamiento: *“Ahora ya no se trata de encerrar a los sin trabajo, sino de dar trabajo a quienes se ha encerrado y hacerlos así útiles para la prosperidad general”*.²⁸³ La sociedad de esta época, por estar inmersa en una carestía de hondo calado, rechazó todas las manifestaciones de ociosidad social —incluida la locura—, disolviendo el propósito terapéutico que la recobrada medicina del Renacimiento pretendía asignarle a la reclusión de los enajenados, en una perspectiva que comprendía el trabajo como la única alternativa para la posterior recuperación del interno: *“Como sus compañeros, los locos estarán sometidos a las reglas del trabajo obligatorio; y ha sucedido en más de una ocasión que hayan adquirido exactamente su fisonomía peculiar bajo esta obligación uniforme”*.²⁸⁴

Mas sin perjuicio de lo anterior, me parece imprescindible aclarar que la instauración de esta perspectiva moralizante de la locura en todo caso no sepultó la medicina como fuente confiable en la determinación judicial de la enajenación mental, sino que de hecho se limitó a ofrecer una sensibilidad nueva que obligó a la medicina a reelaborar los títulos con que, solo hasta el siglo XIX y bajo el ropaje de la psiquiatría, reclamaría definitivamente un espacio en las estructuras de poder que se han ejercido hasta hoy en relación con los inimputables.²⁸⁵ El proceso llevado a cabo durante los siglos XVII y XVIII no puede entenderse ni como una ruptura brusca y puntual con los métodos de diagnóstico propios de Renacimiento, en los que el médico cumplía un papel fundamental, ni como si la judicatura hubiera prescindido absolutamente y en todos los casos del diagnóstico de los galenos. Este complejo e imbricado proceso debe ser entendido bajo el prisma del surgimiento de una conciencia jurídica más fina y elaborada, la cual facilitó prescindir de la medicina en la mayoría de los casos, reservando su injerencia sólo para algunos de ellos —quizás los más graves o los más complejos—.

La humanización del diagnóstico y del tratamiento judicial que de la enfermedad mental habían promovido las academias laicas de medicina durante el siglo XVI, lentamente fue siendo olvidada y al mismo tiempo sustituida por causa de una crisis económica que exigía políticas orientadas a exprimir la capacidad productiva de todos los grupos sociales. Las correccionales cumplieron ese papel, y ante las dimensiones de la crisis, la sociedad no sólo aceptó sino que de hecho incentivó la simplificación de los controles existentes para el internamiento de personas en esos centros de trabajo.

Es en este contexto histórico, y no en otro, en el que puede entenderse la manera en que, durante de los siglo XVII y XVIII, se articularon, por un lado, la

²⁸³ *Ibíd.*, pág. 25.

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ A este respecto, señala FOUCAULT (*ibíd.*, pág. 202), *“No es sorprendente que, a principios del siglo XIX, se discuta aún, como cuestión no resuelta, la actitud de los médicos para reconocer la alienación y diagnosticarla”*.

elaboración sistemática de una teoría de la *imputabilidad* anclada en el iusracionalismo jurídico-filosófico, y por otro, el afianzamiento de una sensibilidad social extremadamente policiaca hacia los enfermos mentales.

5. **La instauración de la pericia médica.-**

He intentado mostrar a lo largo de los tres apartados anteriores, cómo la determinación judicial de la inimputabilidad ha sido definida por una ruptura entre la sensibilidad jurídica y la sensibilidad social de la locura, la cual responde a una eclosión de fenómenos políticos, económicos y sociales diversos. Ahora intentaré reconstruir el proceso por medio del cual, desde la segunda mitad del siglo XVIII y hasta el final del siglo XIX, la perspectiva científicista que ambientaba la comprensión de la locura en los estratos cultos de la sociedad se irá asentando gradualmente, hasta empapar por completo la práctica judicial, al punto de ungir a la medicina con la autoridad para señalar la enajenación y distinguirla de la criminalidad.²⁸⁶

Como punto de partida, quisiera sentar desde ahora la hipótesis de que ese momento final que caracteriza este periodo, en el que la determinación judicial de la imputabilidad se identifica por la existencia de un ordenamiento positivo codificado, y por la exigencia de un dictamen médico para la declaratoria judicial de sobreseimiento, es en realidad el punto en el que convergen dos procesos históricos que a lo largo de todo el siglo XVIII han venido corriendo paralelos: por un lado, el asentamiento de la imagen que se representaba a la locura como una enfermedad mental, y por otro, el apogeo del positivismo jurídico que había empezado a producirse desde finales del siglo XVII, el cual se manifestó a través del proceso de codificación legislativa que fue impulsado en el tránsito hacia la consolidación de los Estados nacionales, y que recién ahora, luego de la Revolución, se hacía una realidad tangible.

5.1. El concepto subjetivo de imputabilidad:

Sobre la versión de la teoría de la *imputatio* elaborada por Samuel Pufendorf, y recogiendo los aportes que a ella había realizado Christian Wolff, en 1754 Joachim Georg Daries publicó su trabajo titulado *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, en el cual introduce una importante contribución a la teoría de la imputación. De acuerdo con ella, “*En la imputación se dan dos niveles: La imputación de primer nivel —Daries habla de <<imputatio facti>>— es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la <<lex>>. Es la <<declaratio, quod aliquis sit auctor*

²⁸⁶ Sobre la evolución de la imputabilidad en el derecho penal español del siglo XIX, consultar GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Español . Imputabilidad y Locura en la España del Siglo XIX.*

*facti>>, esto es, la declaración de que el sujeto es <<culpa moralis>> del hecho comisivo u omisivo del que se da cuenta. Frente a ello, la imputación de segundo nivel —desde Darjes se llama <<imputatio iuris>>— es el <<indicium de merito facti>>, esto es, la imputación <<al merecimiento>> de un hecho que ha sido juzgado en atención a la <<lex>>”.*²⁸⁷

Esta distinción entre los dos niveles de imputación, cuya finalidad fue inicialmente aclaratoria, rápidamente se introdujo en la sistemática de la teoría del delito, desplegando diferentes influencias en autores que como Grolman o Feuerbach darían posteriormente lugar a un interesante debate académico en cuyo contexto tuvo su origen el concepto subjetivo de imputabilidad.²⁸⁸ Pero antes de llegar a ese punto de la evolución, es en todo caso imprescindible aclarar que si acaso resulta apropiado hablar después de Darjes de una primera aproximación a una sistemática de la teoría del delito, independiente del sistema jurídico-filosófico que había intentado estructurar el iusracionalismo, fue a causa de la influencia que en el derecho penal germano alcanzó a tener el pensamiento revolucionario francés a todo lo largo de la segunda mitad del siglo XIX.²⁸⁹

En Alemania la separación entre moral y derecho, que había empezado a anclarse por la influencia del nominalismo y el empirismo sobre un importante sector de la doctrina inaugurada por Christian Thomasius, fue determinante para la subsiguiente asignación de un estatus científico independiente al derecho, lo que a su vez creó las condiciones para el nacimiento del movimiento codificador, sobre el cual habría luego de apoyarse el proceso de formación del Estado moderno. Es un hecho que la consolidación de las monarquías absolutistas, y el avance en el proceso de formación de los Estados-nación que había venido desarrollándose desde el siglo XVII, dieron lugar a principios del siglo XVIII a un importante cambio jurídico caracterizado por los primeros intentos por sustituir las antiguas, dispersas y desarticuladas *ordenanzas reales*, por grandes cuerpos normativos clasificados por materias. Estos primeros intentos por codificar y unificar el derecho respondieron con absoluta nitidez al espíritu enciclopedista y racionalista de este periodo, el cual no sólo es producto de una particular disposición hacia la ordenación, clasificación y sistematización del conocimiento jurídico, sino también el substrato de esa ruptura definitiva que tuvo lugar entre la moral y el derecho como disciplinas humanistas independientes.²⁹⁰

En lo que a hechos históricos concretos se refiere es importante el dato de que por medio del edicto del 28 de junio de 1713, Federico Guillermo I de Prusia manifestó su voluntad de unificar el disperso derecho que regía en los territorios de Brandemburgo, emitiendo un año más tarde la orden de gabinete

²⁸⁷ HRUSCHKA, *Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación*, pág. 30.

²⁸⁸ En este sentido, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 83.

²⁸⁹ En este sentido, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la...* pág. 861.

²⁹⁰ En este sentido, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la...* pág. 861.

del 18 de junio de 1714, dirigida a la Universidad de Halle,²⁹¹ a través de la cual decretaba realizar un extenso programa de recopilación, clasificación y sistematización de las disposiciones vigentes. Aunque estos primeros intentos de codificación no se pusieron finalmente en práctica, sí sentaron las bases sobre las cuales Federico el Grande decretó mediante la orden de gabinete del 30 de diciembre de 1746 que en adelante las disposiciones vigentes quedaran recogidas en “*leyes racionales y comprensibles*”,²⁹² fundadas en “*la razón natural y en las constituciones de las diversas partes del país*”,²⁹³ dando así carta de naturaleza al proyecto de *Corpus iuris Fridericiani* elaborado en la Universidad de Halle entre 1749 y 1751, y que estaba formado “*únicamente de derecho común dispuesto siguiendo las Instituciones de Justiniano*”.²⁹⁴

Tras la *Guerra de los Siete años* y luego de la consecuente suspensión del proceso de codificación alemana que ella trajo consigo, finalmente en 1790 Klein fue el encargado de concluir el proceso de compilación del derecho penal, instando con ella el propósito de diluir cualquier vestigio de duda que para su aplicación pudieran tener los jueces. Pese a haberse culminado y no obstante haber sido publicado el 1º de junio de 1792, la compilación de leyes penales elaborada por Klein sólo entró en vigor hasta 1793 a manera de ensayo, y únicamente en los territorios de Prusia meridional.²⁹⁵ Fue escasamente en 1813, luego de un extenso proceso de implementación gradual, cuando esta compilación fue aplicada en todo el territorio alemán, rigiendo hasta el 1º de enero de 1900, fecha en que asomó el BGB.²⁹⁶

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior téngase en cuenta que aquel proceso de codificación legislativa en el que se introduce el derecho germano, sólo tuvo lugar como consecuencia de la influencia que sobre los círculos académicos y muchos funcionarios del Estado ejerció la élite ilustrada francesa: el método omnicomprensivo, apartado del liberalismo de raigambre iusnaturalista, ajeno al contractualismo constructivista, y pese a todo historicista y políticamente beligerante enseñado por Giambattista Vico y por Montesquieu, penetró con mucha fuerza en toda la cultura europea, y concretamente en el derecho alemán influenció a autores como Gustav Hugo²⁹⁷ o Friedrich Karl von

²⁹¹ En 1690, tras la fundación de la Universidad de Halle en Brandenburgo-Prusia, quedó definitivamente sellada la alianza entre la monarquía germana y la Ilustración francesa, potenciada principalmente gracias al ascendiente que más tarde, sobre Federico el Grande, tuvo la obra de Christian Wolff.

²⁹² VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la...* pág. 699.

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 861.

²⁹⁵ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la...* pág. 700.

²⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 861.

²⁹⁷ “El derecho que debe regir en el futuro <<ha de derivarse de la observación histórica y comparativa de lo existente>>. Frente a estas realidades, sigue explicando WIEACKER, para HUGO, <<el derecho natural [naturalmente el racionalista de la Escuela] no ofrece ninguna regla sobre lo justo y lo conveniente. Pues, visto desde él, no habría ninguna relación jurídica que no pudiera embrollarse>> (es decir, interpretarse caprichosamente como contraria al derecho natural). HUGO, de ese modo, es también, pues, un crítico del derecho natural, más

Savigny,²⁹⁸ quienes inaugurarían la *escuela histórica del derecho* que serviría de enlace entre el iusracionalismo y la jurisprudencia formal de conceptos.

Seguramente a causa de los desafueros de la Revolución Francesa, cuyo acaecimiento se atribuyó al radicalismo del racionalismo idealista ilustrado, en Alemania la doctrina prefirió inclinarse por las corrientes historicistas que rechazaban el positivismo legalista, y que postulaba la necesidad de una metodología orientada especialmente hacia la sistemática exposición del derecho. En esta línea cobra particular importancia la aportación de Savigny, quien debe su reputación no sólo a su importante participación en la redacción del Código Penal de los Estados Prusianos de 1851,²⁹⁹ sino también y principalmente a los alcances del movimiento jurídico que inauguró bajo la premisa de repensar el derecho a través de un método articulado sobre dos puntos de equilibrio: el histórico y el sistemático. Su tesis de que en el fondo todo el derecho tiene origen en las costumbres y creencias del pueblo, las cuales actúan acalladamente en el espíritu del legislador, fue el preludio de una visión que comprendía el ordenamiento positivo como el extracto de un proceso de reconocimiento de aquellos usos y convicciones sociales, a las que luego se atribuiría fuerza prescriptiva a través de la legislación.³⁰⁰ Como corolario de ello, la ciencia del derecho, a diferencia de lo que había sido hasta ahora la doctrina del derecho natural, tenía a su cargo la tarea de comprender y

no en el sentido de la immanencia del proceso histórico o del espíritu de la Ilustración, sino en el del empirismo, fundado por MONTESQUIEU a imitación de los moralistas franceses, perfeccionado por J. MÖSSER y que penetró profundamente en Alemania e Inglaterra (BURKE) por la impresión causada por la Revolución Francesa, creyente de la razón y amiga de las abstracciones>>". (Ibíd., pág. 806).

²⁹⁸ "Está claro, pues, que —como dice LARENZ— la expresión <<ciencia filosófica>> la emplea SAVIGNY en el sentido de <<ciencia sistemática>>, no en el sentido de <<ciencia de derecho natural>>. Ya que, a este respecto —sigue LARENZ— SAVIGNY distingue <<la doctrina filosófica del derecho como tal>>, o sea, el derecho natural, y <<el elemento filosófico o sistemático de la ciencia positiva del derecho>>. De la primera, SAVIGNY dice: <<la jurisprudencia puede estudiarse perfectamente tanto con el derecho natural como sin él>>. Por lo tanto, esta concepción filosófica de la ciencia del derecho como sistematización de la misma, sigue las huellas trazadas por PUFENDORF y el camino de CHRISTIAN WOLFF. Y continúa a CHRISTIAN THOMASIO en apartarse de la ciencia del derecho natural. Así, lo vemos cuando SAVIGNY dice: <<Pero la legislación debe concebirse en un periodo dado, con lo cual volvemos a la elaboración verdaderamente histórica del derecho que, a su vez, se relaciona exactamente con la historia de los Estados y pueblos ya que la legislación es una acción del Estado". (Ibíd., pág. 809).

²⁹⁹ Al respecto, Cfr. JESCHECK, *Tratado...* § 10, 4.

³⁰⁰ "En todas las naciones, cuya historia no ofrece duda, vemos al Derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política" (SAVIGNY, *De la Vocación de Nuestro Siglo...* pág. 23). "Esa natural dependencia del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el progreso del tiempo, no de otro modo que en el lenguaje.

Al igual que para éste, para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en él que en cualquier otra tendencia del pueblo, y semejante desenvolvimiento está bajo la ley de intrínseca necesidad como cualquier otra primitiva manifestación. El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter". (Ibíd., pág. 26).

conceptuar el sentido histórico concreto de las disposiciones legales —con especial referencia a la manera en que se manifiestan en ellas los rasgos fundamentales de la sociedad—, para luego construir un sistema expositivo que permitiera explicar y aprehender racionalmente el derecho:³⁰¹ la *escuela histórica del derecho* no sólo mantiene, sino que de hecho impulsa, la antigua ambición de elaborar una parte general del derecho que permita su comprensión sistemática, existente en la doctrina alemana ya desde los tiempos del iusracionalismo.

De cara al periodo que nos ocupa, estas aportaciones del historicismo jurídico fijaron ya desde los primeros años del siglo XIX, la necesidad de reformular los sistemas jurídico-filosóficos hasta entonces vigentes, en orden a elaborar un nuevo sistema estrictamente jurídico y con sustento en el derecho positivo. A esta labor se habrían de dedicar juristas como Anselmo, Zacarías, Puchta y, con especial acento en el derecho penal, Stübel, Grolman y Feuerbach.³⁰²

En lo que hace al tema de la inimputabilidad, es importante hacer notar que el fundamento último de la teoría de la *imputatio*, cuyas líneas finales habían sido dibujadas por Daries a través de la distinción entre diversos niveles de imputación, se encontraba aún anclado en los principios naturales derivados de la razón, sobre los cuales el iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII había pretendido construir un sistema jurídico-filosófico completo. Ahora bien, la ausencia de fundamento en normas legales expresas, en un momento en el que el positivismo jurídico empezaba a encontrarse profundamente arraigado, hizo insostenible la teoría de la *imputatio* en los términos en que se encontraba formulada, naciendo así la necesidad de reelaborar por completo toda la teoría del delito.

Asido del “positivismo normativista y el cientificismo de tipo lógico-conceptual”³⁰³ que caracterizó la *jurisprudencia formal de conceptos*, Paul Johann- Anselm Ritter von Feuerbach provoca un giro sin precedentes en el discurso sobre la imputación: en su sistema la imputación es retirada por completo del centro de gravedad de la teoría del delito, y se la ubica al final de todo el modelo, exactamente después de la constatación de todos los elementos del hecho punible. Para comprender los verdaderos alcances del modelo de Feuerbach tal vez sea útil recordar que, en su propósito de elaborar una “*Parte Filosófica o General del Derecho Punitivo*”,³⁰⁴ éste divide los presupuestos de aplicación de la ley penal en dos grandes grupos: los presupuestos objetivos, de un lado, y los presupuestos subjetivos, por el otro. En cuanto a su contenido, los “*primeros, se resumen en la existencia del Thatbestand, en el sentido de que tienen que concurrir en el hecho concreto todos aquellos elementos exigidos por la ley penal aplicable al caso para poder*

³⁰¹ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la ...* pág. 816.

³⁰² *Ibíd.*, pág. 861.

³⁰³ *Ibíd.*, pág. 861.

³⁰⁴ FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*, libro I.

subsumirlo en la misma”.³⁰⁵ Y en lo que respecta a los segundos, textualmente sostuvo Feuerbach:

*“Dado que el fin esencial de la ley penal no es otro que impedir las lesiones jurídicas mediante injerencia en el potencial volitivo, la aplicación de la ley penal estará condicionada a la existencia de una voluntad ilícita, como causa (intelectual, psicológica) del crimen. La relación de un hecho punible (objetivo) (como efecto) con una determinación de la voluntad del autor contraria a la ley penal (como causa de la misma), se llama imputación y el estado (exterior e interior) de una persona, en virtud de la cual pueda imputársele un hecho, imputabilidad. La imputación determina la culpabilidad (lo culpable)⁴ como fundamento subjetivo general de la punibilidad”.*³⁰⁶

⁴ Culpa en sentido amplio de la palabra, conforme al uso romano de la lengua (Hasse, cit., p. 65 y ss.) y, en la más nueva terminología filosófica, reatus”

*“Para la existencia de imputación se requiere: I) Que el crimen como exterioridad (inmediata o mediata) tenga su fundamento en el potencial volitivo de la persona; II) Que la determinación de la voluntad (negativa o positiva) sea causa del crimen, también internamente, esto es, en el ánimo del autor, contrarie la ley penal, para lo cual el mismo: 1) deberá conocer el crimen y su punibilidad⁴, 2) como también hallarse en un estado en que pudiese determinar su voluntad conforme a la ley penal y, de igual forma, 3) haber emprendido u omitido una determinación de voluntad que haya sido causa del crimen”.*³⁰⁷

⁴ La especial conciencia de la ley, en su aplicación al caso presente de infracción, no es condición general de la inculpación, sino que corresponde únicamente al dolo y a la culpa inmediata.”

*“Puesto que toda punibilidad está condicionada por una ilicitud de la voluntad como causa del crimen, la misma quedará necesariamente excluida por la existencia de un estado de la persona que le hubiese cancelado la posibilidad, en general, de actuar conforme a su arbitrio o de determinarse adecuando su arbitrio a las leyes penales (...)”*³⁰⁸

*“De igual forma, excluyen la imputación B) todos los estados de ánimo no culpables, en los que la posibilidad de conciencia de la punibilidad (la representación de la ley o del juzgamiento de la acción conforme a ley y a sus consecuencias) quede excluida. Conforme a ello, son exculpantes: I) La edad juvenil, o sea, la infancia en forma incondicional, la minoría hasta la pubertad (hasta los trece años), a condición de que no resulte la imputabilidad de especiales características del hecho o de la persona; II) La total ignorancia de la característica jurídica de la acción humana, sea por carencias de los órganos de comunicación psíquica o por otras causas independientes al actor; III) Una debilidad de la comprensión (torpeza) en virtud de la cual una persona sea incapaz de juzgar la característica jurídica de su acción (imbecilidad); IV) Toda enfermedad del espíritu o del ánimo que anule el uso de la comprensión en general o en relación con ciertos objetos de la imaginación⁶ y siempre que el hecho tenga lugar durante la enfermedad o como consecuencia de la misma (delirio, manía, locura, melancolía); V) Todo estado no producido culpablemente, en que el uso de la comprensión esté completamente anulado, sea en general o en especial relación con el hecho que haya tenido lugar, como el justo furor, la embriaguez completa inculpable, el sueño, la embriaguez del sueño y el sonambulismo, fantasmas, terror paralizante y similares; VI) Error o ignorancia respecto de la antijuridicidad o peligrosidad de la acción, en tanto que sean jurídicamente admisibles e invencibles”.*³⁰⁹

⁶ Conforme a las enseñanzas de diversos **médicos**, existen enfermedades que respecto del efectivo uso de la razón cancelan absolutamente la posibilidad de arbitrio. (Manía sin locura, manie sans délire, mania oculta, impulso con voluntad subordinada, es como a este estado se le ha llamado diferentemente). Del mismo modo corresponden: morbosidad del instinto, que determina inevitablemente la voluntad al crimen (instinto de robo, de muerte, el crimen por antojo de la embarazada y similares. Cfr. Hoffbauer, en N. Archv d. C. R. T.I. cuad. 4, nº 27). La referencia teórica es sumamente dudosa y discutible en la actualidad, y en lo que respecta a los antojos criminales patológicos, no merecen ninguna consideración jurídica si debe resultar consecuente que toda justicia criminal tenga fin. Martin (Lehrb., § 40, III) recoge demasiado estos institutos en general y, consecuentemente, no podría penar ningún crimen de la carne. **Sólo cuando el instinto va simultáneamente unido al desorden psíquico podrá cancelar la punibilidad.”**

³⁰⁵ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 88.

³⁰⁶ FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*. Título II, Capítulo II, Primera Sección, § 84.

³⁰⁷ *Ibíd.*, § 85.

³⁰⁸ *Ibíd.*, § 88.

³⁰⁹ *Ibíd.*, § 90. Sólo transcribo la nota # 6 por su especial importancia para el tema que nos ocupa. Negrillas y subrayas fuera del texto original.

Dando por sentado que lo que se imputa es el delito, y ya no solo una parte del mismo —como ocurría en Darier al imputarse independientemente el suceso (*imputatio facti*) y/o el merecimiento (*imputatio iuris*)—, cobra pleno sentido el hecho de que Feuerbach haya ubicado la imputación justo después de la constatación de todos los elementos del hecho punible. Pero lo que es realmente importante para el tema que nos ocupa, es el énfasis que pone Feuerbach en el contenido psicológico del presupuesto subjetivo de la responsabilidad, el cual será el principal antecedente del concepto subjetivo de imputabilidad.

Así pues, en síntesis, parece plausible sostener que siguiendo con detenimiento el concepto de imputación de Feuerbach, se observa que su ruptura con la doctrina iusracionalista es doble: **i)** por un lado, al sacar la imputación del núcleo fuerte de la teoría del delito y ubicarla en la teoría de la pena, Feuerbach provoca una sustitución en el objeto sobre el cual recae el juicio de imputación, en el sentido de que lo que se imputa al sujeto ya no es sólo la acción, sino también el delito con todos sus elementos; **ii)** y por otro lado, al conceder a la *disposición anímica del infractor* la categoría de presupuesto subjetivo de la responsabilidad, este autor modifica el fundamento del juicio de imputación, cambiando de un modelo en el que la imputación se afirma sobre la base de un criterio objetivo como la naturaleza de la acción, a otro en el que se ciñe a un criterio subjetivo como el estado psicológico del agente.

El punto álgido de este periodo, en lo que a la discusión sobre la imputabilidad se refiere, tuvo lugar como consecuencia de los aportes que sobre la teoría de Feuerbach llevaron a cabo un conjunto de penalistas alemanes profundamente influenciados por el idealismo hegeliano.³¹⁰ En efecto, para mediados del siglo XIX estos autores habían logrado introducir en la sistemática de la teoría del delito un concepto de <<acción>> con el que se afirmaba que no todas las conductas humanas podían calificarse como acción en sentido jurídico-penalmente relevante, sino sólo aquellas que hubieran sido determinadas por la voluntad libre del sujeto. El corolario de esta teoría fue la inmediata relación de interdependencia que se estableció entre el concepto de acción y el de imputación: *“La imputación no es algo que se añada a la acción. Esta última es aquello en que la imputación consiste, aquello cuya existencia se afirma a través del juicio de imputación”*.³¹¹ Se trataba de un modelo en el que los conceptos de imputación y acción se confunden, no como sinónimos, sino como las dos caras de una misma moneda: dado que la conducta del sujeto fue realizada voluntariamente, no sólo puede afirmarse que aquella le es imputable, sino que al mismo tiempo y por esa misma razón ha de calificársele

³¹⁰ Se denominan hegelianos a autores como, pero no exclusivamente, Abegg, Köstlin, Hälschner y Berger. Sobre sus aportes a la teoría de la imputación consultar MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 99.

³¹¹ *Ibíd.*, pág. 100.

como una acción en sentido técnico jurídico; la conducta se le imputa porque es una acción, y es una acción porque se le imputa.

La introducción de este concepto de acción en los términos en que acaba de definirse, suministró a la teoría del delito la pieza que faltaba para la construcción final del concepto subjetivo de imputabilidad, el cual continuó ceñido, según la herencia de Feuerbach, a la capacidad psicológica del agente. Para referirse a esta capacidad de imputación en sentido subjetivo, la dogmática alemana se apartó definitivamente del término de origen latín <<imputativität>> y adoptó definitivamente el término <<Zurechnungsfähigkeit>>, el cual permaneció nítidamente diferenciado del concepto objetivo de imputabilidad (<<Zurechenbarkeit>>).³¹² En los términos de Wächter, este *Zurechnungsfähigkeit* se refería entonces a un “*un puro estado psíquico interno, el estado de una persona en el cual se encuentran dadas para ella todas las condiciones psíquicas internas del querer libre y del actuar responsable*”,³¹³ es decir, la capacidad de comprensión de la mecánica del mundo exterior y de la autodeterminación conforme a ese entendimiento.

Así pues, durante la segunda mitad del siglo XIX asistimos a la sustitución del *concepto objetivo de imputabilidad* sostenido por el iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII, el cual hacía depender la posibilidad de imputar responsabilidad penal de la existencia o no de voluntariedad en la acción, por un *concepto subjetivo de imputabilidad* que hace depender la posibilidad de atribución de responsabilidad de las capacidades psicológicas del infractor de la norma, sustitución que pese a todo no transformó el estatus de impunidad asignado a la locura, en tanto que este nuevo marco teórico conducía igualmente a afirmar la incapacidad delictiva de las conductas realizadas por los enfermos mentales, tal como había venido reconociéndose de modo generalizado desde la baja Edad Media. En este orden de ideas, puede resaltarse, sólo a título de ejemplo, la enumeración que hacía Köstlin sobre las causas de inimputabilidad: “*minoría de edad, sordomudez de nacimiento sin instrucción, casos de ausencia absoluta de contacto con la civilización, oligofrenia, estados pasionales, embriaguez, sueño y estados análogos, trastorno mental transitorio y enfermedades mentales*”.³¹⁴

Ahora bien, expuesto lo anterior, a esta altura me resulta del todo ineludible la pregunta acerca de por qué causa se introduce ese ingrediente psicológico en la noción de imputabilidad y, así mismo, ¿cómo es que esa noción logra transformar los métodos y técnicas dominantes para la determinación judicial de la imputabilidad? Pues bien, la hipótesis que a este respecto quisiera defender consiste en que el concepto subjetivo de inimputabilidad,

³¹² Una completa exposición sobre esta evolución terminológica puede encontrarse en: *Ibid.*, pág. 88.

³¹³ WÄCHTER, C.G., *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht: Ein Handbuch. Einleitung und allgemeiner Theil.* 1857. Ob. cit. por MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 104.

³¹⁴ MARTÍNEZ GARAY, *Aproximación Histórica...* pág. 106

estrechamente vinculado a la noción de <<capacidad psicológica>>, se introduce en el derecho penal como resultado de un proceso en el cual la doctrina jurídica recoge, aglomera, asimila esa perspectiva médico-psicológica de la locura que ahoga a la sociedad europea de principios del siglo XIX, y a la que la doctrina tradicional de la *imputatio* simplemente no puede hacer frente.

A mi juicio, esa reelaboración del discurso jurídico que definía el contenido de la imputabilidad, y que prescribía las formas propias para su determinación procesal, fue definitivamente el producto una compleja combinación de factores sociales, económicos y políticos: el importante espacio que en la conciencia social empezó a ocupar la perspectiva médica de la locura desde la segunda mitad del siglo XVIII presionó en el siglo XIX la reformulación de la teoría jurídica y la práctica judicial, en orden a legitimar una nueva forma de reacción judicial hacia los enfermos mentales.

5.2. La reforma de los sistemas de internamiento y el diagnóstico médico de la locura:

A la crisis económica por la que atravesaba Europa a comienzos del siglo XVIII,³¹⁵ intentó gestionársela en la misma forma en que se lo había hecho con la acaecida a principios del siglo XVII, con lo cual se reincidió en la política de internamiento de los segmentos perniciosos de la sociedad, a efectos de transformarlos en mano de obra productiva por medio de la disciplina de las casas de trabajo. Sin embargo, en esta ocasión junto al engrosamiento de las listas de internos se oyeron algunas voces que por primera vez cuestionarían la conveniencia de esta política, poniendo así en crisis el régimen de ese gran encierro correccionalista instaurado en el siglo anterior. En efecto, los motivos de esta crisis del internamiento se encontraban en el hecho de que la expansión y profundización de la racionalidad económica, propia de las sociedades mercantilistas europeas del siglo XVIII, había empezado a llamar la atención sobre la ineficacia de la reclusión como mecanismo para superar la crisis económica, resaltando específicamente el argumento de que con ello lo único que se conseguía era poner a los pobres a vivir de los tributos sufragados por las capas trabajadoras de la sociedad.³¹⁶

³¹⁵ En Francia, el incremento del desempleo a causa del elevado número de soldados licenciados que intentaban reincorporarse a la sociedad tras la firma del tratado de Aquisgrán; en Inglaterra, la situación de las malas cosechas de los años 1756 y 1757, agravada por la interrupción de su intercambio comercial con las economías agrícolas del continente; en el resto de Europa, una recesión generalizada, los alzamientos populares previos a la Revolución, y los efectos de la crisis en la administración de las colonias americanas; en fin, todo un inventario de circunstancias en virtud de las cuales *“la indigencia y el desempleo, que, sobre todo desde mediados del siglo XVIII, eran fenómenos urbanos y que en la campiña sólo tenían un carácter temporal, van a convertirse en problemas rurales”*. (FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 99).

³¹⁶ Cfr. *ibíd.*, pág. 103. Por supuesto, tras esta perspectiva, subyace todo un discurso económico que empieza a comprender la pobreza no como una consecuencia del relajamiento

Pero, por otro lado, el encierro también comenzó a cuestionarse desde adentro, esto es, desde los miembros de la propia comunidad correccionalista, quienes permanentemente se quejaron de las condiciones propias de la reclusión. Para la mayoría de ellos era infame y humillante el hecho de que a los internos se les hubiera mezclado con los locos, además de que con esto se los habría puesto en riesgo de ser atacados por alguno de esos *furiosos* cuya conducta es del todo impredecible. Desde principios del siglo XVIII, “y con una voz más sorda, han existido los directores, los ecónomos, los vigilantes, que de generación en generación siempre han pedido, y algunas veces obtenido la misma cosa: separación de los locos y los malhechores”,³¹⁷ separación fundada en un sentimiento de pesar, no hacia los locos, a quienes en gran medida se les seguía viendo con ese sesgo de animalidad, sino con aquellos *libertinos* que pese a sus crímenes “merecen mejor suerte que la de ser confundidos con los insensatos”.³¹⁸

Hacia 1720 y como consecuencia de esta reclamación se dio inicio a un proceso de selección y clasificación de los reclusos, con lo cual tuvo lugar un segundo aislamiento de la enajenación. A partir de este momento a la locura ya no sólo se le diferenció de la sociedad productiva y moralmente correcta para ocultarla en los centros de reclusión, sino que ahora también empezaba a distinguírsele como una subclase dentro del colectivo de personalidades indeseables.³¹⁹ A consecuencia de ello, en el periodo que comprende la segunda década del siglo XVIII y la época de la Revolución, tuvo lugar la construcción o adaptación de algunos lugares específicamente destinados para los enajenados: en Francia, se construyeron casas de locos en Lyon, en Manosque y en Saumur; en Alemania, en 1728 se reacondicionó la *Dollhaus* de

de la virtud moral hacia el trabajo, sino como el substrato de una coyuntura económica gestionable.

³¹⁷ *Ibíd.*, pág. 89.

³¹⁸ *Ibíd.*, pág. 90.

³¹⁹ Cfr. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 78. Adicional a ello, es interesante el dato que, en ese proceso de clasificación de los reclusos, los centros especialmente destinados al internamiento de los enajenados llevaron a cabo su propia subclasificación de los trastornados, con lo cual se suscitó un elenco de cuadros nosológicos que no guardaban en lo absoluto relación con las clasificaciones que, de este mismo fenómeno, se realizaban en las universidades. Situación esta que, en todo caso, no hacía más que recavar en el precipicio que ya entonces separaba la práctica y la teoría de la enajenación mental. Al efecto, ha de tenerse presente que durante el periodo que nos ocupa, la práctica médica no se ejerce mayoritariamente por los propios médicos, sino por una horda de teguas que cultiva una disciplina aparentemente sistemática y racional, pero compuesta en realidad de elementos científicos y mágicos completamente desarticulados: “a fines del siglo XVIII existe todo un corpus técnico de la curación que ni los médicos ni la medicina han dominado jamás, porque pertenece por entero a los empíricos, fieles a sus recetas, a sus cifras y a sus símbolos” (FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 475. Allí mismo, FOUCAULT referencia el hecho de que en 1772, se publica en Lyon un texto titulado *La Anarquía Médica*, en el cual se describe, con propósitos de denuncia, esta situación). Se trata, en general, de una ruptura entre la medicina teórica y la práctica, marcada por un discurso pseudo científico, el cual es visto por los círculos cultos de la medicina como una caricatura, como un remedo de disertación racional.

Frankfurt, y se construyen casas privadas en Bremen (1764), en Schleswig (1784) y en Bayreuth (1791); en Inglaterra, nace el hospital de Manchester, el *Lunatic Hospital* de Liverpool, el *Lunatic Ward of Guy's Hospital* y el famoso hospital de York.³²⁰

Paralelo a este proceso de singularización y reidentificación del enajenado, y a medida que la cultura europea profundizaba en ese racionalismo que caracterizó el movimiento ilustrado, los progresos de la medicina se popularizaban, y con ello la mirada que comprendía la locura como una enfermedad mental. En su primera mitad, el siglo de las luces recibió el legado de esas décadas de paciente y silencioso perfeccionamiento del método empírico aplicado a la medicina, y su mérito consistió en haber inaugurado los primeros intentos por ordenar todas esas observaciones de modo más o menos sistemático. Es un hecho que la *“abundancia de datos médicos y científicos logrados durante los siglos XVII y XVIII fue tan abrumadora que se hizo necesaria su síntesis y sistematización”*,³²¹ de otra forma no habría sido posible para la ciencia *“asimilar y dar sentido a los hechos recogidos mediante la formulación de generalizaciones y el establecimiento de un sistema de ordenación”*.³²²

Inicialmente, al verse enfrentada a este océano de información y en su afán de conseguir ordenaciones sistemáticas bajo criterios racionales, la medicina de la Ilustración elaboró sus primeros cuadros nosológicos rigurosamente apegada al método *sintomático*.³²³ Sin embargo, el ensanchamiento de la conciencia de que el síntoma *“no puede ser la verdad ni la esencia de una enfermedad, ni aun su naturaleza propiamente dicha”*,³²⁴ muy pronto dio lugar a intentos más acabados por elaborar cuadros nosológicos que ya no ordenaban las enfermedades tomando como criterio su sintomatología, sino que seguían criterios causales para su clasificación. En esa línea, el discurso médico de la causalidad de la enfermedad mental tuvo a bien organizarse bajo la distinción entre *causas inmediatas* y *causas lejanas* de la enfermedad: en tanto que las causas inmediatas no eran *“más que el anverso del reconocimiento empírico*

³²⁰ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 70, quien también señala: *“Hay una tentación a unir esas creaciones nuevas a todo el conjunto de teorías reformadoras que van a conducir, por obra de Tuke, Pinel y Reil, a la construcción de los grandes asilos del siglo XIX. De hecho, una muy sencilla razón cronológica nos impide inscribir esas creaciones del siglo XVIII en el movimiento reformador. Los principales textos que exigen para los locos un estatuto médico o al menos un mejor trato, preceden en muy poco la Revolución”* (pág. 72).

³²¹ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 141.

³²² *Ibíd.*

³²³ En consideración a la naturaleza de los datos de que se disponía, las clasificaciones sólo podían estar basadas en una observación, comparación y posterior categorización de las enfermedades, en función de sus manifestaciones externas: *“así se define, como paso primero de la medicina, el método sintomático que ‘toma las características de las enfermedades de los fenómenos invariables y de los síntomas evidentes que los acompañan’*”. FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 294.

³²⁴ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 294.

de los síntomas, una especie de valoración causal de las cualidades”,³²⁵ las causas lejanas abarcaban un mundo infinito, abstractamente definido por el <<medio>> en el que habita el enfermo, y en el que prácticamente “todos los acontecimientos del alma, siempre que sean un poco violentos, o exageradamente intensos, pueden convertirse en causas lejanas de la locura”.³²⁶

Ahora bien, haciendo abstracción de ese interesante abanico de posibilidades médicas que ofrecía el siglo XVIII para neutralizar las causas próximas de la enfermedad, mantiene en todo caso su importancia el efecto que las causas lejanas cumplieron en el imaginario colectivo, de cara hacia la transformación de la mirada social de la locura. Es un hecho que el “medio”, como causa lejana y abstracta de la enfermedad mental, estaba presente no sólo entre la élites formadas en el arte de la medicina, sino que también había llegado a todas las otras capas de la sociedad por un proceso de asentamiento: “El pensamiento médico de los siglos XVII y XVIII había admitido de buena gana una relación casi inmediata entre la locura y el mundo: era la creencia en la influencia de la Luna; era también la convicción generalmente extendida de que el clima tenía una influencia directa sobre la naturaleza y la calidad de los espíritus animales, y por consecuencia, sobre el sistema nervioso, la imaginación, las pasiones y finalmente sobre todas las enfermedades del alma”.³²⁷

La llegada del “medio” al catálogo de causas lejanas de la locura alimentó la idea de que ésta, como otras tantas enfermedades, podría encontrarse en el ambiente, y que el aire pútrido y contaminado podría contagiarla inadvertidamente. Se empezó a temer entonces que ciertas “fuerzas penetrantes”, diluidas en la atmósfera de la ciudad, ingresaran en la anatomía y corrompieran la mecánica de la razón, dando lugar al surgimiento del *gran miedo* hacia la denominada <<fiebre de las prisiones>>: se trataba de una enfermedad mortal que podía contraerse al respirar el céfiro denso, pesado y oscuro de los centros de reclusión; un mal que podía adquirirse por inhalar esa estela pestilente en la que se confunden los humores de todos los internos. Así, y para citar sólo un ejemplo, hacia 1780 en París se atribuyó el arribo de una peste a las corrientes de viento que salían del Hôpital General, e incluso se insinuaba la necesidad de quemar Bicêtre. Entre la agitación causada y el afán de acallar los temores de la muchedumbre, el “teniente de policía (...) envía una comisión de investigación, que cuenta con varios doctores regentes, el decano de la facultad y el médico del Hôpital general”.³²⁸ En aquella ocasión, la conclusión arrojada luego de las pesquisas indicaba que si bien es cierto que “en Bicêtre reina una ‘fiebre pútrida’ que se relaciona con la mala calidad del

³²⁵ *Ibíd.*, pág. 336.

³²⁶ *Ibíd.*, pág. 344.

³²⁷ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 40.

³²⁸ *Ibíd.*, pág. 29.

aire”,³²⁹ lo cierto es que la peste no podía atribuirse al repugnante vaho que desde allí arrastraba la brisa.

Es muy importante resaltar que ya desde 1776 la repetición de episodios como éste había obligado la pronta adopción de políticas para evitar que las emanaciones provenientes de los centros de reclusión alcanzaran los barrios residenciales, y es así como en ese año, *“en un edicto del Consejo de Estado, se nombra una comisión que debe ocuparse ‘del grado de mejoría que es posible alcanzar en los diversos hospitales de Francia’*.”³³⁰ Además de reconstruir las celdas y mejorar las condiciones de higiene, las medidas adoptadas implicaron una transformación del régimen de esos centros de reclusión. Se dispuso que si hasta entonces los internos habían sido exclusivamente custodiados por guardianes, en adelante un cuerpo de individuos formados en el arte de la medicina prestaría sus servicios de forma permanente, y no sólo de manera eventual como lo había venido siendo hasta ahora. En el pasado, los médicos sólo asistían a los reclusorios cuando se denunciaba la enfermedad de un interno, y ello por el temor a que se desatara una peste que rebasara las murallas de la prisión; desde finales del siglo XVIII los médicos tomaron el control de los hospitales en orden a apaciguar el gran miedo de la sociedad hacia la *fiebre de las prisiones* que se anidaba entre las *fuerzas penetrantes* del entorno.

De la síntesis de todo lo ocurrido es verdaderamente revelador el hecho de que *“en la determinación del lugar que debe ocupar la locura en la cultura moderna, el homo medicus no haya sido convocado como árbitro en el mundo del confinamiento, para hacer la separación entre aquello que era crimen y lo que era locura, entre el mal y la enfermedad; más bien fue llamado como guardián, para proteger a los otros del peligro confuso cuya transpiración atravesaba los muros del confinamiento”*.³³¹ Es decir, el médico se introduce en esa arquitectura de la locura, en esa economía de la correccional, no para reivindicar el estatus de enfermo que desde hacía un siglo venía predicando para el enajenado, sino para proteger a la sociedad y para separarlos de los demás internos.

Ahora bien, nótese que desde el ocaso de la alta Edad Media hasta el periodo que nos ocupa, el aspecto externo de la reacción judicial hacia la locura no ha cambiado sustancialmente, con todo y que el discurso que legitimaba el encierro de los trastornados se había modificado de manera importante: de la reclusión pura y simple con que se lograba aislar al demente para sosegar el escándalo, pasando por el correccionalismo mediante arduas jornadas de

³²⁹ *Ibíd.*, pág. 27.

³³⁰ *Ibíd.*, pág. 33.

³³¹ *Ibíd.*, pág. 31. Y más adelante señala: *“En realidad, las cosas no han sucedido en esta actitud de benévola neutralidad. Si se ha llamado al médico, si se le ha pedido observar a los enfermos, es porque se sentía miedo. Miedo de la extraña química que se fermentaba entre los muros del confinamiento, miedo de los poderes que se formaban allí y que amenazaban con propagarse”*.

trabajo, hasta este momento no se había transformado sustancialmente el estatuto de animalidad que autorizaba un trato inhumano hacia los dementes. De este tratamiento vergonzante de la locura, de esta impiedad hacia el demente, de este despojo de su dignidad, se percataron en primera instancia los funcionarios que a causa de esta política de control sanitario de los reclusorios descubrieron a los enfermos mentales reducidos a la hez de la hez de la República: en Bicêtre, por ejemplo, el interno *“tenía por único mueble un camastro con paja, y encontrándose prensado contra el muro, por la cabeza, los pies y el cuerpo, no podía disfrutar del sueño sin mojarse, debido al agua que escurría por las piedras”*,³³² a su turno, en Salpêtrière, *“las habitaciones eran aun más funestas y a menudo mortales, ya que en invierno, cuando suben las aguas del Sena, los cuartos situados al nivel de las alcantarillas se volvían no solamente insalubres, sino además refugios de multitud de grandes ratas, que por la noche atacaban a los desgraciados que estaban allí encerrados y los roían por todas las partes que podían alcanzar; se han hallado locas con los pies, las manos y el rostro desgarrado por los mordiscos a menudo peligrosos que han causado la muerte a más de uno”*.³³³ En Inglaterra, todavía en el siglo XVIII, el *“Hospital Bethlehem —o Bedlam, como se le llamaba— era un lugar favorito de excursión dominical para los londinenses, que iban a contemplar los locos detrás de las rejas de hierro”*.³³⁴ Allí, *“las locas furiosas estaban encadenadas por los tobillos a la pared de una larga galería; no tenían más ropa que un sayal”*,³³⁵ y la brutalidad de los guardianes sólo era equiparable a la de un domador de criaturas salvajes.

La apertura a la realidad de las condiciones de internamiento de los dementes, con todo y que su determinación no era el propósito principal de la inspección a los hospitales y demás centros de reclusión, tocó a profundidad las fibras más sensibles de los juristas, y despertó en el derecho un pudor que jamás antes se había sentido por la forma en que se había reaccionado judicialmente hacia la locura. La revelación de la realidad que habitaba tras los muros de las correccionales, por primera vez al margen del contexto circense en que solía admirarse, produjo una conmiseración social particular por la situación del enajenado, y en el derecho, bajo cuyas teorías todo ello fue posible, habrá *“indignación al ver que los ‘inocentes’ hayan sido tratados como culpables”*.³³⁶ De esta vergüenza, y del afán por acallarla, da fiel testimonio la *<<Instrucción impresa por orden y a expensas del gobierno, sobre la manera de gobernar y tratar a los insensatos>>* emitida en Francia en 1785, y en la cual se sitúa a los locos *“en plena ambigüedad, a medio camino de una asistencia que se esfuerza por reajustarse, y de un internamiento que está desapareciendo”*.³³⁷

³³² Informe Sobre el Servicio Francés de los Alienados redactado a finales del siglo XVIII, ob. cit por FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 231.

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 148.

³³⁵ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 232.

³³⁶ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 1, pág. 294.

³³⁷ FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 142.

Como producto de esta revelación, las décadas previas a la Revolución fueron en Europa el teatro en el que se origina un intenso debate sobre la racionalidad del modelo penitenciario fundado sobre el castigo físico, así como sobre la injusticia con que el Establecimiento hacía uso de instituciones como la reclusión correccional para acallar las voces que se alzaban contra las arbitrariedades del régimen. Antes de la Revolución, la monarquía etiquetó como enajenados a muchos rebeldes, como mecanismo para legitimar su internamiento en lugares donde su discurso perdiera credibilidad. En el sentido opuesto, durante la Revolución muchos nobles se hicieron pasar por enajenados para eludir la fría hoja de la guillotina, con lo cual la declaratoria judicial de inimputabilidad se habría transformado brevemente en la manifestación de un *favor* político. Como quiera que fuere, lo cierto es que para finales del siglo XVIII no todos los que estaban encerrados como locos eran locos, ni todos los locos estaban encerrados.

Siendo consecuentes con su discurso, pero también con la intención de liberar a sus camaradas presos bajo el membrete de la enajenación, la Asamblea Nacional francesa, luego de prescribir en la Declaración de los Derechos del Hombre que nadie puede ser arrestado ni detenido más que en los casos descritos por la ley y según las formas prescritas por ella, y de ordenar que sobre esa base todas las personas respecto de las cuales no pesara una condena legalmente emitida fueran liberadas, pronunció una serie de decretos entre el 12 y el 16 de marzo de 1790, uno de los cuales establece en su artículo IX:

*“Las personas detenidas por causa de demencia, durante tres meses, a contar del día de publicación del presente decreto, serán puestas a disposición de la diligencia de nuestros procuradores, interrogadas por los jueces en las formas habituales, y, en virtud de sus ordenanzas, visitadas por los médicos que, bajo la vigilancia de los directores de distrito, se explicarán sobre la verdadera situación de los enfermos a fin de que, según sentencia que haya sido pronunciada sobre su estado, sean atendidas en los hospitales que serán indicados para este efecto”.*³³⁸

A continuación, en un proyecto de reglamento redactado a partir del informe rendido en 1791 sobre el estado de las locas de la Salpêtrière, se establece expresamente que la *“admisión de los locos o de los insensatos en los establecimientos que les están o les estarán destinados en toda la extensión del departamento de París, se hará sobre un informe médico y de cirujano legalmente reconocidos, confirmado por dos testigos, parientes, amigos o vecinos, y certificado por un juez de paz de la sección o del cantón”*.³³⁹ Por esa misma época, Cabanis arroja por primera vez en la historia la idea de que *“la humanidad, la justicia y la buena medicina ordenan no encerrar más que a los*

³³⁸ Para esta decisión, la Asamblea Nacional toma como punto de referencia el informe rendido en diciembre de 1789 por el *Comité de mendicidad para visitar las casas de internamiento de París*, el cual estaba integrado por cinco miembros bajo la dirección del duque de La Rochefoucauld-Lincourt, y que se practicó a instancias de una orden emitida por esa misma constituyente.

³³⁹ Proyecto de reglamento para dar aplicación al *Informe al Departamento de París sobre el Estado de las Locas de la Salpêtrière*. Ob. cit. por FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 155.

locos que verdaderamente puedan perjudicar al prójimo, y no atar más que a aquellos que, de otro modo, se harían un perjuicio a ellos mismos".³⁴⁰ De esta manera, se sientan las bases sobre las cuales se prescribió como indispensable que previo a su internamiento y sin pérdida de tiempo, a todo recluso "*se le examinará en todos los aspectos, se le hará observar por oficiales de sanidad, se le hará vigilar por las gentes de servicio más inteligentes y más habituadas a observar la locura en todas sus variedades*".³⁴¹

En ese mismo 1791, tras la puesta en funcionamiento de la jurisdicción de familia que había sido creada por la Constituyente mediante un decreto de mayo del año anterior, y luego de sustituirse el antiguo procedimiento de la *lettre-de-cachet* por la atribución a estos jueces de familia de la competencia para decidir aquellos casos en los que el objeto de la litis versara sobre la condición mental de alguno de los sujetos, todas las recomendaciones que acerca del tratamiento de los enajenados se habían expresado fueron finalmente materializadas en un modelo de procesamiento judicial que se apoyaba en el diagnóstico de un galeno para legitimar la decisión del internamiento. Desde entonces "*ningún caso, ni aun si la locura es evidente, debe detener el internamiento el curso de la justicia ni prevenir la condena; pero, en el procedimiento, hay que dejar lugar a la investigación de la locura; el acusado debe 'ser oído e interrogado ante el consejo informador, visto y visitado por el médico y cirujano de la Corte, en presencia de uno de sus suplentes'*".³⁴²

En lo criminal, el cambio ocurrido tras la Revolución fue mucho más profundo: desde 1682, cuando el Magistrado Agustín Nicolás, Presidente del Partido Dijón, publicó en Ámsterdam su obra³⁴³ en contra de la tortura como mecanismo legítimo de indagación judicial, no se detuvieron las voces que a lo largo y ancho de Europa demandaban un cambio en el sistema de procesamiento criminal. En este sentido, bien conocida fue la obra de Beccaria en Italia, la de Montesquieu y la de Voltaire en Francia, y las obras de Friedrich von Spee, Christian Thomasius o Feuerbach en Alemania, todos ellos quienes se pronunciaron en contra del *ancien régime* imperante en Europa desde la baja Edad Media.³⁴⁴ Pero en definitiva y haciendo abstracción de la gran cantidad de tópicos a los que su crítica hacía referencia, es en todo caso importante para el tema que nos ocupa, la influencia que su censura al modelo

³⁴⁰ CABANIS, *Euvres Philosophiques*. París, 1956, IIª parte, pág. 49. Ob. cit. por FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 154.

³⁴¹ *Vues sur les secours publics*. Ob. cit. por FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 154.

³⁴² FOUCAULT, *La Historia...* vol. 2, pág. 153.

³⁴³ Me refiero a su trabajo titulado *Si la torture est un moyen sur a verifier les crimes secrets, dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traité des abus, qui se commettent partout en l'instruction des procès criminels, et particulièrement en la recherche du sortilège*. Sobre el particular, cfr. MAIER, *Derecho Procesal Penal...* pág. 105.

³⁴⁴ Sobre las críticas de estos autores al sistema de tarifa probatoria, véase MAIER, *Derecho Procesal Penal...* pág. 106.

vigente ejerció para la transformación de los métodos de valoración probatoria, los cuales se trasladaron desde la tarifa legal hacia la íntima convicción.

En el caso de Francia, la reforma al sistema de procesamiento criminal pasó prontamente a convertirse en una moda de la que incluso participaron activamente los jueces, tal como lo confirma el discurso pronunciado por el Magistrado Servan en 1766, y en el que criticó abiertamente —entre otras cosas— el sistema de pruebas legales acogido por la entonces vigente Ordenanza de 1670.³⁴⁵ Al final, los reparos y observaciones al modelo inquisitivo pasaron a ser recogidos en la Ley 16-29 de septiembre de 1791, que, como primer estatuto procesal de la Revolución dio el gran giro hacia un sistema de procesamiento criminal profundamente influenciado por el Derecho romano republicano y por el Derecho consuetudinario inglés. Sin configurar aún un modelo acusatorio, esta ley introdujo por primera vez, y de modo definitivo, el sistema de libre convicción para la valoración de las pruebas, lo que además era consecuente con su intención de integrar un modelo de juicios por jurados. De hecho, y aun cuando esta ley fue posteriormente modificada por el *Code de délits et des peines* del 3 brumario del año IV, por la Ley del 7 del pluvioso del año IX, por la Ley 7 del nivoso del año IX y, finalmente, por el *Code d'instruction criminelle* de 1808, lo cierto es que el principio de íntima convicción para la valoración probatoria se mantuvo perenne hasta nuestros días.

En lo que a la imputabilidad concretamente se refiere, tras la instauración de los *Tribunales de Policía* y los *Tribunales de Distrito* mediante la Ley 16-24 de agosto de 1790, el decreto 12-19 de octubre de 1790, y las Leyes 10-15 y 19-22 de junio de 1791, los mecanismos de determinación judicial de la enajenación siguieron en lo criminal el sistema de libre valoración de la prueba, sin perjuicio de la importancia que se le atribuía al diagnóstico del galeno en el proceso de formación de la íntima convicción del funcionario. Tal era el mandato del artículo 342 del *Code d'instruction criminelle* de 1808, el cual era comentado en los siguientes términos:

*“La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales ellos se convencen. Ella no les prescribe reglas algunas de las cuales ellos deban hacer depender particularmente la plenitud y suficiencia de una prueba. Ella les prescribe interrogarse ellos mismos, en el silencio y recogimiento, y buscar la sinceridad de su conciencia cuál impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa”*³⁴⁶

Estaba entonces claro que siguiendo en lo sustancial el mandato del artículo 64 del Código Penal francés de 1810, el cual prescribía que no existía crimen o delito si el agente se encontraba en estado de demencia al momento del acto, la determinación judicial de ese estado de enajenación mental debía realizarse por el funcionario competente, prevalido de un diagnóstico médico que podía valorar conforme a su leal saber y entender, en orden a formarse su íntima

³⁴⁵ Cfr. *ibíd.*, pág. 111, nota 115.

³⁴⁶ Esmein, *Historie de la Procedure Criminelle en France*. Ob. cit. por *ibíd.*, pág. 131, nota 124.

convicción acerca del estado de imputabilidad del procesado. Mas dado que con la declaratoria de inimputabilidad lo que desaparecía no era la pena sino el carácter mismo de delito, la jurisprudencia había asentado el criterio de que en lo procesal el debate sobre el estado mental del imputado no podía integrarse al juicio sobre la responsabilidad criminal. Es así que, planteado el debate sobre la imputabilidad, todo el procedimiento debía interrumpirse, pues “*el estado de locura no podía llevar aparejado ni una pena moderada, ni aun una absolción, sino un sobreseimiento*”.³⁴⁷

Por su parte, en Alemania, como en el resto de Europa, el espíritu de la Revolución y las invasiones napoleónicas se encargaron de permear las legislaciones locales, influenciando a todos los Estados para adoptar modelos procesales consecuentes con el espíritu ilustrado sobre el que se erguía la doctrina de los derechos humanos. En este orden de ideas, es interesante el dato de que “*el Code d’instrucción criminalle de 1808 rigió directamente en una parte del territorio de Alemania, Renania prusiana, en la ‘orilla izquierda del Rhin’, hasta 1849, al influjo de la dominación napoleónica, precisamente derrocado ese año*”.³⁴⁸ Pero en cualquier caso ha de tenerse en cuenta que aun antes de ser liberada del imperio de Napoleón, la sociedad alemana ya había cedido por sí sola a la fuerza del espíritu de la Revolución, tal como lo constata la expedición del *preussische Kriminalordnung* del 11 de diciembre de 1805, y el *bayerische Prozessordnung* de 1813, por medio de los cuales se deroga el modelo de procesamiento inquisitivo de corte medieval, y se da origen a un sistema de juicio por jurados caracterizado, en lo que nos atañe, por el sistema de libre valoración de la prueba.³⁴⁹

Al final, el proceso de transformación del sistema de procesamiento criminal alemán viene a consolidarse el 27 de diciembre de 1848, fecha en que la Asamblea Constituyente de Frankfurt, reunida en la *Paulkirche*, emite su declaración de los *Grundrechte des deutschen Volkes*, que a continuación habría de determinar el contenido axiológico de la Constitución Imperial del 28 de marzo de 1849, así como las reformas procesales de Prusia (1849), Baden (1864) y Württemberg (1868), entre otras.

Ahora bien, en cuanto a los alcances de esta nueva codificación penal en materia de imputabilidad cobra particular importancia, por el sistemático estudio dogmático que algunos influyentes juristas de la época le dedicaron, el Código Penal para el Reino de Baviera emitido el 16 de mayo de 1813 por el rey Maximiliano José de Munich, el cual prescribía en sus artículos 119, 120 y 134:

“Art. 119.- *Es impune una acción u omisión antijurídica que no puede imputarse a la persona ni en razón de un dolo antijurídico ni de una imprudencia.*

Art. 120.- *Están especialmente disculpados: I) Los niños menores de ocho años; II) Los furiosos, locos y, en general, aquellas personas que hubiesen perdido totalmente el uso de su entendimiento por*

³⁴⁷ FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*.... pág. 27.

³⁴⁸ MAIER, *Derecho Procesal Penal*...pág. 142.

³⁴⁹ *Ibíd.*

melancolía u otra grave enfermedad de las facultades y en este estado hubiesen cometido un crimen; III) Aquellos que por debilidad mental estuviesen enteramente fuera de situación de valorar correctamente las consecuencias de su acción o de reconocer su punibilidad; IV) Personas que por debilidad de la edad avanzada hubiesen perdido el uso de su comprensión; V) Sordomudos, en tanto no hayan sido instruidos sobre la no permisión y punibilidad civil de su acción y su incapacidad de imputación se encuentre fuera de duda; en cualquier caso, no obstante, deberán ser penados sólo como menores, conforme al art. 99(...).

Art. 134.- No se presumirá que un inculpado ha actuado en un estado excluyente de la punibilidad o en la necesidad de fuerza privada adecuada a derecho, sino que mediante prueba se deberá poner en evidencia su certeza o probabilidad”.

Y a propósito de esta legislación bávara, ya en la decimocuarta (14ª) edición de su *Tratado de Derecho Penal* publicado en 1847 en Gessen, Feuerbach explicaba.³⁵⁰

*“Los medios de prueba que producen la prueba no artificial son: I) La inspección ocular y el dictamen pericial de expertos en la materia; II) Los testigos; III) Los documentos; IV) Las declaraciones del inculpado”.*³⁵¹

*“La inspección ocular es la investigación de los caracteres sensoriales de un objeto determinado a través del propio reconocimiento sensorial del juez. Como conocimiento directo tiene categoría preeminente frente a todos aquellos medios de prueba que sólo permiten un conocimiento indirecto (testimonio y declaración del inculpado). Cuando el reconocimiento de las características requiera de la aplicación de una ciencia o arte que no estuviese en la esfera de los conocimientos que como tales quepa suponer en un juez, la inspección ocular se hará con el concurso de expertos. Tratándose de un objeto sobre el cual se deba juzgar según las reglas de una determinada ciencia o arte especiales, el examen se llevará a cabo conforme al dictamen de peritos”.*³⁵²

Así pues, a manera de síntesis de todo lo anterior, parece defendible la hipótesis de que tanto en Francia como en Alemania, y en el resto de Europa, la mixtura entre el sistema de libre apreciación de la prueba y la importancia que había cobrado la medicina a modo de herramienta para la administración de la locura como problema de salud pública, articularon el punto de coyuntura que permitió la imposición de un método de determinación judicial de la imputabilidad caracterizado por la exigencia de un dictamen médico que el funcionario debía valorar conforme a su íntima convicción.

Pero, en el fondo, como substrato de la Revolución, lo que ha ocurrido en este periodo es la cristalización de un proceso por virtud del cual se ha transformado esa sensibilidad que observaba la locura desde un prisma policíaco, por otra que la interpreta como una enfermedad mental, y más aún como un problema de salubridad pública, cambio de actitud que casi de inmediato tuvo su reflejo en la sustitución de las formas de reacción judicial hacia la enajenación: de ese encierro indiscriminado e inhumano al que eran reducidos los locos, se dio un agudo viraje hacia su internamiento en lugares especialmente destinados a la demencia, en los que además se abría gradualmente el espacio para la terapéutica de la enfermedad.

³⁵⁰ “El StGB bávaro de 1813 proyectado por Feuerbach fue, junto con el Code penal francés de 1810, el más importante modelo de Código penal del siglo XIX”. JESCHECK, *Tratado...* § 10, 4.

³⁵¹ FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*. Libro III § 573.

³⁵² *Ibíd.* § 574.

En lo sucesivo, comenzaría a imponerse una mirada que entendía la locura desde una perspectiva rigurosamente psicológica; que se inquietaba por entenderla mediante la comprensión de la mente humana, y que a la postre habría de impregnar la investigación de la enfermedad mental de un romanticismo profundamente vinculado a la filosofía humanista de principios del siglo XIX. Es así que allí mismo, en Bicêtre y en Salpêtrière, Philippe Pinel instaló y llevó a la práctica la teoría psicológica de la enfermedad mental que había desarrollado en su *Traité Medicophilosophique*, y en la cual postulaba que “únicamente los médicos con algún conocimiento de la motivación humana – lo que él denominó <<historia de la comprensión humana>> - podían efectuar una labor fructífera con los enfermos”.³⁵³ A su llegada el 25 de agosto de 1793 como médico en jefe de Bicêtre, Pinel se preocupó por “cambiar la actitud de la sociedad hacia los dementes, de manera que éstos pacientes pudiesen llegar a ser considerados como enfermos merecedores y necesitados de tratamiento médico”.³⁵⁴

En Alemania, por su parte, Johann Cristian Reil publicaba en 1803 un trabajo titulado: *Rhapsodien über die Anwendung der pshychischen Curmethode auf Geisteszerrüttungen*, en el cual defendía e impulsaba la necesidad de una reforma hospitalaria, argumentando para el efecto una concepción psicoterapéutica profundamente influenciada por la psicología empírica: “se hallaba totalmente convencido de que la enfermedad mental es un fenómeno psicológico cuya causa requiere métodos psicológicos de tratamiento”.³⁵⁵ Como la gran mayoría de los reformadores médicos, Reil confiaba plenamente en la *introspección* como técnica para la comprensión del comportamiento humano, siguiendo la premisa de que sólo aquellos médicos que están en condiciones de comprender las experiencias psíquicas que acontecen en su propia vida, son capaces de ofrecer alguna asistencia a quienes padecen los sufrimientos de una enfermedad mental.

La visión psicológica de la locura instaurada por este movimiento reformador, el cual estaba integrado no sólo por Pinel³⁵⁶ y Reil, sino también por importantes

³⁵³ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 147.

³⁵⁴ *Ibíd.* Las aportaciones de Pinel a la humanización del tratamiento médico de los enajenados, que entre otras cosas tenían como antecedente la práctica hospitalaria desarrollada en España desde el siglo XVI por influencia árabe, son de hecho una solución obtenida a partir del extenso repertorio de observaciones y descripciones realizadas a todo lo largo del siglo XVII.

³⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 173.

³⁵⁶ La visión de Pinel, así como la de otros tantos que sentaron las bases de la moderna psiquiatría, debe en todo caso entenderse como una consecuencia del renovado prestigio con que el racionalismo del siglo XVIII había impregnado a la filosofía (cuyo auge para entonces era harto superior que el de la teología), lo que a la sazón habría logrado introducir a la medicina en la confrontación política y moral de su tiempo. Es debido a esa coyuntura histórica; a esa intensidad con que hierve el debate político y social durante Ilustración, que se instala en la sociedad de principios del siglo XIX la preocupación por revestir a la medicina de un nuevo manto de legitimidad, el cual fue finalmente hallado en la atribución de una función pública. Así, bajo la convicción de que “el hombre podía moldear su destino mediante la acción social basada en el conocimiento científico de los fenómenos sociales” (ALEXANDER, *Historia de la*

autores como Jean Étienne Dominique Esquirol, Guillermo Ferrus o François Leuret, entre muchos otros, es de alguna manera el epílogo del espíritu exacerbadamente racionalista que había predominado durante la primera parte del siglo XVIII, y marca el inicio de una generación de médicos obnubilados por la irracionalidad que gobierna la psique humana. Como consecuencia de ello, el estudio de la enfermedad mental abandonaría durante la primera mitad del siglo XIX su preocupación por el “*medio*”, por el entorno exterior como causa de la locura, y centraría su interés en las pasiones, en las emociones, en los instintos que gobiernan la vida interior de los individuos.

Y es esta perspectiva desde la que se organiza, sistematiza y por sobre todo humaniza la enfermedad mental, la que descendió progresivamente hacia las capas más bajas de la sociedad, y la que provocó esa sustitución de la mirada clásica de la locura. Es como respuesta a este particular arraigamiento del humanismo ilustrado en la conciencia colectiva, o sea, como corolario de ese asentamiento del estatuto médico-psicológico de la enfermedad mental, que tuvo lugar en el derecho la transformación de los mecanismos de reacción judicial hacia la inimputabilidad, la cual se habría caracterizado principalmente por la concesión definitiva de la competencia para diagnosticar y tratar la enfermedad mental, donde quiera que ésta se encuentre, a la ciencia médica. Es convincente, a mi juicio, que esta teoría psicológica de la enfermedad mental elaborada y puesta en práctica por la medicina de finales del siglo XVIII, luego de haberse enraizado en la conciencia social, hubiera penetrado por esa vía tanto en la teoría jurídica de la imputabilidad como en los métodos para su determinación judicial. Tal como lo veo, el cambio de paradigma sufrido por la teoría jurídica de la imputabilidad durante este periodo sólo se explica como consecuencia de la necesidad a la que se enfrenta el derecho de transformar el fundamento conceptual de sus instituciones, en orden a articularlas con esa mirada psicológica de la enfermedad mental desde la que se le juzgaba como responsable de haber legitimado el tratamiento de los inocentes como culpables; de los enfermos como criminales.

En resumen, se trata de un periodo en el que el desvelamiento de las inhumanas condiciones de reclusión de los enajenados no sólo despertó en la sociedad la conciencia de entender a la locura como una enfermedad mental que debía gestionarse mediante políticas de salud pública, y en el derecho el pudor de haber legitimado la inhumanidad y la crueldad hacia personalidades enfermas, sino que además impulsó una comprensión rigurosamente psicológica de la enajenación, mirada ésta desde la que tuvo lugar una reelaboración del discurso jurídico de la inimputabilidad, de cara a garantizar la aplicación de métodos probatorios que permitieran al juez distinguir con

Psiquiatría... pág. 147), Pinel, Johan Meter Frank, Wihelm Hufeland y otros tantos, impulsaron doctrinas que no sólo afirmaban la importancia de la salud mental como problema social, y abogaban por la creación de políticas para la *salud pública*, sino que además, guardando plena coherencia con el discurso legitimador de su profesión, propugnaban la inmediata elaboración de un estatuto ético para su ejercicio.

absoluta nitidez la criminalidad de la enajenación: es, en este contexto, en el que no sólo la inimputabilidad se comprende en el teatro de los eventos psicológicos, sino que además se impone un método de prueba de la inimputabilidad esencialmente articulado sobre un dictamen médico que, a su vez, el juez habrá de valorar según su íntima convicción.

6. Conclusión.-

En este capítulo se ha intentado realizar una reconstrucción histórica del proceso de evolución del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, aproximadamente desde el siglo XI hasta el siglo XIX. Aunque el proceso histórico de evolución de las formas judiciales de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no presenta rupturas que permitan dividirlo en etapas claramente diferenciadas, por razones didácticas en este capítulo se han expuesto cuatro momentos distintos de esa evolución a saber:

- i) Un primer estadio de la evolución del método para la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental puede encontrarse en el tránsito de un modelo jurídico casi por completo indiferente respecto del estado mental del procesado, como lo era el derecho germano antiguo, a otro en el que se desarrolla una teoría, un procedimiento y un régimen probatorio para investigar y determinar ese estado, tal como lo fue el sistema inquisitivo de procesamiento criminal.

Como se dejó expuesto, en el derecho germano antiguo las disputas relacionadas con el daño sufrido por un sujeto a causa de un hecho realizado por un loco, eran resueltas extendiendo la responsabilidad a sus familiares, quienes tenían la obligación de pagar una compensación a la persona perjudicada si querían mantener la paz y seguir protegidos por el derecho. De esta manera, la condición mental del procesado no era un presupuesto de responsabilidad, y por esa razón la determinación del estado mental del procesado no era fundamental dentro del procedimiento judicial.

A diferencia del derecho germano, el modelo inquisitivo concedió importancia a la determinación del estado mental del infractor. Los cambios sufridos por el derecho europeo a causa de la *Recepción del Derecho Romano*, la influencia de la doctrina moral cristiana, la instalación definitiva del método *inquisitivo*, y el surgimiento del concepto de <<falta>> como epicentro del derecho penal, dieron origen a un modelo jurídico en el que libertad se convirtió en un presupuesto indispensable de la responsabilidad. El procedimiento inquisitivo previó que los locos no fueran responsables por las consecuencias de sus acciones, apoyándose en un discurso que ya desde entonces consideraba que esa clase de personalidades carecían de

la conciencia y voluntad necesarias para obrar con la libertad que da origen a la responsabilidad.

El modelo inquisitivo de procesamiento criminal tenía una clara preocupación por el estado mental del procesado, en el entendido que la locura podría configurarse como una causal de exoneración de castigo. Por esta razón, el modelo inquisitivo incorporó un régimen probatorio muy detallado para investigar y conocer el estado mental del infractor, el cual consistió en la adopción y desarrollo de un riguroso método indiciario como primera forma de aproximación a la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

- ii) Un segundo momento en la evolución del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental lo encontramos en la ruptura producida por el humanismo laico del siglo XVI en la manera que el derecho contemplaba y procesaba la locura. En este capítulo se explicó cómo los cambios culturales ocurridos a consecuencia del humanismo permitieron que la medicina pasara de ser considerada un simple compendio de técnicas que no merecían ser teorizadas, por no ocuparse del estudio de la esencia de las cosas, a gozar de un rejuvenecido prestigio en los círculos cultos de la sociedad europea. Así mismo, se describió la forma en que el aumento gradual del reconocimiento de esta disciplina le permitió a los médicos irse apropiando progresivamente de la determinación de la locura, mediante la lenta y paulatina adopción de un discurso que no sólo presentaba a la locura como una enfermedad del cuerpo y no del alma, sino que además se atrevía a clasificarla y a describir tratamientos para curarla.

Es interesante observar cómo a medida que la medicina ganaba prestigio, ingresaba en el terreno jurídico apropiándose cada vez de más espacios. Cuanto más proclive era el derecho a recibir aportes de la medicina, mayor era la ruptura producida entre las formas jurídico-administrativas que continuaban adheridas a la imagen místico religiosa de la locura —y que respondían a ella con medidas policíacas de represión que eran producto del temor—, y las formas jurídico judiciales que intentaban avanzar en el reconocimiento de la locura como una enfermedad que debía ser diagnosticada por los médicos más que por los juristas. Prueba de ello lo constituye la coexistencia de dos tipos diferentes de respuestas jurídicas frente a la locura, y dos tipos distintos de instituciones para su reclusión, según ésta fuese procesada administrativa o judicialmente: en el primer caso, los locos debían sufrir el encierro en lugares de internamiento destinados a aislar de la sociedad las personalidades más oscuras e indeseables, y en donde además de ser mezclados con delincuentes, vagabundos y enfermos, serían sometidos a la disciplina de arduos trabajos para corregirles el alma; en el segundo caso, los enfermos eran internados en hospitales y sometidos a tratamientos tan peligrosos como inútiles, tales como sangrías, purgas, vejigatorios y baños.

Lo interesante para el tema que nos ocupa es ver de qué manera un movimiento esencialmente cultural como el humanismo logra, a través de la transformación de la imagen que tiene la sociedad de la medicina, poner en movimiento un proceso que mediante la sustitución de la visión dominante acerca de la naturaleza y las causas de la locura logra permear el derecho y producir en él una ruptura, concretizada en la introducción gradual de un método probatorio que a la postre va a suponer una revolución en el modelo de procesamiento de este tipo de individuos: *la pericia médica*.

- iii) El tercer estadio de esta evolución podríamos hallarlo en la manera en que la crisis económica sufrida por la Europa de comienzos del siglo XVII parece no sólo haber impulsado una transformación de la percepción social dominante de la locura, sino también importantes modificaciones al nivel de la legislación, la teoría jurídica y el procedimiento para la determinación de la inimputabilidad.

En efecto, en este capítulo se explicó que la crisis económica que amenazaba con acabar los capitales de la emergente burguesía europea hacia finales del siglo XVI y principios del XVII, aparecida en el contexto de una sociedad que empezaba a abrazar los valores del espíritu capitalista fundado en el trabajo y la austeridad, vino a producir un cambio en la opinión dominante sobre aquellas personalidades improductivas habituadas a vivir de la limosna, el vagabundeo o el pillaje. La necesidad de superar la crisis mediante una ética del trabajo llevó a la sociedad europea a sustituir la economía de la caridad, que estaba dispuesta a acoger a los desgraciados y desvalidos, por otra que los consideraba personalidades enfermas, necesitadas de disciplina y de corrección.

Parece haber sido así, por fuerza de la necesidad, que en algún momento la locura fue asimilada sin más a ese tipo de personalidades improductivas y sometidas a la misma mirada de reprobación. A un lado quedaron la imagen místico-religiosa que le temía a la locura y que se deshacía de ella con el exilio o el aislamiento, y la mirada compasiva de la medicina que la equiparaba a una enfermedad ofreciendo además poder tratarla. En su lugar se instauró una visión que encontraba en los dementes personalidades sometidas por el predominio de sus instintos animales, e incapaces de liberarse ellos mediante la razón. Se vio en los locos una especie de seres comparables a los animales salvajes y se concluyó que debían no sólo ser aislados para seguridad de los hombres, sino también sometidos al trabajo para corregir su espíritu enfermo e improductivo. En resumen, se vio en ellos un problema de seguridad y de orden social que requería urgentes medidas policíacas y correccionales más que médicas o espirituales.

En alguna medida, el derecho respondió a esta transformación con importantes modificaciones. Por un lado, las legislaciones europeas incorporaron disposiciones que obligaban a tomar severas medidas

administrativas de policía contra todas las formas de mendicidad y vagabundeo, creando además instituciones dedicadas a corregir esos espíritus enfermos e improductivos mediante el trabajo. Prueba de ello lo constituyen las *Houses of Correction* inglesas, las *Zuchthäusern* alemanas, o el procedimiento de las *lettre-de-cachet* en Francia. Y por otro lado, la doctrina jurídico-filosófica del siglo XVII, profundamente anclada en el iusracionalismo, desarrollo un soberbio discurso jurídico sobre la *imputatio*, al hilo del cual quedaba fundamentada la idea de que las acciones de los locos no debían considerarse como conductas humanas que fueran objeto de estudio del derecho penal. La consecuencia de este discurso es que quedó legitimado un modelo que procesaba la locura administrativamente como un problema de orden público, y no judicialmente como un problema de responsabilidad penal.

En materia probatoria, la visión reprobante y policiaca de la locura parece haber tenido también importantes repercusiones. El predominio de la teoría que excluía los actos de los locos del sistema penal, encasillándolos casi por completo en las competencias policíacas de la administración, tuvo como consecuencia una importante restricción de la práctica de la pericia médica, al punto de casi su desaparición. En su lugar, se instauró un modelo en el que la determinación de la locura ya no era un asunto judicial, sino un problema de naturaleza administrativa que podía resolverse acudiendo a la opinión de los cuerpos colegiados integrados por jurisconsultos expertos, pertenecientes a las más prestigiosas facultades de derecho (*Spruchkollegium*). Su opinión sobre esta materia, la mayoría de las veces, se contraía prácticamente a la cuestión de si la demencia del sujeto era real o fingida, para saber si su acto debía ser sometido a las reglas del proceso penal, o si podía ser atendido recurriendo a las facultades policíacas de la administración.

- iv) Un cuarto momento de la evolución esta dado por el proceso de transición desde la mirada reprobante y policiaca, que veía en la locura un problema de orden y seguridad pública, hacia aquella que reconoce definitivamente en la locura una enfermedad y que exige un tratamiento médico para ella. Un proceso de transformación de la imagen cultural dominante de la locura que, en el derecho, obtuvo como respuesta el giro desde un modelo que da a la locura un tratamiento administrativo, y que para determinarla recurre a un procedimiento sumario consistente en la solicitud de una opinión a un consejo de jurisconsultos expertos, hacia otro en el que se da a la locura un tratamiento judicial-penal, y que para determinarla recurre a la opinión experta de un galeno.

En este capítulo se intentó reconstruir el proceso llevado a cabo desde comienzos de la segunda mitad del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX, y que concluye con la adopción definitiva de un modelo de valoración probatoria que permitía la libre apreciación de la prueba bajo criterios de sana crítica, y en el marco del cual la pericia médico-legal se convirtió hasta

nuestros días en el medio probatorio autorizado para determinar la inimputabilidad por trastorno mental. En esa oportunidad, se intentó dejar claro que la implementación definitiva de la pericia psiquiátrica no fue consecuencia de un único factor que pudiera ser identificado como su causa, sino de la convergencia y combinación de una gama casi inabarcable de factores económicos, políticos y culturales.

Se expuso, por ejemplo, cómo la necesidad de ajustar el gasto público para hacer frente a la aparición de una nueva crisis económica en gran parte de Europa, sumada al temor de la población por la nocividad de los vapores y humores que salían de los centros correccionales y los hospitales, impulsaron un proceso de reorganización de estas instituciones que implicó la reclasificación de todos los internos. Así mismo, se explicó que esta reclasificación de los reclusos, en el contexto de una sociedad crecientemente racionalista y proclive a conceder el estatus de ciencias a las disciplinas como la medicina, permitió que las puertas de las correccionales se abrieran para los miembros de la comunidad médica, quienes se encargaron de denunciar al mundo las condiciones infrahumanas en que eran mantenidos los enfermos mentales en esos lugares. Además, también se expuso cómo las denuncias de la comunidad médica sobre las condiciones de reclusión de los enfermos mentales, sumadas al espíritu ilustrado de una revolución que decía defender los derechos humanos para todos los hombres por igual, sensibilizaron a la sociedad sobre el estatus de los locos, produciendo así la sustitución definitiva de la imagen reprobante y excluyente de la locura por otra que la comprendía y que exigía tratarla como enfermedad.

En relación con el tema que nos ocupa, es interesante observar que la sumatoria de todos estos factores económicos, médicos y culturales habría tenido alguna clase de relación con la importante transformación ocurrida en el ámbito del derecho. A la sazón, puede observarse que justo para la época en que todos los cambios antes mencionados tuvieron lugar, en el derecho se inició un proceso de cambio que culminó con la expedición de normas jurídicas que reformaron el procedimiento para la determinación de la inimputabilidad y el tratamiento jurídico de los inimputables. Se trató, como ya se tuvo ocasión de explicar, de una reforma jurídica producida por la expedición de normas que: i) por un lado, ordenaban identificar a los individuos internados en las correccionales por razones de locura y ponerlos en manos de médicos para su posterior traslado a lugares especialmente destinados a ellos; ii) por otro lado, reincluyeron la inimputabilidad en el compendio de los asuntos que debían debatirse en el juicio penal y no en el seno de procedimientos administrativos de policía; y iii) finalmente, conferían a las partes y a los jueces libertad para demostrar la inimputabilidad por cualquier medio probatorio, sin perjuicio de lo cual la opinión experta de un psiquiatra terminó afianzándose, seguramente por razones culturales, como la prueba idónea para resolver este tipo de controversias.

El estudio de este proceso de evolución histórica de los métodos para la determinación y el tratamiento jurídico de la inimputabilidad, sin duda alguna permite extraer muchas conclusiones. Sin embargo, en el marco del tema que ocupa esta investigación, y de cara a la perspectiva desde la cual se aborda el problema de la imputabilidad en este trabajo, la conclusión más importante que puede obtenerse es la siguiente: *el método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es producto de la manera en que en cada momento histórico concreto, han podido articularse los contenidos de la demanda social de reacción jurídica frente a los inimputables, la cual está vinculada a la imagen dominante de la locura, por un lado, y los métodos jurídicos de razonamiento y procesamiento criminal con los que se responde a esa demanda de reacción en el marco de la imagen dominante de la locura, por otro.*³⁵⁷

A mi juicio, la forma que en cada momento histórico ha adquirido el método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental está determinada por dos factores: i) la necesidad que tiene el sistema jurídico de responder de una manera específica a los comportamientos delictivos de las personas afectadas por un trastorno mental; y ii) la racionalidad que en cada momento orienta las formas jurídicas de procesamiento criminal. Frente a lo primero, la manera en que el derecho debe responder a los actos delictivos de los enfermos mentales depende del contenido de la demanda social al respecto, la cual está determinada por la imagen dominante que tiene la sociedad acerca de las personas afectadas por un trastorno mental. Frente a lo segundo, la racionalidad que orienta las formas jurídicas de procesamiento criminal en cada época determina la manera concreta en que el derecho procesa a las personas afectadas por un trastorno mental, para reaccionar frente a sus comportamientos en la forma específica en que la sociedad lo demanda.

En la medida en que la imagen dominante de la locura ha cambiado a través de los tiempos, ha cambiado también la forma de reacción jurídica que la sociedad demanda al derecho respecto a los comportamientos delictivos de estas personalidades. A su turno, los cambios ocurridos al nivel del contenido de la

³⁵⁷ En este sentido, me encuentro de acuerdo con FOUCAULT (*Un Diálogo...* pág. 132) cuando sostiene que el cambio de los enunciados científicos se produce en realidad, por *“una modificación de las reglas de formación de los enunciados que son aceptados como científicamente verdaderos. No se trata, pues, de un cambio de contenido (refutación de antiguos errores, puesta al día de nuevas verdades), ni tampoco de una alteración de la forma teórica (renovación de los paradigmas, modificación de los conjuntos sistemáticos); lo que está en cuestión es lo que rige los enunciados y el modo como se rigen unos y otros para construir un conjunto de proposiciones aceptables científicamente y susceptibles por consiguiente de ser verificadas e invalidadas por procedimientos científicos”*. Más aún, considero plausible su idea de que *“Cada sociedad tiene su régimen de verdad: es decir: los tipos de discurso que acoge y hace funcionar como verdaderos o falsos, el modo como se sancionan unos y otros; las técnicas y los procedimientos que están valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de los que están a cargo de decir lo que funciona como verdadero”* (*Un Diálogo ...* pág. 143).

demanda social de reacción frente a la locura han determinado modificaciones al interior del derecho que explican las diferentes formas que ha adquirido el método para la determinación judicial de la imputabilidad.

Pero también los cambios en la racionalidad que orienta las formas jurídicas producen transformaciones en la manera en que son procesados los sujetos afectados por un trastorno mental. Así, los métodos, técnicas y procedimientos judiciales utilizados para asegurar que la solución de cada caso satisfaga la demanda social de reacción jurídica hacia ese tipo de personalidades dependen de la racionalidad que en cada momento determine las formas jurídicas dominantes.

Finalmente, es importante subrayar que tanto los cambios que ocurren al nivel de la imagen dominante de la locura, como los que ocurren al nivel de la racionalidad que orienta las formas jurídicas de procesamiento criminal, son consecuencia de una importante cantidad de factores de tipo económico, político, cultural, religioso, etc. Todos estos factores convergen de diferente manera y con distintas intensidades, produciendo en cada momento histórico concreto una imagen específica de la locura y una racionalidad determinada para el procesamiento criminal, lo cual determina a su vez los cambios ocurridos en la forma del método para la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental. Escapa por completo a las posibilidades de este trabajo proponer conclusiones generales acerca de la clase de factores que intervienen, o acerca del papel y la importancia que cada uno de ellos tienen en la evolución de la forma del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Como mucho, puede indicarse la relación que algunos de esos factores parecen tener con el cambio sufrido por el método para la determinación de la inimputabilidad en un momento histórico específico y concreto, más no ofrecer teorías generales que postulen reglas para explicar o predecir la influencia de cada uno de esos factores en el curso global de la historia de este método.

Conclusiones de esa naturaleza no son posibles en este trabajo porque, como puede verse en este capítulo, en el proceso histórico de evolución del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental intervienen una cantidad inabarcable de factores, muchos de los cuales operan silenciosamente, de una forma irregular, discontinua, cuneiforme. El proceso de evolución histórica del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no es lineal, simétrico, armónico, en el sentido que los diferentes factores no intervienen secuencialmente uno detrás de otro, de forma ordenada, de manera que pueda apreciarse la incidencia de cada uno de ellos. Tampoco presenta rupturas, quiebres o saltos que permitan hacer divisiones tajantes, y observar claramente un antes y un después de la intervención de cada factor. Se trata de un proceso sucesivo, sin solución de continuidad, en el que intervienen de manera simultánea, y a veces hasta parece que en forma arbitraria, diferentes factores. Cada factor interviene intempestivamente en el curso de la historia de los acontecimientos, a veces de

forma solitaria, a veces junto con otros factores, por razones siempre distintas en cada caso, de modo que no es sencillo descifrar la lógica general que se esconde en el proceso de evolución histórica, si es que existe alguna.

Por esta razón, lo único que puede hacerse es lo que se ha hecho en este capítulo: reconstruir el proceso de evolución del método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, describiendo la forma en que los factores económicos, políticos, culturales, religiosos, etc. fueron apareciendo a lo largo del curso de la historia, e indicando la relación que algunos de esos factores parecen tener con los cambios sufridos por el método para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en cada momento histórico específico y concreto, sin intentar postular reglas generales para explicar y predecir la participación e importancia de cada uno de esos factores en el curso global de la historia de este método.

§ II. Estado actual del debate.-

1. Origen y evolución del método mixto.-

Es realmente intrigante el dato de que aun cuando la arquitectura conceptual de la inimputabilidad ha sido transformada, matizada, afinada y pulida, que aun cuando la teoría del delito ha redefinido en más de una ocasión sus categorías, que aun cuando los elementos estructurales de la responsabilidad han sido reubicados dentro del sistema, y que aun cuando los métodos de elaboración y determinación del derecho dominantes han cambiado como mínimo en cuatro ocasiones durante los últimos ciento cincuenta años, la forma de determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental sigue estando amarrada al dictamen pericial, como si el diagnóstico médico en este punto fuera por completo inmune a las transformaciones de la teoría del delito.

Por supuesto, con ello no quiero significar que la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental haya permanecido inmutable, pues la influencia de las diferentes corrientes de pensamiento ha incidido para que, por periodos, el predominio de la racionalidad médico-psiquiátrica en los basamentos de la teoría del delito se acentúe o disminuya. Así, habrá de recordarse cómo, por ejemplo, para finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el auge del positivismo naturalista influyó en el nacimiento de la escuela positivista italiana, la cual se hizo célebre por su intento de aplicar las teorías psiquiátricas de corte organicista para explicar el comportamiento delictivo, para tratar de identificar al *criminal nato*, y para justificar una concreta reacción judicial denominada *medida de seguridad*.

Aunque ya a principios del siglo XIX Guillermo Ferrus y François Leuret habían planteado la existencia de impulsos psíquicos tan fuertes que podían doblegar la conciencia, e incluso impulsar la voluntad hacia la realización de conductas delictivas, la idea de llevar a cabo tratamientos psiquiátricos a los criminales no empezó a dominar el discurso jurídico hasta finales del siglo XIX.³⁵⁸ Ello debido a que sólo entonces, y principalmente a causa de la incursión del método positivo, la medicina pudo reaccionar en contra de esa tradición psicológica de la enfermedad mental que había preponderado desde Pinel, aduciendo en su contra que se trataba de una doctrina indisciplinada, asistemática, especulativa, puramente teórica; en fin, excesivamente romántica.

En efecto, la tesis de Comte acerca de que en *“las leyes de los fenómenos es en lo que consiste, realmente, la ciencia, a la cual lo hechos propiamente dichos, por exactos y numerosos que puedan ser, nunca procuran otra cosa*

³⁵⁸ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 176.

que materiales indispensables”,³⁵⁹ fue ampliamente compartida y aplicada en los diferentes ambientes académicos, y enraizó la idea de que el verdadero espíritu científico debe centrarse en la observación de los fenómenos y no en la imaginación ni en la argumentación: el objeto de la ciencia se halla en la determinación de las leyes, esto es, de las “*relaciones*” constantes entre los fenómenos.³⁶⁰ Como muchas otras disciplinas, la medicina no fue inmune a la influencia del positivismo, y debido precisamente a la recepción de este método tuvo lugar una huida desde la medicina tradicional encausada por la teoría psicológica, hacia otras teorías más “científicas” orientadas por la aplicación de los principios de la física y la química en el estudio de la enfermedad mental.

En concreto, el gran salto hacia la psiquiatría organicista tuvo lugar cuando “*los médicos franceses propusieron que el foco de enfermedad se hallaba en los tejidos de los órganos y, finalmente, cuando a mediados del siglo [XIX], los investigadores alemanes localizaron la enfermedad en los elementos infinitos con que estaban contruidos los tejidos: las células*”.³⁶¹ Desde entonces, y hasta ahora, no han cesado los intentos de un sector de la medicina por buscar el origen orgánico de la enfermedad mental, proponiéndose a lo largo de los últimos ciento cincuenta años diversas teorías, la gran mayoría de ellas hoy reevaluadas, para explicar la dinámica y la mecánica de las patologías mentales: los enormes logros obtenidos por la ciencia gracias a la aplicación del método positivo, y especialmente los obtenidos por Darwin gracias a su rigurosa aplicación en el estudio de la biología evolutiva, estimularon en la medicina del siglo XIX el nacimiento del gran movimiento psiquiátrico que aún hoy intenta entender la enfermedad mental a través de su observación en el campo de la genética, la bioquímica, la neurología y la psicofarmacología.³⁶²

En Alemania, la reorganización universitaria que acompañó el proceso de unificación realizado bajo el mandato de Bismark dio el apoyo necesario para la aplicación del método positivo al estudio de la etiología de la enfermedad mental, y en el caso concreto de la Universidad de Berlín para que profesores como Wilhelm Griesinger se dedicaran concienzudamente a la observación del comportamiento de las enfermedades mentales a nivel orgánico y a la rigurosa sistematización de los datos obtenidos. En Inglaterra, Henry Maudsley abordó el estudio orgánico de la enfermedad mental en la misma línea de Griesinger, pero llegó más allá al afirmar que incluso “*el carácter viene determinado fundamentalmente por la estructura del cerebro*”.³⁶³ En Rusia, Ivan Petrovich Pavlov realizó invaluable aportaciones en cuanto a la clasificación de los diferentes tipos de personalidades, lo que a la postre sería también decisivo al

³⁵⁹ COMTE, pág. 31.

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 186.

³⁶² *Ibíd.*, pág. 191.

³⁶³ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 194.

aplicarse en la configuración de la teoría sobre el perfil psicológico de las distintas categorías de delincuentes.³⁶⁴

En Italia, las obras de Enrico Ferri y Cesare Lombroso fueron celebres por haber intentado aplicar el método de la psiquiatría organicista, así como algunas de sus conclusiones, a la identificación de los delincuentes natos. Al respecto habrá de recordarse, por ejemplo, la exposición de Lombroso acerca de las características anatómico-biológicas que se presentan de forma atávica en los delincuentes de carrera, que se ha convertido a lo largo de la historia jurídica reciente en el paradigma del determinismo biológico-criminal.

*“Comencemos por la anomalía que pudiera decirse más característica y ciertamente más atávica en los criminales, es decir, por el hoyuelo en medio del occipital”.*³⁶⁵

Mediante el análisis de algunas de las más populares personalidades criminales de su época, Lombroso intentó demostrar la idea de que el carácter del delincuente de carrera no sólo es consecuencia de la estructura orgánica del individuo, sino que de hecho aquella inclinación innata hacia el delito puede descubrirse mediante una cuidadosa observación de toda su anatomía.

“Eyraud me parece un ejemplo de criminaloide, ascendido con el tiempo a criminal de hábito o profesional.

La fisonomía de Eyraud en nada corresponde a su renombrada maldad.

Y no quiere decir esto que le falte ninguna nota de degeneración, no; la oreja larga, 6,1 centímetros, está cortada; protuberancia frontal izquierda muy desarrollada, con una verdadera asimetría; entorno de los ojos pequeñas arrugas anormales; los labios y las mandíbulas bastante desenvueltas, como se observa frecuentemente en los libertinos. Así todos estos caracteres no se encuentran en Eyraud, ni muy acentuados, ni demasiado numerosos; falta en él ese conjunto de constituye, a mi juicio, el tipo criminal.

La craneometría no nos da resultados más interesantes. La capacidad del cráneo de Eyraud debe ser igual ó superior a la media; su mente ofrece un amplio desarrollo; solamente se puede observar en él la brachicefalia exagerada, que se advierte frecuentemente en los homicidas

*Eyraud tiene otro carácter más común a los criminales que a los hombres honrados. Nos referimos al predominio del grande cruzamen (longitud de los brazos) sobre la talla general del cuerpo; la estatura de Eyraud es de 1 metro 66 por un cruzamen de 1'72 en lugar de 1 metro 66”.*³⁶⁶

Ferri fue mucho más prolijo que Lombroso a la hora de explicar que su obra constituía un intento por abordar el estudio del delito a partir de lo que él denominaba: *“método de antropología criminal”*.³⁶⁷ Así, por ejemplo, su trabajo sobre *El Homicida en la Psicología y en la Psicopatología Criminal* comprende un auténtico esfuerzo por ofrecer una herramienta que fuera útil tanto al juez como al perito psiquiatra, de cara a resolver definitivamente el grave y difícil problema que supone diferenciar entre: *“el homicida loco, no punible, del homicida común y punible”*.³⁶⁸ Allí, en aquella monografía, Ferri elabora un auténtico manual de semiótica criminal en el cual se ocupa de clasificar e ilustrar *“según su importancia en la génesis personal del homicida, más de*

³⁶⁴ Me refiero al modelo que clasifica las personalidades entre categorías como: melancólicas, coléricas, flemáticas, sanguíneas, etc.

³⁶⁵ LOMBROSO, *Los Criminales*, pág. 10.

³⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 58.

³⁶⁷ FERRI, *El Homicida...* pág. LXII.

³⁶⁸ *Ibíd.*

sesenta caracteres psicológicos del homicida nato y de cincuenta síntomas psicopatológicos del homicida loco".³⁶⁹

Asido del arsenal teórico que la psiquiatría organicista de su época le suministraba, al final de su obra Ferri concluye que *"la constitución psíquica de los homicidas natos, se resume en este carácter definitivo: anormal impulsividad de acción, por falta o debilidad de resistencia a los impulsos criminales"*,³⁷⁰ diagnóstico concluyente que inmediatamente busca apoyo en el siguiente argumento:

"La razón de estos hechos (en los cuales se dibuja la primera forma de la <<obsesión homicida>> de carácter patológico que estudiaremos en los locos) consiste en que, en la categoría de los homicidas instintivos —como más o menos en los demás delincuentes por tendencia hereditaria o por degeneración psico-patológica— se verifica una debilidad, por defecto congénito de desarrollo, en los centros moderadores —así llamado por los fisiólogos— (centres moderateurs, inhibitory system, hemmungsmechanismus) y en virtud de los cuales precisamente se verifica la resistencia en de los sentimientos y de las ideas contra el impulso de otros sentimientos e ideas, en aquella fase psíquica que se llama la deliberación (i).

i. Desde el punto de vista fisiológico —después del descubrimiento de los fenómenos de inhibición periférica hecho en 1845 por los hermanos Weber, y de los fenómenos de inhibición cerebral realizado por Setschenow en 1862— existe una discusión entre los experimentadores acerca de la función de estos centros moderadores. Si bien la hipótesis de los <<centros moderadores o de inhibición>>, no es aceptada por los fisiólogos, después de las insistentes críticas de Brown Séquard, esto no obsta para que los fenómenos de impulsividad y su explicación fisiopsicológica sean exactos cuando se trata de una función general de inhibición, propia de todos los centros nerviosos, y no de centros especiales que tengan como función específica tal inhibición".³⁷¹

En Alemania, esta orientación hacia la psiquiatría organicista permeó con menos intensidad el derecho penal, quizás debido a la enorme influencia que en la gran mayoría de los juristas aún ejercía su tradición filosófica. Y es que mientras que en el resto de Europa la reputación del método positivo hacía caer en el descrédito a la filosofía, la antigua obsesión alemana por la elaboración de un auténtico sistema jurídico alimentaba la discusión filosófica sobre el objeto y el método propio de la ciencia del derecho. De este modo, mientras en Italia se dejaba de lado la filosofía y se trabajaba en la línea de conceder estatus científico al derecho penal mediante su articulación con ciencias empíricas como la psiquiatría o la antropología, en Alemania se investigaba la manera de conceder estatus científico autónomo al derecho penal mediante una reflexión filosófica profunda que permitiera la identificación del objeto y el método que le son propios.

En todo ello cumplió un papel muy importante el movimiento iniciado hacia mediados del siglo XIX por Julius Hermann von Kirchmann y el segundo Jhering, quienes alzaron su voz en contra de la doctrina de la *jurisprudencia formal de conceptos*. Junto con Kirchmann, Jhering *"reaccionó contra el conceptualismo que originalmente había profesado"*,³⁷² y ambos hicieron oír sus voces de protesta hacia una práctica jurídica que consideraban carente de un objeto propio plenamente identificado y de un método que pudiera ser

³⁶⁹ *Ibíd.*

³⁷⁰ *Ibíd.*, pág. 230.

³⁷¹ *Ibíd.*, pág. 233.

³⁷² VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 884.

rigurosamente calificado como científico: mientras en el discurso ofrecido ante la Sociedad Jurídica de Berlín en 1847 Kirchmann cuestiona el estatus científico de la jurisprudencia de su tiempo, al subrayar la imposibilidad de encontrar para el derecho “*un objeto autónomo, libre e independiente en sí mismo*”,³⁷³ Jhering enderezaba sus esfuerzos hacia la reformulación del objeto y el método jurídico, a partir de una indagación filosófica sobre el fin del derecho.

Al final, la plausibilidad de los cuestionamientos formulados en contra de la jurisprudencia formal de conceptos habría calado hondo en el espíritu de las generaciones subsiguientes, dando lugar a un amplio abanico de escuelas en su mayoría perfiladas hacia la búsqueda incansable del estatus científico del derecho. Como consecuencia de esta reflexión, tuvo lugar el gran debate de finales del siglo XIX entre el *positivismo legalista* de Zittelmann y Kelsen, y la *escuela del derecho libre* de Eugen Ehrlich; debate que aun cuando no se encuentra en lo absoluto resuelto, pareció sin embargo haber encontrado temporalmente una síntesis en la doctrina de la *jurisprudencia de intereses* inaugurada por Phillip Heck.³⁷⁴

En lo que hace al derecho penal, en el contexto de toda esta lucha de escuelas fueron importantes las aportaciones de Beling, Binding y —especialmente por los alcances posteriores de su teoría del delito— la contribución de Franz von Liszt, autor este último quien, decantado hacia la doctrina de la jurisprudencia de intereses, habría intentado estructurar un sistema de derecho penal fundamentalmente articulado sobre la idea de que el fin del derecho penal es la defensa de los bienes jurídicos entendidos como intereses vitales.

“Todo derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana. El derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho.

*1. Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo y de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como lo derechos de autor o inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos.”*³⁷⁵

Ahora bien, es importante destacar que aun cuando es cierto que la mayor aportación de von Liszt a la dogmática penal está dada por el sistema que elaboró para explicar, con fines esencialmente pedagógicos, la estructura

³⁷³ KIRCHMANN, pág. 35. Ob. cit. por *Ibíd.*

³⁷⁴ Al respecto: *Ibíd.*, pág. 1.013. Este autor sostiene: “*La jurisprudencia de intereses (Interessenjurisprudenz) se situó en rotunda contraposición a la jurisprudencia de conceptos. Rechazó radicalmente su método; pero, a diferencia del movimiento del derecho libre, no abjuró del positivismo legalista que para aquella constituía un dogma. Su espacio, como vamos a ver, se movió entre el ocupado por Jhering en El fin del derecho, que rechazaría, y las posiciones de Ehrlich y Kantorowicz, a las que no quiso llegar.*”

³⁷⁵ LISZT, *Tratado...* II, § 14, I, 1.

conceptual del delito, no es menos cierto que en el epicentro de su obra pueden entrecruzarse con tenuidad algunos de los lineamientos fundamentales de la psiquiatría organicista. De ello constituye incontestable evidencia la inusitada importancia que concedió a la anormalidad psicológica del delincuente, no sólo en su famoso *Programa de Marburgo* sino también en su *Tratado de Derecho Penal*.

“El empleo consciente de la pena, como un arma del orden jurídico en la lucha contra el crimen, es imposible sin el examen científico del crimen en su aspecto real y exterior y en sus causas interiores que se deducirán de los hechos. Esta <<teoría del crimen>>, causal y explicativa, puede ser llamada CRIMINOLOGÍA (etiología de la criminalidad).

*Se podría ensayar aun una distinción entre la Biología criminal (o Antropología) y la Sociología criminal dentro de la Criminología como teoría del delito. La primera tendría que describir el crimen como un acontecimiento en la vida del individuo, examinar su inclinación al crimen en su formación individual y en sus condiciones individuales; se subdividiría en Somatología criminal (Anatomía y Fisiología) y Psicología criminal. La misión de la Sociología criminal sería, por el contrario, describir el crimen como acontecimiento de la vida social, examinarle en su conformación así como en sus condiciones sociales”.*³⁷⁶

No obstante, y a diferencia de sus colegas de la criminología positivista Italiana, debe aclararse que von Liszt consideró completamente *“errónea toda concepción puramente biológica del crimen; es decir, su derivación exclusiva de la personalidad material y espiritual del delincuente”*.³⁷⁷ Por esta razón, se preocupó por acentuar suficientemente su conclusión acerca de que:

“LA OBSERVACIÓN NOS ENSEÑA QUE CADA DELITO PARTICULAR RESULTA DE LA COOPERACIÓN DE DOS GRUPOS DE CONDICIONES; DE UNA PARTE, DE LA PROPIA NATURALEZA DEL INDIVIDUO DEL DELINCUENTE; DE OTRA PARTE, DE LAS CONDICIONES EXTERIORES, FÍSICAS Y SOCIALES, SOBRE TODO ECONÓMICAS, QUE LE RODEAN”.³⁷⁸

Consecuente con ello, von Liszt mantuvo una posición moderada desde la que definió la imputabilidad como esa *“capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres”*.³⁷⁹ Por consiguiente, y siguiendo la tradición asentada en la doctrina alemana que lo antecedió, von Liszt sostuvo que *“la imputabilidad supone, pues, que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con velocidad normal; que la base afectiva de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas morales y religiosas, etcétera, correspondan a la media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal”*.³⁸⁰

Tal vez por su medida en la ponderación de las capacidades científicas de la medicina de su tiempo, la tesis de la inimputabilidad de von Liszt, diferenciable

³⁷⁶ LISZT, *Tratado...* II, § 15, 1.

³⁷⁷ *Ibíd.*

³⁷⁸ *Ibíd.* § 15, II. (Las mayúsculas son del autor).

³⁷⁹ *Ibíd.* § 37, I.

³⁸⁰ *Ibíd.*

de la de Feuerbach sólo en algunos matices, no llega a consecuencias probatorias distintas de las que se habían producido en el periodo anterior: en su obra, al igual que en las de sus antecesores, se encuentra expresamente consignada la descripción de un método de determinación judicial de la inimputabilidad basado en una libre apreciación de la prueba pericial psiquiátrica por parte del juzgador:

*“El juez es el que tiene que decidir, según su propio examen y según su propia responsabilidad, si la perturbación mental, comprobada por peritos, excluye o no la imputabilidad. El informe médico, que debe extenderse todo el contexto del § 51 – y, por consiguiente, también al <<libre ejercicio de la voluntad>> - no le obliga, ni le pone a cubierto”.*³⁸¹

Más tarde, para comienzos del siglo XX, tanto el panorama del derecho como el de la psiquiatría entrarían en crisis: en el derecho, pese a todos los esfuerzos del positivismo legalista y de la jurisprudencia de intereses, fue imposible evitar que el monismo metodológico impuesto por el positivismo decimonónico, que el peso de las ciencias naturales exactas como paradigma de cientificidad, y que el predominio del criterio causal en el basamento de la explicación científica, mantuvieran en vilo el estatus de conocimiento de toda la doctrina humanista sobre la que se apoyaba tradicionalmente la jurisprudencia.³⁸² De tal suerte que sin importar el grado de desarrollo alcanzado por ellas, todas las teorías existentes sobre el hombre, el derecho y la sociedad continuaban siendo consideradas un discurso especulativo, meras opiniones carentes de fundamento constatable; en definitiva, seguían siendo observadas con recelo por todas las demás áreas del conocimiento que sí encajaban en los cánones vigentes de cientificidad.

En lo que hace a la psiquiatría, con la llegada del siglo XX era ya innegable que la profundización en el conocimiento de la anatomía del sistema nervioso, y particularmente del cerebro y la medula espinal, había permitido importantes avances en el estudio de la enfermedad mental, en el sentido de ofrecer nuevos datos a partir de los cuales parecía posible, al menos en un comienzo, relacionar los síntomas del comportamiento anormal con patologías orgánicas identificadas, sin necesidad de formular especulaciones psicológicas infundadas. Sin embargo, todos estos ingentes esfuerzos no fueron suficientes, pues a pesar de ellos era claro que *“los estados emocionales no podían localizarse en las áreas del cerebro ni en las texturas histológicas del cerebro”*,³⁸³ y que por consiguiente muchas patologías consideradas como enfermedades mentales no podían ser explicadas desde una perspectiva organicista. Y me refiero en particular a aquellas enfermedades que se manifiestan como un comportamiento claramente anormal, sin que exista evidencia de algún defecto o enfermedad a nivel orgánico.

³⁸¹ *Ibíd.* (El § 51 se refiere a la falta de salud mental como causa de inimputabilidad).

³⁸² Cfr. MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 29.

³⁸³ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 197.

De esta época de escrutinio, confusión y desencanto por la que atravesaban el derecho y la psiquiatría sólo pudo salirse como consecuencia del advenimiento de una nueva dimensión de la comprensión humana: la dimensión del sentido, del valor, de la relación entre el sentido y el valor, y del papel que cumple esta relación en el proceso de comprensión del hombre como ser social insertado en una cultura, en un espacio y en un tiempo histórica y socialmente configurados.

En 1858, en un trabajo titulado *Grundriss der Historik*, Droysen plantea una distinción antes inexistente entre la explicación (*Erklären*) y la comprensión (*Verstehen*), como procesos mentales de conocimiento del todo diferenciables. Luego, hacia el final del siglo, y sobre la base de esta distinción, Rudolf Herman Lotze y Dilthey, y después de ellos Stammler, Bernato, Windelband, Rickert y otros, rompieron el monismo metodológico impuesto por el positivismo de Comte, afirmando que al lado de las ciencias naturales, elaboradas mediante el método empírico y preocupadas por la *explicación* causal de los fenómenos naturales, existían las ciencias del espíritu cuyo propósito era la *comprensión* del sentido de los fenómenos sociales y de los eventos humanos.³⁸⁴ Esta línea de pensamiento, conocida en general como el movimiento *neokantiano*, y tradicionalmente subdividida entre la escuela de Marburgo (Bernato y Stammler) y la escuela de Baden o Sudoccidental alemana (Windelband y Rickert), tuvo el mérito de haber destrabado la investigación social sacándola de ese desprestigio en el que la había hecho caer el positivismo de mediados del siglo XIX, y repotenciando su capacidad de producción de conocimiento mediante su redireccionamiento hacia un horizonte de investigación antes inadvertido: la filosofía de los valores.³⁸⁵

La revolución generada por el neokantismo en las ciencias sociales no tiene parangón: por un lado, mediante la introducción de la dimensión de *sentido* en los fenómenos sociales, el neokantismo produjo un viraje en la investigación social desde el método positivista puro hacia la hermenéutica; y por otro lado, mediante la inclusión de los valores sociales como fuente de sentido, rematerializó un discurso que parecía haber caído casi por completo en el empirismo de la observación o en el formalismo de la lógica. Se trata, en definitiva, de una revolución que al menos en lo que hace al tema que nos ocupa transformó la forma de investigar y comprender la enfermedad mental y ayudó a perfeccionar las formas jurídicas para su determinación judicial.

En lo concerniente al aspecto médico de la enfermedad mental, las últimas décadas del siglo XIX habían marcado un periodo en el que estaba claro que la psiquiatría, a pesar de todo ese positivismo científico del que hacía alarde, no estaba en condiciones de ofrecer las respuestas que el estudio rigurosamente clínico de la enfermedad mental demandaba. Se trata de un momento en el que, además, parecía no haber alternativa a la investigación orgánica de la

³⁸⁴ Cfr. MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 30.

³⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 31.

enfermedad mental, debido precisamente a que la *“psicología hacía desesperados esfuerzos para salvarse del desprecio en que comenzaba a caer la filosofía en general”*.³⁸⁶ Pues bien, fue en un momento de crisis como este cuando tuvo lugar el nacimiento del movimiento psicoanalítico, liderado por Sigmund Freud a lo largo de toda la primera mitad del siglo XX. Su aportación, en lo absoluto evidente, fue simple pero vital: *“Freud introdujo la causalidad psicológica”*.³⁸⁷

Freud fue pionero en la aplicación del método científico al estudio de la psicología individual: su método se encontraba esencialmente basado en una minuciosa observación de la conducta del enfermo y en la aplicación de técnicas de interrogación al paciente, con lo cual intentaba identificar las emociones, pasiones, ideas e instintos que determinan su comportamiento, luego de lo cual podía realizar comparaciones con otros casos semejantes, establecer similitudes, formular distinciones, y finalmente identificar reglas generales de causalidad psicológica que permitan comprender el origen de cada enfermedad. Pero Freud no se limitó simplemente a aplicar un método basado en la observación y posterior inducción-deducción de principios y reglas generales: fue consecuente con la filosofía de su tiempo y entendió que el comportamiento humano no sólo debe explicarse, sino que debe comprenderse a partir de una dimensión de sentido que sólo se adquiere mediante la *interpretación*. Desde el psicoanálisis, Freud revivió la idea —ya existente en Pinel— de que es necesario conocer la psicobiografía de cada paciente para poder ofrecer alivio a sus padecimientos; pero para ello, no bastaba reconstruir los síntomas de la enfermedad: era necesario además tener la capacidad de leer la historia personal del paciente, de interpretarla a la luz del conocimiento y la comprensión de las experiencias vitales del género humano.³⁸⁸

En el derecho, la influencia del neokantismo fue igual de importante que en la psicología, y gracias a ella fue posible rediseñar los métodos jurídicos de elaboración y determinación del derecho. Bajo la influencia de la filosofía de los valores, el derecho rescató el método teleológico y lo redireccionó hacia un nuevo fin: la realización efectiva de los valores sociales tal como se encuentran configurados prejurídicamente, o sea, la materialización de un conjunto de valores cuyo conocimiento es posible como substrato de la comprensión de la dimensión de sentido de los fenómenos sociales. En lo subsiguiente, el método teleológico ya no estaría asociado a la búsqueda de las finalidades que perseguía el legislador. A partir de este momento comenzaría a entenderse como un método orientado a la búsqueda y realización de los fines políticos y axiológicos del derecho y del Estado: las normas jurídicas en particular, y el sistema jurídico en general, deben ser elaborados e interpretados de tal forma que el sentido de sus disposiciones realice efectivamente los valores

³⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 227.

³⁸⁷ ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría...* pág. 229.

³⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 230.

sociales.³⁸⁹ En resumen, el aporte del neokantismo a la ciencia del derecho “se caracteriza, pues, por definir los conceptos jurídicos de forma fundamentalmente deductiva, a través de referencias valorativas, y por una ordenación sistemática del Derecho mediante categorías cuyos límites y contenido no vienen determinados sólo por criterios formales, sino por la referencia a valores”.³⁹⁰

En el derecho penal, las obras de James Goldschmidt, Edmund Mezger y Reinhard Frank constituyen valiosísimos ejemplos de la incorporación del método neokantiano en el análisis de las categorías que integran el sistema de la teoría del delito.³⁹¹ Y es precisamente a ellos, por la introducción de la dimensión de sentido y de la dimensión valorativa que llevaron a cabo en el método de determinación del derecho, a quienes debemos que la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental haya terminado de pulir sus contornos, hasta adquirir la fisonomía que le conocemos hoy.

La primera gran consecuencia de la revisión de las categorías dogmáticas a la luz del método teleológico-valorativo consistió en la aportación que realizó Reinhard Frank a la teoría de la culpabilidad. A Frank no sólo se le atribuye la superación del *concepto psicológico* que desde Feuerbach entendía la culpabilidad como el vínculo interno existente entre el hecho y la mente del sujeto, sino también la formulación de un *concepto normativo* que, en lo sucesivo y hasta nuestros días, definirá la culpabilidad en términos estrictamente valorativos. Inspirado por el giro hacia la hermenéutica provocado por el neokantismo, Frank advierte que la culpabilidad no se encuentra en la psiquis del delincuente, sino en el acto de atribución de sentido que llevamos a cabo todos quienes valoramos la conducta realizada por él.³⁹² De esta forma, la culpabilidad no consiste en un dato psicológico que sea posible constatar empíricamente, sino en un juicio de valor que se lleva a cabo sobre la conducta: se trata de un juicio de reproche que se le realiza al sujeto por el hecho de no haber actuado conforme a derecho, estando en posibilidad de hacerlo.³⁹³

Este concepto normativo de culpabilidad introducido por Frank adquirirá en Alemania su forma definitiva mediante la fundamentación deontológica que le suministró Goldschmidt, al otorgarle “*un contenido material unitario mediante la idea del deber de observancia de la norma: un deber que emana de la exigencia de obediencia que ésta encierra*”.³⁹⁴

Ya en materia de inimputabilidad, el mayor aporte viene dado por Mezger. Éste, al igual que Feuerbach y von Liszt, advierte que “*la teoría de la imputabilidad*

³⁸⁹ CARDENAL, *El Tipo Penal...* pág. 315.

³⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 333.

³⁹¹ Cfr. JESCHECK, *Evolución del Concepto...* pág. 4.

³⁹² *Ibíd.*, pág. 3.

³⁹³ *Ibíd.*, pág. 4.

³⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 3.

jurídico-penal se ha convertido, desde hace tiempo, en la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el derecho penal”,³⁹⁵ con lo cual persiste en la línea de mantener la asociación entre la imputabilidad y las capacidades psicológicas del sujeto.³⁹⁶ Sin embargo, Mezger se aparta de la doctrina tradicional que ubica la imputabilidad en la teoría de la pena, y produce una importante ruptura al reintroducirla nuevamente en la teoría del delito.

“Finalmente, imputabilidad no significa, lisa y llanamente, ‘capacidad de pena’, como sostienen FEUERBACH, v. LISZT y RADBRUCH; en efecto, la imputabilidad pertenece a la teoría del hecho punible, no de la pena. Imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y, por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema jurídico-penal”.³⁹⁷

Las consecuencias de su tesis no pueden subestimarse: el hecho de que la imputabilidad sea reintroducida en el esquema de la teoría del delito, y ubicada sistemáticamente en la categoría de la culpabilidad, debe significar necesariamente que su determinación ha de hacerse conforme al método teleológico-valorativo que orienta todo el modelo.³⁹⁸ Por consiguiente, y aun cuando el dictamen pericial resulte de gran importancia como elemento de juicio, lo cierto es que el juez es quien debe valorar la situación con arreglo a los criterios axiológicos, políticos y jurídicos que orientan el sistema de la teoría del delito. La decisión acerca de si en un caso concreto el sujeto tiene capacidad de culpabilidad (ya no capacidad de pena), y en dado evento en qué medida la tiene, implica un juicio valorativo acerca de uno de los estratos analíticos del delito, y por consiguiente se trata de una decisión jurídica y no médica cuya adopción es competencia exclusiva y excluyente del juez. Por tal razón, y aunque en lo esencial la idea ya se encontraba implícita en Feuerbach y en von Liszt, Mezger debe contarse entre los primeros autores que reconocen explícitamente el carácter mixto del método de determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental.

“La ley sigue, en su estructura, un método que se ha dado en llamar bio-psicológico o mixto”.³⁹⁹

Pero, además, es que Mezger no se contrae simplemente a reconocer el carácter mixto de la decisión sobre la imputabilidad, sino que también, al describir el método en todos sus detalles, da cuenta del estado al que la escuela psicoanalítica de Freud ha llevado el problema de las causas de la enfermedad mental. Mezger se aleja considerablemente de la postura organicista que von Liszt había dejado entrever en su teoría y se inclina por admitir que las enfermedades mentales tienen una dimensión hermenéutica, una dimensión de sentido que supera el simple diagnóstico de la patología física y que se remonta a la comprensión de la psicología del sujeto como ser inmerso en un ambiente social, cultural, histórico concreto; valoración que en todo caso requiere el concurso coordinado del perito y el juez.

³⁹⁵ MEZGER, *Derecho Penal*. §55.

³⁹⁶ Cfr. JESCHECK, *Evolución del Concepto...* pág. 4.

³⁹⁷ MEZGER, *Derecho Penal*. §55.

³⁹⁸ Cfr. JESCHECK, *Evolución del Concepto...* pág. 4.

³⁹⁹ MEZGER, *Derecho Penal*. §58.

“Las llamadas bases biológicas de la ‘perturbación de conciencia’, de la perturbación morbosa de la ‘actividad del espíritu’ y de la ‘debilidad mental’ no son, en realidad, características físico-biológicas, sino ‘psicológicas’, y la consecuencia a la que el §51 se refiere, acerca de la capacidad de ‘comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esta comprensión’, no constituye una característica meramente psicológica, sino valorativa sociológica. Por lo tanto, sería más exacto hablar de características descriptivas y de características valorativas (normativas). El método descriptivo normativo que rige en el derecho vigente, tiene la ventaja de poner de manifiesto que el juicio sobre la imputabilidad del autor se conecta ‘descriptivamente’ a hechos (situaciones de hecho) psicológicos determinados, que requiere siempre, sin embargo, una apreciación ‘valorativa’ de tales situaciones. Dado que esta apreciación es siempre, en primer término, jurídica, pone también acertadamente de relieve que el juicio terminante contenido en el §51 puede realizarse solamente con el concurso del perito médico y del juez jurídicamente preparado, y no unilateralmente por una u otra de estas partes.”⁴⁰⁰

Más tarde, hacia el final de la década de los veinte y pese a las invaluable aportaciones del neokantismo, comenzaron a tomar fuerza las constantes críticas que cuestionaban el excesivo relativismo de sus postulados: gradualmente fue haciéndose generalizado un reproche hacia la excesiva elasticidad con que el neokantismo administraba los valores que podían orientar teleológicamente el modelo. Debido a esa neutralidad que intentaba mantener respecto de los valores en relación con los cuales adquieren sentido los fenómenos sociales, el neokantismo privó a las ciencias sociales de cualquier recurso para hacer frente a las ideologías que negaban las libertades enraizadas en la tradición proveniente de la Revolución francesa. Para la década de los treinta estaba ya claro que su tesis fundamental acerca de la posibilidad de comprender el sentido de las acciones socialmente relevantes mediante su referencia teleológica a valores no era incompatible con el radicalismo de algunas ideologías totalitarias, las cuales empezaban a tomar fuerza en Europa luego de que la recesión económica de los EE.UU., el estado de explotación de la clase obrera y en general las grandes inequidades sociales hicieran caer en el descrédito al liberalismo clásico.⁴⁰¹

En el derecho penal se hizo cada vez más nutrido el sector de la doctrina que se inclinaba por pensar que, al margen de las objeciones que pudieran plantearse en el ámbito de su sistema de la teoría del delito —las cuales pasaban a segundo plano—, las verdaderas deficiencias del modelo neokantiano *“radican, en lo político, en su acentuada neutralidad frente a los valores fundamentales del Derecho Penal, que perjudicó de forma decisiva la posición de la ciencia en su confrontación con la ideología del Estado totalitario y con los problemas sociales de la época industrial, y favoreció el divorcio de Dogmática y Política Criminal”*.⁴⁰²

Pero curiosamente la alternativa al método teleológico-valorativo tuvo su génesis en las filas del neokantismo, y concretamente en las de la escuela de

⁴⁰⁰ *Ibíd.* El §51 al que se refiere el autor corresponde al §51 del StGB alemán de 1871, con todos sus complementos y modificaciones posteriores, y cuya redacción se basaba en la ley sobre delinquentes habituales (RGBl. I, 995) del 24 de noviembre de 1933.

⁴⁰¹ En este sentido, cfr. JESCHECK, *Tratado...* §22, III, 3.

⁴⁰² JESCHECK, *Tratado...* §22, III, 3.

Marburgo. El discípulo más aplicado de Franz Brentano, Edmund Husserl, se apartó gradualmente del neokantismo afirmando que el verdadero conocimiento sólo puede provenir de las “evidencias apodícticas que ofrezcan seguridad absoluta de saberes y absoluta ausencia de duda”.⁴⁰³ Husserl sostuvo que el sujeto tiene la capacidad de conectarse a un nivel *intuitivo* con los objetos y que dicha *intuición* es el punto de partida fundamental para conocer la *esencia* de los *fenómenos*. En consecuencia, el problema de la metodología de las ciencias sociales era encontrar la manera de aprehender esa *esencia* de los fenómenos que percibimos *intuitivamente*. El método propuesto por Husserl, conocido como *fenomenológico*, consistió en ir “eliminando los influjos y las realidades extrañas a la conciencia o <<mundanales>>, para reducir el saber a <<saber de la conciencia misma, en el cual son conocidos los objetos de un modo trascendental e inmanente en la pureza absolutamente radical que es el saber filosófico primordial y fundador>>”.⁴⁰⁴

En este sentido, y siguiendo el método fenomenológico, la “*esencia se halla contenida en el dato y para captarlo es necesario prescindir de los demás elementos que no interesan a la investigación fenomenológica, cuyo objeto es el eidos; y para ello aplica Husserl, primero la reducción fenomenológica, o suspensión, o sea <<poner en paréntesis>>, todo lo que en el contenido de la conciencia se refiere al sujeto psicológico y la existencia individual (exclusión de toda costumbre, de todo dato de hecho, de cuanto impide captar la esencia, el fundamento sólido de toda ciencia); y, después, la reducción trascendental que, además, pone entre paréntesis lo que no es correlativo a la pura conciencia, para descubrir la condición que hace posible el efectuarse de todas las esencias*”.⁴⁰⁵

Este método de elaboración de la ciencia influyó en gran medida a Max Scheller y a Nikolai Hartmann, quienes introdujeron gradualmente diferentes correcciones hasta terminar cada uno de ellos elaborando su respectivo método. En el caso de Scheller, éste se ocupó principalmente de los valores como manifestación *a priori* de lo emocional: “*a diferencia de Husserl, quien, como sabemos, considera las esencias como correlativas a un acto teórico e introduce una cierta mediación, Scheller sostiene que el valor se capta con una aprehensión inmediata, con un acto intencional de sentimiento, que él llama “sentimiento puro”. La “intuición emocional” es precisamente intuición de los valores, que por eso son “fenómenos emocionales”, pertenecientes enteramente a la esfera afectiva (y no teórica) del amor o del odio, de la atracción o de la repugnancia*”.⁴⁰⁶ Dado lo anterior —y es ello quizás lo más relevante de la teoría de Scheller—, “*los valores, por lo tanto, no están ligados*

⁴⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 1.188.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 1.189.

⁴⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 1.190.

⁴⁰⁶ SCIACCA, M.F. *La Filosofía Hoy*. Ob. cit. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 1.194.

a los hechos: los hechos cambian y pasan, pero los valores que en ellos se expresan son eternos e inmutables; las cosas pasan, pero los valores permanecen idénticos a sí mismo, aún en la mutabilidad de la vida y de la historia. No son ellos relativos, sino que es relativo nuestro conocimiento de los valores que no pueden ser identificados con la actividad humana (subjetivismo) ni reducidos a su proceso histórico (relativismo)”.⁴⁰⁷

Hartmann, por su parte, redireccionó las investigaciones fenomenológicas de Husserl hacia la ontología, apelando principalmente a la idea de “*que “conocer algo” y “algo se aparece” a un sujeto son expresiones equivalentes: lo que se manifiesta en que el fenómeno es el ente; y, por lo tanto, con el fenómeno se capta una cosa en sí manifestada por él. En pocas palabras, el fenómeno deja “aparecer” su contenido metafenoménico; todos los fenómenos son fenómenos de un ente en sí (Ansichseinsphänomene)”*.⁴⁰⁸ Hartmann da el salto de la gnoseología a la ontología, mediante el intento de un realismo a ultranza encarnado en la idea de que “*el ente en sí cuando es conocido (y sólo por este “estar en frente” a un sujeto, quedando en sí, inmutablemente, ente), es el ente-objeto; el conocimiento es objetivación (Objektion). En ese sentido es un acto “trascendente”, o sea, que no se realiza en la conciencia, sino que la sobre pasa y la lleva al ser que existe en sí independientemente de ella”*.⁴⁰⁹

En lo que al derecho penal se refiere —y de allí la importancia de lo anterior—, fue Hans Welzel quien ya desde su juventud, en 1935, inició el proceso de crítica progresiva a la teleología-valorativa de la escuela sudoccidental alemana, afirmando categóricamente que “*la ciencia del derecho no debía configurar el objeto del conocimiento sino observarlo como trazo óptico del ser; no debiendo ser la interpretación una actividad conformadora desde ideas a priori, <<sino más bien una captación de la estructura esencial inmanente y objetiva de los objetos>>, de la <<estructura óptica de la realidad>> cuya intangibilidad, en cada caso, se trata”*.⁴¹⁰ Desde la crítica al método neokantiano, Welzel realizó su aportación más significativa, consistente en la construcción de una sistema que intentaba articular bajo una sola teoría del delito, la fenomenología de Edmund Husserl, la antropología de Max Scheller y la ontología de Nikolai Hartmann. Su teoría “*significó una reacción en pro del primado de la existencia sobre la esencia, sin negar éstas, o, al menos, integrando lo valorativo con lo existencial, para tratar de superar la relatividad valorativa de la fenomenología”*.⁴¹¹

Siendo consecuente en la aplicación de su método ontológico, Welzel dictaminó que para el derecho penal era indispensable encontrar esas estructuras lógico-objetivas subyacentes a los diferentes elementos de la

⁴⁰⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de...* pág. 1.194.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 1.197.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*

⁴¹⁰ *Ibíd.*, pág. 1.205.

⁴¹¹ *Ibíd.*, pág. 1.206.

responsabilidad penal, y a partir de ellos, es decir, a partir de lo que realmente existe, y no de lo que depende de la valoración personal-subjetiva del individuo que conoce, elaborarse por completo la teoría del delito. La aplicación del método ontológico condujo a importantes y muy conocidas consecuencias: en primer lugar, Welzel encontró que la estructura subyacente al concepto de acción era la finalidad, y sobre ella se irguió toda su *teoría de la acción final* como eje medular de su sistema dogmático-conceptual del delito (este fue, sin lugar a dudas, su aporte más significativo). En segundo lugar, y ya en materia de culpabilidad, la aplicación del método ontológico condujo a la consabida profundización en el concepto normativo propuesto por Frank, llegándose por esa vía a una tajante separación que distinguía la voluntad de actuar “como ‘objeto de valoración’, que remitió al tipo subjetivo”, y [como] la ‘valoración del objeto’, consistente en el enjuiciamiento de la motivación del autor”.⁴¹² La consecuencia práctica más importante de este planteamiento fue la reubicación sistemática del dolo y la culpa en sede de tipicidad, lo cual permitió estructurar coherentemente una teoría del delito que ubicaba en el injusto “la totalidad de las propiedades de la voluntad de la acción que permiten contemplarla como no debida, en tanto que la culpabilidad es el conjunto de las características que la hacen aparecer como reprochable”.⁴¹³

En el marco de la teoría sobre la culpabilidad, su aportación al problema de la determinación judicial de la imputabilidad por trastorno mental fue muy importante, en lo particular por que se enfrenta a la cuestión desde una perspectiva estrictamente filosófica: Welzel se percata de que el problema de la prueba de la imputabilidad radica en que se entronca en el estudio de la culpabilidad, la cual no es susceptible de tratamiento empírico y, por consiguiente, se impone a la psiquiatría una limitación aparentemente insuperable para ofrecer respuestas científicas sobre la imputabilidad de un sujeto.

*“Si algo es efectivo no se puede deducir de conceptos generales, sino sólo averiguar de un modo empírico-práctico. Pero justamente esta experiencia empírica plantea dificultades especiales, pues el ‘objeto’ de que aquí se trata, la capacidad de culpabilidad concreta, no es un objeto susceptible de una percepción, sobre todo de una percepción ajena, y hasta la propia conciencia de ser culpables no es un criterio para la existencia de la capacidad de culpabilidad, ya que a menudo enfermos mentales graves sin lugar a dudas, defienden obstinadamente su imputabilidad. La capacidad de culpabilidad concreta de un hombre no es en absoluto objeto de conocimiento teórico, por eso es que con razón los siquiátras conscientes de su responsabilidad rechazan responder este problema en forma ‘científica’. Ellos pueden naturalmente constatar la existencia de determinados estados mentales anormales, como enfermedades mentales, perturbaciones de la conciencia, etc., pero ya la exclusión de culpabilidad en estos estados queda fuera de su —como de todo— juicio científico.”*⁴¹⁴

En lo fundamental Welzel reconoce, como ya en su momento lo había hecho Mezger, que la determinación judicial de la imputabilidad es un tema que desborda las fronteras del conocimiento empírico, y que por lo mismo escapa del ámbito de competencias del perito.

⁴¹² JESCHECK, *Tratado*, § 38, 2, 4.

⁴¹³ *Ibíd.*

⁴¹⁴ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*. § 21, I, 1.

“La ley utiliza para caracterizar a tales estados mentales normales un ‘método mixto biológico-sicológico (mejor sicológico-normativo)’: enumera ciertos estados mentales anormales y señala al juez para decidir si en el caso particular se encontraba eliminada la capacidad para determinar la voluntad conforme a la norma. (...) Este juicio es de carácter judicial y no médico”.⁴¹⁵

Sin embargo, Welzel propone un horizonte de investigación al que hasta ahora no parece habersele prestado la importancia que merece: Welzel —y he aquí su aportación al tema— remarca el hecho de que la determinación judicial de la inimputabilidad es, además, un acto de naturaleza esencialmente *comunicativo*.

“El juicio de que un hombre determinado en una situación determinada es culpable, no es, por eso, un acto teórico, sino existencial, y por cierto, ‘comunicativo’”.⁴¹⁶

Pese a todo, es importante aclarar que en la actualidad el finalismo welzeliano ha sido abandonado por la doctrina dominante, por cuanto está claro que su ambición de encontrar las estructuras lógico-objetivas subyacentes a la teoría del delito es muy difícil de satisfacer. No obstante que su contribución a la sistemática ha sido enorme, particularmente en lo que a la redefinición del concepto de acción y a la reubicación de ciertos elementos de la responsabilidad como el dolo y la culpa se refiere, lo cierto es que el método ontológico propugnado en su momento parece haber agotado su capacidad de rendimiento. Por tal razón, la dogmática jurídico-penal dominante ha experimentado un retorno al método teleológico, pero esta vez no referido al conjunto de valores tal como se encuentran configurados de manera prejurídica, sino al conjunto de valores que han sido reconocidos expresa y positivamente en las constituciones políticas. Esta nueva dogmática, profundamente influenciada por el funcionalismo alemán, ha implementado el método conocido como *teleológico político-criminal*, en torno al cual viene a explicarse el estado actual de la doctrina acerca de la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental.

2. Doctrina dominante.-

Para la doctrina actualmente dominante el sustantivo <<*imputabilidad*>> significa la *capacidad de culpabilidad* de un sujeto que ha incurrido en un comportamiento típicamente antijurídico,⁴¹⁷ y se vincula su existencia a: “a) la *capacidad de comprender lo injusto del hecho*, y b) la *capacidad de dirigir la*

⁴¹⁵ *Ibíd.* § 21, 4, a.

⁴¹⁶ *Ibíd.* § 21, I, 1. Lamentablemente Welzel se limita a enunciar esta idea, sin llevarla hasta sus últimas consecuencias. Francamente, a mi juicio, la afirmación de Welzel no puede menos que causar perplejidad, pues no termina de entenderse por completo la manera en que él articula lo *existencial* con lo *comunicativo*; es decir, de qué manera encaja su concepto de culpabilidad con el carácter comunicativo del acto por el que se le determina.

⁴¹⁷ Cfr, JESCHECK, *Tratado...* § 40, I, 1 y ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 1. En lo sucesivo utilizaré la expresión en este mismo sentido.

actuación conforme a dicho entendimiento”.⁴¹⁸ Esta capacidad, tal como lo entiende la posición mayoritaria, puede explicarse señalando que, por un lado, “la capacidad de entender implica la posibilidad de tomar en consideración el valor social del acto llevado a cabo por el autor, es decir, la de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta, y, por lo tanto, de valorar ésta en el marco social en que se inscribe. Por otro lado, la capacidad de querer implica la facultad de autodeterminación del sujeto, es decir, de resistir conscientemente los impulsos”.⁴¹⁹

En la actualidad, el grueso de las legislaciones europeas y latinoamericanas parten “de la base de que el adulto que realiza el injusto jurídico-penal normalmente es imputable”,⁴²⁰ y por ello, de cara a su consagración normativa, se ha preferido la opción de regular las condiciones en que esa capacidad se pierde, esto es, los presupuestos que hacen a un sujeto *inimputable*.⁴²¹

Pese a la extensión semántica del término <<*imputabilidad*>>, parece existir consenso en cuanto a que la ausencia de esta capacidad no afecta todas las formas de imputación, sino tan sólo la posibilidad de *imputación de segundo nivel*,⁴²² entendida como imputación al merecimiento, es decir, de la consecuencia prevista en la norma al sujeto. Bajo este entendimiento, la ausencia de capacidad de culpabilidad no excluye la imputación de primer

⁴¹⁸ MIR PUIG. *Derecho Penal...* pág. 556. En este mismo sentido, cfr. JESCHECK, *Tratado...* § 40, I, 1.; ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 1; EISEMBERG. *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, pág. 606. Una crítica a esta fórmula para la definición de la imputabilidad puede encontrarse en MARTÍNEZ GARAY. En opinión de esta autora: “La fórmula que utiliza el legislador español en el artículo 20 Cp es. Como entiende la doctrina, una fórmula mixta, pero las dos partes en que cabe dividir su enunciado no reflejan los dos elementos del concepto de imputabilidad. Mientras que la <<anomalía o alteración psíquica>>, el <<trastorno mental transitorio>>, la <<intoxicación>> o el <<síndrome de abstinencia>> constituyen referencias al primer nivel o momento del elemento psicológico (el del diagnóstico), en la expresión <<no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión>> se alude simultáneamente a tanto al segundo momento del elemento psicológico, es decir, la valoración médica o psicológica de la gravedad en relación con la imputabilidad, como al elemento normativo, esto es, la valoración jurídica de la relevancia del trastorno en orden a la exculpación” (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 359).

⁴¹⁹ URRUELA, *La Inimputabilidad...* pág. 161. Este autor construye esta explicación partiendo de la doctrina italiana en general y, particularmente, de autores como Francesco Antoseli, Giuseppe Bettiol y Luciano Pottoello Mantovani.

⁴²⁰ ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 1. También, con especial énfasis en la condición de normalidad, cfr. MIR PUIG. *Derecho Penal...* pág. 558, habida cuenta que este autor fundamenta la inimputabilidad en la ausencia de *normalidad* motivacional.

⁴²¹ En este mismo sentido cfr. URRUELA (*La Inimputabilidad* pág. 157) quien indica que “En concreto, cabe poner de manifiesto el hecho de que los distintos Códigos Penales no proceden a definir positivamente la imputabilidad, sino que únicamente cabe conceptuar la misma por vía de una interpretación a sensu contrario a partir del análisis de las causas concretas que determinan su exclusión...”

⁴²² En este caso, camino por la terminología que HRUSCHKA (*Reglas de Comportamiento...* pág. 30) utiliza, siguiendo una tradición que se remonta a la *Elementorum Jurisprudentiae Universalis* de SAMUEL PUFENDORF (1660), la *Philosophia Practica Universalis* de CHRISTIAN WOLFF (1738) y las *Institutiones Jurisprudentiae Universalis* de JOACHIM GEORG DARIES (1754).

nivel, o sea, la posibilidad de calificar el suceso como una *acción* en sentido técnico-jurídico,⁴²³ tampoco elimina la posibilidad de imputar al sujeto su autoría, y menos aun la posibilidad de adecuar esa acción a alguno de los tipos penales previstos en la parte especial. Por su naturaleza, las normas que contienen los presupuestos de inimputabilidad son reglas de atribución de responsabilidad, las cuales sólo limitan la aptitud del sujeto para afrontar la consecuencia que a título de sanción está prevista en la norma para los supuestos de desconocimiento de la regla de comportamiento contenida en el mandato penal infringido.⁴²⁴

Con todo, también es ampliamente aceptado por la doctrina que no en todo evento en el que la capacidad de comprensión o de autodeterminación del sujeto se encuentre afectada, resulta válido limitar la capacidad de culpabilidad y con ello la posibilidad de imputación de segundo nivel. La excepción a la regla general estaría dada por aquellos supuestos en que el sujeto es responsable de la pérdida de su propia capacidad de culpabilidad, al punto que aun resulta posible imputarle la consecuencia prevista para el incumplimiento del mandato penal.⁴²⁵ En estos casos el criterio que rige es el de imputación extraordinaria⁴²⁶ de responsabilidad, perteneciente a una tradición que se remonta a la filosofía moral del siglo XVII, y de acuerdo con la cual: *“No solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto a los cuales esté a nuestro alcance en el momento presente el que acontezcan o no, sino también aquellos cuya producción estuvo en un momento anterior en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra culpa. Lo mismo sirve para aquellas cosas cuya realización le resulta imposible a una persona en su estado actual en caso de que ella haya tenido culpa de no poder realizarlas”*.⁴²⁷

⁴²³ En opinión de JESCHECK (*Tratado...* § 40, III, 1), hoy se encuentran por completo superadas las teorías que *“pretendían concebir la capacidad de culpabilidad como ‘capacidad jurídico-penal’ de acción o ‘capacidad de pena’ ”*.

⁴²⁴ Frente a la terminología utilizada, nuevamente sigo a HRUSCHKA cuando aclara que *“La imputación de primer nivel precede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su baremo de medición del hecho imputado (la <<applicatio legem ad factum>>), mientras que la imputación de segundo nivel sucede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición”*. (*Reglas de Comportamiento.....* pág. 30).

⁴²⁵ Cfr. JESCHECK, *Tratado...* § 40, VI, 1.; ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, C, 55; MIR PUIG, *Derecho Penal....* pág. 209.

⁴²⁶ Comentando a SAMUEL PUFENDORF, HRUSCHKA (*La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf...* pág. 57) encuentra posible diferenciar dos tipos de imputación: un primer tipo, denominado *Imputación Ordinaria*, el cual tiene lugar *“cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión”*. Y una segunda clase de imputación, llamada *Extraordinaria*, que se presenta *“cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o incapacidad”*.

⁴²⁷ PUFENDORF, *Elementa*, Libro II, Axioma I, § 7. Ob. cit. por HRUSCHKA, *La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf....* pág. 57.

La posición dominante admite que cuando el sujeto, *culpablemente*,⁴²⁸ se incapacita a sí mismo para comprender el sentido de su comportamiento o para autodeterminarse de acuerdo con dicha comprensión, no pierde la capacidad de culpabilidad. En este caso, la imposibilidad de comprensión o de autodeterminación en que se encuentra el sujeto al momento del hecho sólo afecta su capacidad de imputación *ordinaria* de segundo nivel, manteniendo su capacidad de imputación *extraordinaria* de segundo nivel,⁴²⁹ a partir de la cual resulta válido el juicio positivo de atribución de responsabilidad, merced al dominio que sobre la causa de su incapacidad de culpabilidad tuvo originalmente el agente. Puesto en los términos de la tradición a la que pertenece la doctrina actual, puede afirmarse que en aquellos eventos en que el suceso no constituye un “*actio libera in se*”, pero sí un “*actio libera in sua causa*”,⁴³⁰ la afectación de la capacidad de comprensión o de autodeterminación no lesiona la capacidad de culpabilidad, de manera que la responsabilidad puede atribuirse válidamente atendiendo criterios extraordinarios de imputación.⁴³¹

⁴²⁸ Debo aclarar que en este punto no existe pleno acuerdo en la doctrina, pues mientras algunos autores defienden la tesis de que el estado de inimputabilidad debió ser provocado *dolosamente* por el agente, hay quienes entienden que es suficiente que dicho estado sea provocado *culposamente*. Al respecto, la tradición jurídica que se remonta a la *filosofía práctica* del siglo XVII, establecía que “*si in culpa no fuit, es decir, que él no [haya] hecho nada que esté más allá de las fronteras que le delimitan las reglas de su profesión (oficio) y las reglas de la prudencia. Porque cuando alguien cumple una tarea que se le ha impuesto o hace uso de su derecho de otro modo, dado que no procede sin plan o insensatamente, no se le puede imputar que se vea expuesto a un uso de la violencia*” (PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, libro I, capítulo IV, § 10. Ob. cit. por HRUSCHKA, *La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf...* pág. 74). Conforme a ello, parece entenderse que esta tradición encontraba satisfecho el requisito para la imputación extraordinaria, tan sólo con que el agente hubiera obrado *in culpa*, o sea, imprudentemente.

⁴²⁹ La posibilidad de alternar los conceptos de imputación ordinaria y extraordinaria, con los conceptos de imputación de primer y segundo nivel, no es un aporte que pueda reconocerse ya en PUFENDORF, sino que, según las investigaciones de HRUSCHKA (cfr. *La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf...* pág. 73), responde a un estado posterior a la aportación de DARIÉS a mediados del siglo XVIII.

⁴³⁰ Según concluyen las investigaciones de HRUSCHKA (*La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf...* pág. 59), los orígenes de este término pueden rastrearse incluso hasta la alta escolástica, encontrándose no sólo en textos jurídicos, sino también en textos teológicos. Para este autor, el uso actual del término se debe principalmente a los <<*Elementa*>> de PUFENDORF (1660), aunque otros autores como JESCHECK (*Tratado...* § 40, VI, 2, nota 68) o ROXIN (*Derecho Penal...* § 20, C, 56) atribuyen el sentido moderno del lenguaje al *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des Painlichen Rechts* de KLEINSCHROD (1794).

Un estudio riguroso de la temática de la *actio libera in causa* (Según HRUSCHKA la expresión <<*sua*>> dejó de ser relevante desde principios del siglo XVIII. Cfr. *La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf...* nota 10) excede en mucho los alcances de este trabajo, por ello nos relevamos del mismo. Sin embargo, una completa exposición del mismo puede encontrarse en JOSHI, *La Doctrina...* (1992).

⁴³¹ Tal vez resulte ilustrativo recordar que los conceptos de <<*actio libera in se*>> (acto libre en sí mismo) y <<*actio libera in sua causa*>> (acto libre en su causa) tienen importantes consecuencias para la delimitación de los alcances de la imputación ordinaria y extraordinaria, respectivamente. Así, nótese cómo la imputación extraordinaria normalmente procede —así al menos en PUFENDORF— cuando el comportamiento se considera una <<*actio libera in sua*

Ahora bien, ya en lo que hace a la concreta manera en que adquirieron estatus jurídico los presupuestos de inimputabilidad, se observa que las necesidades de aseguramiento jurídico han llevado al legislador a concretar este concepto genérico acabado de esbozar, en dos grupos de categorías que intentan abarcar las diferentes especies de circunstancias que pueden conducir a la pérdida de la capacidad de culpabilidad. De esta forma es factible encontrar, por un lado, circunstancias de inimputabilidad que guardan relación con la minoría de edad del agente, y por otro, circunstancias que tienen conexión con el estado bio-psicológico del individuo.

En cuanto a las primeras, y no obstante que la edad señalada como límite para la adquisición de la capacidad de culpabilidad puede variar en cada legislación, es normal que esta inimputabilidad se fundamente en la ausencia de la madurez psicológica necesaria para determinarse conforme a la comprensión de lo injusto del hecho. Por lo general, la doctrina suele presumir, con fundamento en las conclusiones que arroja la moderna psicología infantil, que *“en los jóvenes menores, pero también en los menores, sometidos al influjo de perturbaciones propias del paso a la madurez, es frecuente que la capacidad de comprensión concorra en medida suficiente y falte en cambio la necesaria fuerza de voluntad para resistir la presión de motivos más poderosos conducentes a la comisión del hecho”*.⁴³² Como consecuencia de ello, la inimputabilidad por minoría de edad presenta una importante diferencia frente a la inimputabilidad proveniente de una *anomalía psíquica*,⁴³³ cuando quiera que *“en los jóvenes la falta de madurez necesaria para la responsabilidad es frecuente, mientras que los defectos psíquico-mentales que conducen a la exclusión de responsabilidad (...) constituyen en comparación raras excepciones”*.⁴³⁴ Por supuesto, la consecuencia probatoria de este postulado consiste en que, mientras *“en los jóvenes que sólo condicionalmente se consideran menores de edad penal la capacidad de culpabilidad ha de constatarse positivamente y expresarse en la sentencia, en el autor adulto debe presuponerse hasta tanto no existan motivos para poner en duda su responsabilidad”*.⁴³⁵

En relación con los menores de edad, sea que se trate de infantes menores absolutamente incapaces de culpabilidad, o de jóvenes menores con una

causa>>, aun cuando no sea una <<actio libera in se>>. Por contrario, cuando la conducta es considerada un <<actio **non** libera in sua causa>> (acto **no** libre en su causa), la imputación de extraordinaria desaparece. Cfr. HRUSCHKA, *La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf...* pág. 73.

⁴³² JESCHECK, *Tratado...* § 40, III, 3.

⁴³³ Utilizo el término de << *anomalía psíquica* >> para referirme a un género de enfermedades mentales dentro del cual encontramos dos especies: *trastornos mentales* y *trastornos del comportamiento*. De cada una de estas clasificaciones surgen dos subespecies, dependiendo de si el origen del trastorno tiene una base orgánica (biológica), está en algún trauma psicológico o en el consumo de alguna sustancia.

⁴³⁴ JESCHECK, *Tratado...* § 40, III, 3.

⁴³⁵ *Ibíd.*

capacidad de culpabilidad condicionada,⁴³⁶ lo cierto es que opera un sistema articulado de presunciones que en caso de debate nos traslada al difícil e inescrutable terreno de la demostración positiva de los *estados mentales*.⁴³⁷

Al menos tan complejo como el anterior resulta el segundo grupo de circunstancias, en la medida que la carga probatoria derivada de la necesidad de demostrar positivamente la ausencia de capacidad intelectual o volitiva en un adulto, impone también el rigor de determinar un particular estado *bio-psicológico* en el agente. En este punto, como se ha visto, el estado actual de la cuestión es consecuencia de la adopción del *método mixto*,⁴³⁸ el cual opera en su versión más moderna, bajo el supuesto fundamental de que la determinación de la imputabilidad no se entronca exclusivamente en el estudio de los aspectos *bio-psicológicos* del comportamiento humano, sino que requiere, así mismo, de un juicio de adecuación de la conducta a un conjunto de criterios normativos existentes.⁴³⁹ A partir de este enfoque, la determinación de la capacidad de culpabilidad depende de un juicio que es al mismo tiempo empírico y valorativo, el cual se encuentra metodológicamente estructurado en dos “pisos”: i) en un primer nivel corresponde realizar el estudio empírico sobre las condiciones bio-psicológicas⁴⁴⁰ del sujeto, en orden a establecer si padece de alguna condición que afecte su normal capacidad de comprensión o de autodeterminación;⁴⁴¹ ii) y luego, ya en un segundo nivel, procede realizar un

⁴³⁶ Sobre esta distinción entre menores absolutamente incapaces de culpabilidad, y jóvenes menores con capacidad de culpabilidad condicionada, hoy ampliamente difundida en las diferentes legislaciones de Europa y América Latina, cfr. JESCHECK, *Tratado...* § 40, I, 2; ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, B; ó MIR PUIG. *Derecho penal...* pág. 583.

⁴³⁷ Sobre este concepto cfr. GONZÁLEZ LAGIER, *Sobre la Atribución de Intenciones*, pág. 1, quien hace referencia al concepto de <<prueba de los estados mentales>> para referirse a una supracategoría que englobaría problemas tan disímiles como, por ejemplo, la prueba del dolo, la prueba del error, la prueba de la inimputabilidad o, lo que es de su principal interés, la prueba de las intenciones.

⁴³⁸ Así lo denomina, por ejemplo, JESCHECK, *Tratado...* § 40, II, 2; EISEMBERG. *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, pág. 606.

⁴³⁹ En este sentido cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 359.

⁴⁴⁰ Una perspectiva histórica de este primer “piso” de análisis, es ilustrativa para comprender plenamente la naturaleza, propósito y alcance del diagnóstico de las condiciones bio-psicológicas a las que me refiero. En efecto, originalmente la psiquiatría forense estuvo profundamente influenciada por la escuela de KURT SCHNEIDER, quien postulaba que el llamado “*anomalía psíquica patológico de la actividad mental*” sólo concurría cuando existía una condición corporal-orgánica constatable positivamente, asociada al desorden del comportamiento. Por consiguiente, aquellas manifestaciones de comportamiento que no guardaban relación con condiciones corporales constatables positivamente, se clasificaban como “*variedades del ser humano*” y no daban lugar a la inimputabilidad (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 3). En la actualidad, aunque no pacíficamente, a este concepto psiquiátrico de enfermedad mental se opone un concepto jurídico que admite también consecuencias exculpatorias, aunque no plenas sino incompletas, y dependiendo de su intensidad, para aquellos desórdenes del comportamiento que no tienen base en un defecto corporal constatable.

⁴⁴¹ En la doctrina española, aunque con una fundamentación que a mi juicio no resulta convincente, LEAL MEDINA (*La Psicopatía y...*) cuestiona la postura del Tribunal Supremo en relación con aquellos anomalía psíquicas mentales que carecen de un sustrato patológico constatable en el cuerpo del sujeto, a quienes sólo se les concede por parte de esa

juicio valorativo tendiente a determinar si, y en caso afirmativo con qué intensidad, aquella condición bio-psicológica realmente afecta su capacidad para comprender el sentido reprochable del específico comportamiento que se le imputa, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.⁴⁴²

De acuerdo con lo anterior, la aplicación del método mixto conduce en la práctica “a un reparto de funciones entre el experto y el juez, de modo que el perito constata los estados o diagnósticos de conexión biológicos-psicológicos, mientras que el juez extrae de ahí conclusiones para la capacidad de comprensión o de inhibición por la vía de un proceso valorativo”.⁴⁴³ De este modo, la determinación de la imputabilidad se convierte en el producto de un proceso de cooperación entre el perito y el juez,⁴⁴⁴ a través del cual se articula la interdisciplinariedad que demanda esta perspectiva del problema entre la psicología, la psiquiatría y el derecho penal.

Tal como lo entiendo, la estructura conceptual del método mixto se yergue sobre la idea de que las perspectivas y metodologías de estudio son sustancialmente diferentes en cada uno de sus “pisos”. En este sentido, se supone que mientras el diagnóstico bio-psicológico del estado mental del sujeto, llevado a cabo según los estándares de verdad de las ciencias naturales, corresponde a un estudio empírico que sigue una *racionalidad instrumental*,⁴⁴⁵ por su parte, la determinación efectiva de la capacidad de comprensión e inhibición del sujeto, llevada a cabo según los criterios normativamente fijados por el ordenamiento, corresponde a un juicio jurídico que sigue una

Corporación la eximente de responsabilidad incompleta. Para este autor, existen estudios genéticos y neurológicos recientes que permiten demostrar, desde las ciencias positivas, que los sujetos afectados por una de aquellas anomalía psíquicas mentales que tradicionalmente se catalogan como carentes de base patológica —v.g., el psicopático— sí tienen en efecto una condición biológica especial que explica su conducta y, en consecuencia, deberían ser tratados jurídicamente como los inimputables por causa de anomalías psíquicas mentales de base patológica. Sin embargo, su postura no resulta persuasiva, cuando quiera que los estudios a que se refiere no son definitivos, y sus conclusiones aun son ampliamente discutidas por la comunidad médico-psiquiátrica.

⁴⁴² Cfr. EISEMBERG. *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, pág. 606.

⁴⁴³ ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, III, 27.

⁴⁴⁴ Sobre este particular, URRUELA (*Imputabilidad...* pág. 196) señala que “la propia distribución de roles en el marco del proceso constituye un factor distorsionador de la relación entre juristas y psiquiatras. Por un lado, las discrepancias de criterio entre los propios psiquiatras (en función de su adscripción a una escuela de conocimiento o a otra), restan valor a los ojos del juez a la propia pericia realizada. Esta situación de tensión entre Derecho Penal y Psiquiatría debe ser superada, partiendo de la premisa de que la actividad del psiquiatra en este punto es en todo caso instrumental y auxiliar al juez, siendo su papel meramente consultivo en el marco de nuestro sistema procesal”.

⁴⁴⁵ Aquí utilizo el concepto de <<racionalidad instrumental>> en el mismo sentido que lo utiliza HABERMAS (*Teoría de la Acción Comunicativa I...* pág. 98) cuando explica que: “La racionalidad científica pertenece a un complejo de racionalidad cognitivo-instrumental que ciertamente puede reclamar validez por encima de una cultura particular”. Hasta donde alcanzo, se trata de una racionalidad vinculada a la relación de coherencia implícita que puede encontrarse en todo binomio *causa-efecto*, y que a la postre es la base para la explicación mecánica de los fenómenos naturales.

*racionalidad teleológica*⁴⁴⁶ orientada a la realización de los principios y valores positivamente recogidos en el ordenamiento. En otros términos, puede decirse que mientras el diagnóstico bio-psicológico corresponde a un estudio propio de las ciencias naturales, la determinación de la concreta capacidad de comprensión e inhibición se entronca en el ámbito propio de las ciencias sociales.⁴⁴⁷

Tomando como punto de partida lo anterior, la respuesta a la pregunta fundamental acerca de la manera concreta en que se determina judicialmente la inimputabilidad por trastorno mental, o mejor, a la cuestión de cómo se prueba la inimputabilidad por trastorno mental al interior de un proceso penal, podría intentarse en los siguientes términos:⁴⁴⁸

En lo que hace al primer escaño del método mixto, debe tenerse en cuenta que el análisis psiquiátrico del sujeto, así como el posterior diagnóstico sobre su salud mental, se ubican en una rama del conocimiento completamente autónoma e independiente, la cual responde a objetivos, principios, reglas, normas, técnicas, procedimientos y métodos absolutamente ajenos al derecho. En este sentido, los juristas no están por regla general en condiciones de comprender en toda su dimensión la razón de ser de los procedimientos médicos seguidos por la psiquiatría, y menos aún de valorarlos y juzgarlos sin contar con un conocimiento profundo de esa ciencia: es dominante la postura acerca de que los letrados involucrados en una disputa judicial carecerían de las competencias mínimas necesarias para cuestionar el modelo metodológico de la psiquiatría. Como consecuencia de ello, el asunto relativo a la metodología que ha de seguirse por el psiquiatra forense para analizar al imputado y rendir su dictamen pericial es un tema del resorte exclusivo de la ciencia médica, la cual habrá de establecer la *lex artis* idónea para la

⁴⁴⁶ El concepto fundamental de <<*racionalidad teleológica*>>, tal como lo entiendo aquí, trata de ceñirse a la tradición iniciada por WEBER, y que es consecuencia de la introducción del concepto de <<*sentido*>> como centro de gravedad de las ciencias sociales. Superficialmente, ya que luego volveré sobre ello con más detenimiento, la racionalidad teleológica corresponde a un tipo de racionalidad caracterizada por estructurarse con arreglo a la relación *medio-fin*, en una suerte de complejo sistemático y coherente en el que “*Estas metas utilitarias, valorativas o afectivas, que después quedan desmenuzadas en fines específicos dependientes de la situación, son plasmaciones de sentido subjetivo que los sujetos agentes pueden asociar a su actividad teleológica*”. (HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa I* ... pág. 360).

⁴⁴⁷ En este punto, y aunque expresamente desisto de tomar por ahora partido en esa discusión, me refiero de manera explícita al debate que sobre la dualidad o unidad del método científico se ha fermentado, y que a la sazón ha permitido distinguir, al menos en la tradición neokantiana que se remonta a la Escuela Sudoccidental Alemana (Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert), entre *ciencias naturales* y *ciencias del espíritu*.

⁴⁴⁸ Para una aproximación a los aspectos procesales de la determinación de la imputabilidad en el derecho español, puede consultarse GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Enfermo Mental y Delito. Aspectos Psiquiátricos, Penales y Procesales*, pág. 75. No obstante, es justo advertir que la mayor parte de este trabajo se ocupa del estudio de la incidencia de los trastornos mentales en la capacidad procesal del procesado más que en la capacidad de culpabilidad. A este último aspecto dedica sin embargo un apartado especial (págs. 139-155).

formulación de ese tipo de diagnósticos desde su propio ámbito de competencias.⁴⁴⁹

Con fundamento en lo anterior un sector mayoritario de la doctrina actual sostiene que no corresponde al derecho, ni a la jurisprudencia, y menos aun a la doctrina jurídica, entrar a determinar los procedimientos que habrán de seguir los psiquiatras forenses en orden a responder las preguntas que se les formula desde la judicialidad en materia de inimputabilidad por trastorno mental. Con todo, la consecuencia inmediata de esta tesis es que, como efectivamente ocurre en la práctica, la única manera de controvertir un dictamen psiquiátrico es con la práctica de otro nuevo, realizado por un profesional diferente, quien habrá de rehacer totalmente el estudio y dictaminar de nuevo sobre las cuestiones que se abordaron por su colega en el dictamen original, señalando, adicionalmente, si comparte las conclusiones arrojadas por él, o en caso contrario, cuáles son sus conclusiones, el fundamento de las mismas y las razones por las que se aparta del diagnóstico emitido por el psiquiatra que le antecedió.

Ahora bien, una vez rendido el dictamen psiquiátrico, y luego de que se haya surtido su controversia mediante las ampliaciones, correcciones u objeciones propuestas por los sujetos procesales, corresponde al juez abordar el segundo nivel metodológico de determinación, mediante la valoración del informe o informes periciales rendidos en la actuación.⁴⁵⁰ Para tal efecto, y ello es algo de suma trascendencia, la doctrina actualmente dominante continúa vinculada a la tradición instaurada durante la Ilustración francesa, de acuerdo con la cual el juez tiene la potestad de valorar las pruebas apelando a la *sana crítica* y conforme a su *íntima convicción*.⁴⁵¹

Dado lo anterior, y como quiera que lo normal en un procedimiento de esta naturaleza es que haya varios dictámenes psiquiátricos, algunos de los cuales pueden encontrarse en contradicción, compete ahora al juez leer, estudiar, valorar y, finalmente, decantarse por alguno de los informes allegados a la actuación, teniendo adicionalmente una carga de motivación, es decir, el deber jurídico de explicar las razones de su inclinación.

⁴⁴⁹ Cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 2.

⁴⁵⁰ Un estudio acerca de los alcances de los más importantes trastornos en materia de inimputabilidad, especialmente referido a la doctrina alemana, puede encontrarse en EISEMBERG (*Beweisrecht der StOP.*, pág. 606 y ss.). Para un estudio sobre los requisitos formales y materiales mínimos del dictamen pericial psiquiátrico en el derecho alemán, cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 3.

⁴⁵¹ Sobre la naturaleza y alcance del principio de libre valoración de la prueba en el derecho español, puede consultarse ALMAGRO NOSETTE, José. *Instituciones de Derecho Procesal*, pág. 57; CALDERÓN CERESO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 29; RIFÁ SOLER, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 38; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, pág. 350; GÓMEZ COLOMER. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pág. 301.

Pero adicionalmente, y apoyado sobre la base del dictamen pericial psiquiátrico al que confiere efectividad probatoria conforme a su íntima convicción, habrá de proceder el funcionario, luego de articular el informe psiquiátrico con las demás evidencias exhibidas durante el procedimiento, a cumplir la enorme responsabilidad de sentenciar acerca de si el acusado debe declararse o no inimputable. Dicho en otros términos, la tarea que en este estadio debe cumplir el juez se contrae a interpretar y valorar conjuntamente todas las pruebas ingresadas y, mediante un ejercicio racional, responder la pregunta acerca de si el sindicado es o no inimputable.

Expuesto lo anterior, sería ahora razonable preguntarnos, en definitiva, cuál es el método que debe seguir el juez de conocimiento, no sólo para decidirse por alguno de los dictámenes periciales que eventualmente pueden encontrarse contrapuestos, sino también para determinar la capacidad de culpabilidad del procesado.

Pues bien, la pregunta a la que me he referido nos enfrenta a una de las cuestiones más controvertidas de la ciencia jurídica actual, y por ello no hay una respuesta última y definitiva que pueda ofrecerse. Sin embargo, la estructura de nuestra cultura jurídica actual, a mi juicio, podría ofrecernos alguna luz en relación con las formas propias de la racionalidad que actualmente orienta el modelo del juicio valorativo propio del proceso de determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental:

Con su ponencia titulada *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, leída en Berlín el 13 de mayo de 1970, Claus Roxin intentó con éxito resquebrajar el dogma instaurado por von Liszt, según el cual “*El Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal*”. En esa oportunidad, Roxin sostuvo que el fundamento de la prohibición penal de ciertas acciones, a las cuales se les confiere el estatus de delitos, es un problema estrictamente de política criminal que no puede ser resuelto mediante un “*automatismo de conceptos*”.⁴⁵² Como consecuencia de ello subrayó la necesidad de reformular el método de elaboración del sistema de la teoría del delito, mediante la adopción de uno que permita la “*penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho penal*”.⁴⁵³ El objetivo de la propuesta lanzada por Roxin es encontrar un método de elaboración del derecho penal capaz de ofrecer al sistema la seguridad jurídica mínima que demanda cualquier modelo garantista, y que al mismo tiempo esté en condiciones de proporcionar al sistema los mecanismos de corrección suficientes, en orden a garantizar la obtención de las consecuencias más satisfactorias en cada caso particular. Es decir, su objetivo es encontrar un método que permita garantizar la orientación a las consecuencias necesarias para asegurar la posibilidad de llegar a la solución más satisfactoria en cada caso concreto, pero sin sacrificar la unidad,

⁴⁵² ROXIN, *Política Criminal y ...* pág. 44.

⁴⁵³ *Ibíd.*, pág. 102.

coherencia y sistematicidad del derecho penal que demanda un Estado Democrático y de Derecho:

*“Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt. La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal”*⁴⁵⁴

Estas consideraciones presentadas en 1970, a título eminentemente programático, vinieron luego a ser desarrolladas hacia 1997 en su tratado de Derecho Penal, dedicado en su primera parte a los fundamentos y la estructura de la teoría del delito, y en donde se encuentra presentada la versión última de su propuesta metodológica: el método *teleológico político-criminal*. En sus líneas más generales, la propuesta metodológica de Roxin consiste en la adopción de un criterio teleológico, no sólo para la elaboración de la ley penal, sino también para su estudio científico (dogmático) y para la determinación jurisprudencial del derecho. En su conjunto, se trata de un método cuya comprensión del derecho opera en función de un fin político concreto: la realización efectiva de los valores sociales, no como pueden encontrarse configurados de manera pre-jurídica, por cuanto ello conduciría al indeseable relativismo que se reprochaba al neokantismo, sino tal y como se encuentran reconocidos positivamente en la Constitución política de cada Estado.

*“Sobre esta base, en este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”*⁴⁵⁵

De acuerdo con la propuesta de Roxin, la reflexión político-criminal opera como mecanismo de corrección del sistema de la teoría del delito, en el entendido que las normas penales deben interpretarse y aplicarse de tal manera que el sentido de sus disposiciones conduzca a consecuencias que sean compatibles con los lineamientos político-criminales que orientan la legislación y conduzcan a la realización de los valores fundamentales sobre los que se estructura Estado.⁴⁵⁶

Para determinar cuál es esa finalidad político-criminal que debe orientar la determinación del derecho penal, Roxin introduce a modo de criterio de orientación del modelo un punto adicional de referencia: *la Teoría de los Fines*

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 49.

⁴⁵⁵ ROXIN, *Derecho Penal...* §7, 6, 24.

⁴⁵⁶ Cfr. ROXIN, *Política Criminal y ...* pág. 43.

de la Pena. En su tratado, Roxin toma como punto de partida la idea de que es la sanción, esto es, la pena o la medida de seguridad, el elemento formal que define y llena de contenido el derecho penal.

*“Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”.*⁴⁵⁷

Tomado la sanción como punto de partida para la definición del derecho penal, Roxin se ocupa a continuación de establecer cuál habrá de ser el fin político-criminal de las sanciones penales en un Estado Democrático y de Derecho, y en este horizonte de investigación llega a la conclusión de que la prevención del delito, en todas sus manifestaciones, es el único objetivo legítimo que puede asignarse a la pena en un Estado con esas aspiraciones.

*“El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo”.*⁴⁵⁸

Si es la sanción lo que define y llena de contenido al derecho penal, y a su vez es la prevención del delito lo que constituye el fin último de la pena, habrá de concluirse, como en efecto lo hace Roxin, que el fin último del derecho penal es: la prevención del delito como objetivo político-criminal último de un Estado social y democrático de derecho.

*“Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito”.*⁴⁵⁹

Es importante aclarar que esta perspectiva político-criminal no se contrae exclusivamente al ámbito de la teoría del delito, sino que permea también el método para la elaboración, interpretación y aplicación del derecho procesal penal. Al igual que en el derecho penal sustancial, el modelo de procesamiento criminal actualmente dominante se encuentra orientado por la reflexión teleológica político-criminal, con la particularidad de que ella se hace latente en el ámbito del discurso sobre los fundamentos del proceso. La posición actualmente dominante entiende que el proceso penal no se erige únicamente como un mecanismo para la resolución de los conflictos particulares, ni como instrumento para la eficacia y eficiencia del poder punitivo del Estado, ni como una garantía frente al ejercicio del *ius puniendi*, sino principalmente como una compleja estructura al servicio de los fines político-criminales que la Constitución le asigna al derecho penal.⁴⁶⁰ En este sentido, es hoy dominante

⁴⁵⁷ ROXIN, *Derecho Penal...* §1, I, 2.

⁴⁵⁸ *Ibíd.* §3, I, 5, a, 36.

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

⁴⁶⁰ TIEDEMANN es perfectamente claro al delimitar lo que en su opinión son los fines del proceso y el papel que en ello cumple la verdad, al señalar: “La meta del proceso penal es, según una opinión extendida, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al

la postura que entiende que las normas procesales, al igual que las sustanciales, deben elaborarse e interpretarse en función de la realización de los valores sociales positivamente reconocidos en la Constitución y que enmarcan la política criminal del Estado.⁴⁶¹

“estudio del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal se debe encarar a partir de elementos que permitan comprender lo que es la Política Criminal. Pero también resulta imprescindible hacerlo desde un modelo de Política Criminal (que puede ser alternativo o semejante al vigente en un momento dado de la vida social)”.⁴⁶²

En lo que hace al juicio valorativo que integra el método mixto de determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental, sostengo que éste se encuentra en la actualidad determinado por el método teleológico político-criminal. Esto significa que el juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental en un caso particular cualquiera, está fundamentalmente determinado por la necesidad de que la decisión judicial tenga como consecuencia la realización de los fines político-criminales del derecho penal, sin sacrificar la unidad, coherencia y sistematicidad de este último. A la luz del método teleológico político-criminal actualmente dominante, las normas que contienen el derecho aplicable en materia de imputabilidad deben ser interpretadas y aplicadas en cada caso particular, en la forma en que mejor permitan la realización de los fines político-criminales del Derecho penal.

De esta manera, y dado que los fines político-criminales del Derecho penal son los mismos de la pena, entonces la *prevención del delito* adquiere un protagonismo absoluto como criterio de determinación del derecho penal en materia de inimputabilidad por trastorno mental.⁴⁶³ Tal como lo veo, el juicio valorativo que debe llevarse a cabo para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental está determinado, fundamentalmente, por la necesidad de asegurar que la decisión tenga como consecuencia la realización de los fines preventivos del derecho penal, tanto en términos preventivo-generales como preventivo-especiales:

autor. En ese sentido, finaliza el proceso penal con la constatación de los <<hechos probados>> que, ello no obstante, no son leídos como si fuera un acta, sino que sirven a la fundamentación del llamado veredicto de culpabilidad y de la imposición de la pena. Así pues, el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la sospecha del hecho que resulta contra el inculpado está o no justificada. Por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho consigue la sentencia la paz jurídica y se restablece la validez de la norma penal lesionada. De esta manera realiza el proceso penal, al mismo tiempo, el Derecho Penal material” (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...* pág. 134).

⁴⁶¹ En este mismo sentido cfr. MAIER, *Derecho Procesal...* pág. 146 y ss.

⁴⁶² *Ibíd.*, pág. 46.

⁴⁶³ Los fines político-criminales asignados al proceso pueden ser diversos, dependiendo del discurso que al respecto se maneje. Así, mientras la posición mayoritaria parece decantarse por la idea de que el fin del proceso, conforme al modelo de Estado social y democrático de derecho, es la prevención de conductas punibles, hay otros que, como TIEDEMANN, encuentran que el proceso penal está concebido para restablecer la legalidad, o lo que el llama: *la validez de la norma*.

- i) Frente a lo primero, la finalidad preventivo-general de la pena conduce a que la inimputabilidad pueda ser más fácilmente admitida en aquellos casos en los que el individuo delinque en condiciones radicalmente extraordinarias, y más difícilmente admitida en los casos en que el delito se ha cometido en circunstancias con tendencia hacia la generalización. De allí que las finalidades preventivo-generales del derecho penal impidan reconocer la inimputabilidad cuando el delito es cometido en condiciones de que son relativamente comunes y corrientes en la sociedad, tales como la comisión de delitos bajo el influjo de drogas alucinógenas o alcohol. A pesar de que en algunos de esos casos pueden haber razones de peso para sostener que el sujeto no tenía conciencia de su comportamiento, y que por consiguiente debería ser declarado inimputable de acuerdo con los criterios generales de imputabilidad, razones preventivo-generales conducen a la conclusión de que no es político-criminalmente conveniente dejar impune esos comportamientos, por cuanto existe el riesgo de masificación o generalización de ese tipo hechos. Precisamente, la teoría de la *actio libera in causa* responde a la necesidad de legitimar la imputación extraordinaria de responsabilidad penal en casos como los mencionados, para asegurar que los fines preventivos puedan ser cumplidos sin sacrificar la unidad, coherencia y sistematicidad del derecho penal.
- ii) Y frente a lo segundo, la finalidad preventivo-general de la pena conduce a que la inimputabilidad pueda ser más fácilmente admitida cuando se trata de un sujeto cuya potencialidad delictiva puede ser satisfactoriamente inoquizada con una medida de seguridad,⁴⁶⁴ que cuando se trata de individuos cuya potencialidad delictiva exige medidas restrictivas de la libertad mucho más apremiantes.⁴⁶⁵ Es el caso de algunos delincuentes sexuales, quienes pese a sufrir una patología que posiblemente les inhibe la posibilidad de autodeterminarse conforme a la comprensión del sentido de la ilicitud de su acción, no obtienen con facilidad la declaratoria de inimputabilidad por cuanto los jueces asumen que al dejarlos en libertad con una medida de aseguramiento —por ejemplo, con terapia psicológica o psiquiátrica—, se desata un riesgo enorme para bienes jurídicos fundamentales que el derecho penal debe proteger.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ En muchos estados de los Estados Unidos, la absolución penal por locura está obligatoriamente seguida de un compromiso de hospitalización voluntaria del procesado (*Commitment Following an Insanity Acquittal*). Si el procesado se niega a internarse, entonces será necesario seguir un procedimiento civil para que sea un juez quien ordene la hospitalización (*civil commitment*). Normalmente, la prueba requerida para el compromiso de hospitalización voluntaria es menor que la requerida para la exigencia civil de hospitalización, y en relación con ello las “*Cortes han justificado los bajos estándares de prueba requeridos para los compromisos de absolución por locura, en una mayor importancia del propósito normal del compromiso civil: proteger a la comunidad de locos peligrosos*”. La traducción es mía. *Harvard Law Review. Commitment Following an Insanity Acquittal*, pág. 607.

⁴⁶⁵ En este mismo sentido, cfr. Harvard University. *Commitment Following an Insanity Acquittal*, pág. 608.

⁴⁶⁶ En este mismo sentido, cfr. ROXIN, *La Evolución* pág. 28.

En relación con esto último, es importante observar que la aplicación del método teleológico político-criminal, debido a su inclinación por el fin preventivo del derecho penal, tiene implícita la referencia a la *peligrosidad* del autor como criterio para la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental.⁴⁶⁷ Es decir, la orientación a los fines preventivos del derecho penal, que tiene implícito el método teleológico político-criminal, desemboca en la inevitable introducción de la *peligrosidad* del agente como criterio para la determinación de su capacidad de culpabilidad.

Al reflexionar sobre las consecuencias político-criminales de las diferentes alternativas de decisión es inevitable que el juez haga una valoración de la peligrosidad del agente, ya que ésta es una consideración necesaria para determinar cuál es la solución que permite realizar de mejor manera los fines del derecho penal. En este sentido, la valoración de la peligrosidad del agente es considerada en relación con la naturaleza de las posibles consecuencias derivadas de la declaración sobre la imputabilidad, para determinar cuál de las alternativas de decisión responde mejor a los fines político-criminales del derecho penal. Por esta razón, Roxin ha manifestado que la política criminal vigente en Alemania desde 1975 hasta la fecha, en lo que hace a los fines de la pena, apunta a que se confiera más importancia a la necesidad de prevención general, la cual se satisface mediante la reclusión del agente, que a su situación personal de culpabilidad:

“Los eventuales déficit de personalidad de un autor individual, que además resulta a menudo difícilmente identificable en este ámbito, tiene desde el principio un papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad en su conjunto. Además, las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales. Ello conduce fácilmente a la resignación y a la vuelta a la prevención general, cuyo éxito bien es cierto que tampoco es demostrable en sentido estricto, pero al menos, en términos de una teoría de lo cotidiano, plausible desde el punto de vista de la garantía de una seguridad suficiente para la sociedad

*En lo que atañe al autor individual, al que sólo se puede tratar de forma preventivo especial, el postulado preventivo general tiende, si bien no en todas sus facetas teóricas sí en sus repercusiones prácticas, a anteponer la seguridad ante el autor individual y su intimidación frente a la meta resocializadora.”*⁴⁶⁸

En relación con este mismo tema, un sector muy importante de la doctrina ya ha reconocido que la idea de *peligrosidad* no sólo sigue latente como criterio de valoración jurídico-penal, sino que ella ha producido además una expansión considerable del derecho penal⁴⁶⁹ y una flexibilización indeseable de las garantías fundamentales con las que se encontraba revestido el individuo en el

⁴⁶⁷ En este mismo sentido, cfr. PERLIN, *Physicodynamic and the Insanity Defence: Ordinary Common Sense and Heuristic Reasoning*, pág. 4, quien sostiene: “Nuestra jurisprudencia de la defensa por locura es prisionera de una combinación de mitos empíricos y meta-mitos sociales. Nacido en el medioevo, de la visión religiosa fundamentalista de las raíces de la enfermedad mental, y de la relación entre enfermedad mental, crimen y pena, el mito continúa dominando el paisaje a pesar de la impresionante y amplia evidencia científica y comportamental en contrario”. La traducción es mía.

⁴⁶⁸ ROXIN, *La Evolución...* pág. 28.

⁴⁶⁹ *Ibíd.*

derecho penal clásico.⁴⁷⁰ De hecho, es precisamente en contra de esa expansión del derecho penal que se pronuncian quienes denuncian el surgimiento de un *Derecho penal del enemigo*⁴⁷¹ para enjuiciar con mayor severidad determinadas formas de criminalidad, y quienes reclaman un retorno al viejo y bueno derecho penal mínimo enfocado en el *núcleo duro* de las conductas criminales. Por esta razón, no es en lo absoluto gratuito que puedan encontrarse cada vez con mayor frecuencia autores que afirman que el derecho penal contemporáneo sólo adquiere su completo sentido y su verdadera dimensión si se le sitúa en el contexto de lo que suele denominarse como: la <<*Sociedad del Riesgo*>>.⁴⁷² Es decir, en el marco de una sociedad que debido a un conjunto de diversos factores sociales que convergen y se mezclan en la actualidad,⁴⁷³ ha desarrollado una alta sensibilidad a todas las formas de peligro que la rodean, y que demanda permanentemente un incremento de la intervención penal para reducir su exposición a los riesgos que la amenazan.

3. **Brevísima referencia al common law.-**

Por su parte, el modelo adoptado por en el derecho criminal anglosajón para la determinación judicial de la inimputabilidad, aunque con una denominación externamente diferente, sigue en lo fundamental esta misma lógica. Allí, la ausencia de responsabilidad criminal por locura (*insanity*) se encuentra claramente entroncada en el aspecto subjetivo del comportamiento criminal, y por ello su estudio suele hallarse completamente anclado a todas las reflexiones y dificultades propias de la determinación de los momentos internos de la conducta, los cuales quedan englobados bajo la categoría del *mens rea*.⁴⁷⁴ En la actualidad, la ausencia de responsabilidad por locura depende de que el sujeto padezca de una incapacidad para actuar con *intención* criminal. Incapacidad que, en cualquier caso, debe ser de una naturaleza tal, y en una intensidad suficiente que, sea razonable excusar su comportamiento.

“Los textos más comunes de psiquiatría, en sus consideraciones sobre el derecho y la psiquiatría, hacen primordial énfasis en la defensa por locura. Esta defensa tiene, sin embargo, pocas consecuencias

⁴⁷⁰ Sobre este tema es muy elocuente el trabajo de POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*.

⁴⁷¹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*.

⁴⁷² Cfr. SILVA, *La expansión...* pág. 21.

⁴⁷³ La relación directa que existe entre el crecimiento exponencial de los avances tecnológicos y el surgimiento de nuevos riesgos; el efecto lenitivo que tienen el bienestar y la comodidad en la capacidad de tolerancia al peligro; el vínculo existente entre la masificación de los medios de comunicación, y la posibilidad que tienen los individuos de informarse y adquirir una mayor conciencia de los riesgos que amenazan su seguridad; las consecuencias de los progresos en los medios de transporte en el escalamiento de los conflictos locales; el nacimiento de la delincuencia organizada; o el desbordamiento del terrorismo a una escala global, son algunas de las causas probables de esa expansión del derecho penal. Al respecto, cfr. SILVA, *La Expansión...* pág. 22.

⁴⁷⁴ Cfr. SPRING, *The End of Insanity*, pág. 23.

prácticas; ésta es raramente invocada y, en consecuencia, es raramente exitosa en la mayoría de las jurisdicciones. El principal interés es moral, filosófico y teórico. El forzado argumento sobre las batallas campales de la defensa por locura, sólo refleja la contradicción entre la preservación de la autonomía de la voluntad del derecho, la teoría moral de la acción y las teorías deterministas de la psiquiatría sobre sus causas.⁴⁷⁵

Para decidir acerca de la procedencia de la exclusión de responsabilidad por razones de locura, la justicia anglosajona se guía, actualmente, por una regla originada en una tradición que se remonta al siglo XIX, instaurada por la justicia británica bajo el rotulo: *Reglas M'Naughten*.⁴⁷⁶ Aunque estas reglas han sido ampliamente discutidas, reformadas y pulidas a lo largo de los últimos ciento cincuenta años, en sus orígenes adoptaron la forma de una instrucción al tenor de la cual se pedía al jurado establecer si el sujeto tenía la capacidad de conocer la naturaleza y calidad de su acto, así como el sentido socialmente reprochable del mismo.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ [La traducción es mía]: "Most standard psychiatric textbooks give primary emphasis in their consideration of law and psychiatry to the insanity defence. This defence is, however, of little practical consequence; it is rarely invoked and rarely successful in most jurisdictions. Its major interest is moral, philosophical and theoretical. The arguments struggled over on the battlefields of insanity defence reflect the contradiction between the law's enduring free-will theory of the morality of action and psychiatry's deterministic theories of its causes" (STONE, Alan. *Psychiatry and the Law*, pág. 656). En este mismo sentido, cfr. SHAH, Saleem A. *Criminal Responsibility*, pág. 184).

⁴⁷⁶ Motivado por la persecución a cargo del partido de los Tories de la que era víctima, el día 20 de enero de 1843 Daniel M'Naughten disparó y mató a Daniel Drumond, creyendo erróneamente que se trataba de Robert Peel, Primer Ministro de Inglaterra y, por tanto, líder del Tory. La defensa de M'Naughten adujo *insanity*. A lo largo del juicio, la defensa pidió a varios médicos expertos, así como a eminentes psicólogos, que examinaran a M'Naughten, pidiéndoles concretamente que dictaminaran si aquel se encontraba bajo el influjo de un engaño tan fuerte como para anular en una persona moral la percepción acerca del bien y el mal. Sin embargo, los expertos no pudieron ponerse de acuerdo, y la decisión sobre su responsabilidad quedó por completo en manos del jurado. En este caso, el Lord Jefe de Justicia Tindal, al instruir al jurado sobre los criterios para su decisión, les informó que estaban autorizados para absolver si encontraban que M'Naughten no era consciente de que cometía un acto "malo o malvado". Al final, por las circunstancias del caso, M'Naughten fue absuelto. Dado que la Reina había sido recientemente víctima de un intento de asesinato, la absolución de M'Naughten no fue bien recibida por el gobierno de Su Majestad, lo que provocó un intenso debate sobre los alcances de la defensa por *insanity* en la Cámara de los Lords. En general, fueron objeto de intensas críticas las instrucciones dadas por Lord Tindal al jurado, cuando quiera que ellas confundían lo moral y lo jurídicamente correcto. Luego del intenso debate, los quince lords de Justicia de Inglaterra fueron convocados a la Cámara de los Lords, y allí la defensa por *insanity* fue sometida a los criterios que, aun cuando han evolucionado, todavía hoy se conocen con el nombre de Reglas M'Naughten (*M'Naughten' rules*). Cfr. SPRING, *The End of Insanity*, pág. 23; CARD, Richard. *Criminal Law*, p. 587; SMITH & HOGAN. *Criminal Law*, pág. 213.

⁴⁷⁷ Sobre la evolución de esta regla, puede consultarse WILLIAMS, *Development and Change in Insanity and Related Defences*, pág. 712. Además de esta regla, en el derecho anglosajón se conocen otras para decidir sobre la imputabilidad de un acusado, tales como: el test del impulso irresistible (*Parson vs. State*, 1887), la regla federal (*Davis vs. United States*, 1897), el test Durham (*Durham vs United States*, 1954), o el test ALI (*American Law Institute*, 1962). Sin embargo, la más conocida es la regla M'Naughten. Sobre las otras reglas puede consultarse: STONE, Alan. *Psychiatry and the Law*, pág. 657; también sobre otras reglas puede consultarse SHAH, Saleem A. *Criminal Responsibility*, pág. 167.

*“Para establecer una defensa en el campo de la locura, debe estar claramente probado que, al tiempo de la comisión del acto, la parte acusada estaba actuando bajo tal defecto de la razón, por enfermedad mental, que no sabía la naturaleza y calidad de la acción que realizaba; o, si lo sabía, que no supiera que lo que hacía estaba mal”.*⁴⁷⁸

En su versión original, las reglas M’Naughten fueron arduamente criticadas por cuanto atendían solamente a las circunstancias exculpantes relacionadas con el elemento cognitivo de la conducta humana, dejando de lado el aspecto volitivo de la misma. Por esta razón, y como consecuencia del precedente sentado en 1886 con el caso *Parsons vs. State*,⁴⁷⁹ las reglas M’Naughten fueron complementadas con el denominado: *Test del Impulso Irresistible*, el cual establece que el sujeto tampoco debe ser llamado a responder penalmente en aquellos eventos en los que, aun conociendo el carácter reprobable de su comportamiento, se encuentra dominado por un impulso que le impide escoger entre lo bueno y lo malo.⁴⁸⁰

*“¿Sabía él distinguir lo bueno de lo malo, como aplicado al particular acto en cuestión? Si él tenía tal conocimiento, podría sin embargo no ser legalmente responsable si las dos siguientes condiciones concurren: (1) Si, por razón de la coacción de tal enfermedad mental, él había perdido de lejos el poder de decidir entre el bien y el mal, y de evitar realizar el acto en cuestión, como que su libre determinación fue en ese momento destruida; (2) y si, al mismo tiempo, el crimen alegado estaba conectado con tal enfermedad mental, en relación de causa y efecto, de tal modo que ha sido únicamente producto de ella”.*⁴⁸¹

Teniendo en cuenta que la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del acusado corresponde por completo a un jurado de legos que resuelven apelando a su sentido común, resulta importante subrayar que, en la práctica, las reglas para la decisión judicial sobre la exculpación por locura adquieren la fisonomía de *instrucciones* impartidas por el juez al jurado. En relación con su contenido está claro que, como ya he mencionado, en la actualidad estas instrucciones deben consistir en una breve explicación de la versión revisada y complementada de las reglas M’Naughten, con lo cual se orienta al jurado a seguir una metodología de decisión que se basa en un modelo de colaboración, y no de subordinación, entre el derecho criminal y la psiquiatría: tiene el juez la obligación de instruir al jurado acerca de que el diagnóstico médico constituye un importante elemento de juicio a tener en cuenta por el

⁴⁷⁸ La traducción es mía. Ob.cit. por SPRING, *The End of Insanity*, pág. 25.

⁴⁷⁹ Cfr. WEIHOFEN, *Psychiatry and the Law of Criminal Insanity*. pág. 52; CARD, Richard. *Criminal Law*. 587; SMITH & HOGAN. *Criminal Law*, pág. 213. Junto a lo dicho, es importante destacar que el precedente *Parsons vs. State*, además de introducir el test del impulso irresistible, asentó definitivamente en el derecho anglosajón el modelo de colaboración entre la psiquiatría y el derecho criminal

⁴⁸⁰ Cfr. SPRING, *The End of Insanity*, pág. 27. Este modelo, que integra y complementa la regla M’Naughten con el test del impulso irresistible, es actualmente la posición dominante en más de la mitad de los estados de la unión norteamericana, y ha sido formalmente recogido en el Modelo de Código Penal elaborado por el prestigioso Instituto Americano de Derecho (*American Law Institut, - ALI*).

⁴⁸¹ La traducción es mía. *Parsons vs. State*, 81 Ala. 577,-, 2. So, 854, 866-67 (1887). Op. cit. por SPRING, *The End of Insanity*, pág. 27.

jurado, pero no el único, pues las demás evidencias y testimonios deben ser también valoradas, en orden a formarse una opinión razonable acerca de si el sujeto estaba o no en condiciones de conocer la naturaleza y calidad de su acto, y de determinarse libremente conforme a ese conocimiento.

La semejanza metodológica entre el modelo anglosajón y el modelo mixto son incuestionables, y en ambos sistemas jurídicos es dominante la postura que afirma que, si bien el diagnóstico médico-psiquiátrico es fundamental, la determinación de la imputabilidad es una decisión de naturaleza jurídica que se apoya y articula tomando como elemento de juicio el dictamen pericial, pero sin supeditarse a él.

4. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este capítulo puede concluirse lo siguiente:

- i) Que de acuerdo con la doctrina dominante, el método vigente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es el método mixto, el cual se basa en una relación de colaboración o cooperación existente entre el derecho y la psiquiatría.
- ii) Según esta metodología, la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental se debe llevar a cabo mediante un procedimiento que se encuentra dividido en dos niveles: en el primer nivel, se realiza una valoración de las condiciones bio-psicológicas del sujeto, en orden a establecer si padece algún trastorno mental que afecte su capacidad de comprensión o de autodeterminación; en el segundo nivel, se lleva a cabo un juicio valorativo tendiente a determinar si aquella condición bio-psicológica realmente afecta la capacidad del sujeto para comprender el sentido de su acción, o para autodeterminarse conforme a dicha comprensión al punto de eliminar su capacidad de culpabilidad y responsabilidad penal.
- iii) De acuerdo también con la doctrina dominante, el primer nivel del procedimiento, correspondiente a la valoración bio-psicológica del sujeto, debe efectuarse por un psiquiatra forense mediante las técnicas y métodos reconocidos por la comunidad psiquiátrica. En cambio, el segundo nivel del procedimiento, correspondiente al juicio valorativo sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto, debe ser realizado por el juez, quien tiene la última palabra sobre la imputabilidad o inimputabilidad del procesado.
- iv) De acuerdo con la posición dominante, el juez debe aplicar el método teleológico político-criminal para llevar a cabo el juicio valorativo sobre la capacidad de culpabilidad del procesado. Este método teleológico político-

criminal tiene como objetivo garantizar la seguridad jurídica mediante la estabilización de la sistematicidad del derecho penal, pero introduciendo la reflexión político-criminal como criterio de corrección del sistema de la teoría del delito, de manera que sea posible siempre llegar a la solución más satisfactoria para cada caso particular sin sacrificar la unidad, coherencia y sistematicidad del derecho penal. Por esta razón, puede decirse que una de las principales aportaciones del método teleológico político-criminal es su clara orientación a las consecuencias de la decisión.

- v) La aplicación del método teleológico político-criminal en materia de imputabilidad tiene como consecuencia que las normas que contienen el derecho aplicable en materia de imputabilidad deben interpretarse y aplicarse en la forma que mejor contribuyan a realizar los fines político-criminales asignados al derecho penal, dadas las circunstancias del caso concreto. De manera que el juez no sólo debe procurar que su decisión sea una aplicación del sistema de derecho vigente, sino también que su decisión realmente contribuya a realizar los fines político-criminales asignados al derecho penal.
- vi) De acuerdo con la postura defendida por Roxin y por un sector importante de la doctrina, el fin del derecho penal se relaciona directamente con el fin político-criminal de la pena, el cual en un Estado democrático y de Derecho no puede ser otro que la prevención del delito. Por esta razón, la aplicación del método teleológico político-criminal tiene como consecuencia que las normas que contienen las condiciones de imputabilidad deben interpretarse y aplicarse de la manera en que mejor permitan realizar los fines preventivos del derecho penal, tanto en términos preventivo-generales como preventivo-especiales.
- vii) La orientación a los fines preventivos del derecho penal que se halla implícita en el método teleológico político-criminal produce como resultado la inevitable introducción de la *peligrosidad* del agente como criterio para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, de tal manera que al momento de determinar la imputabilidad mediante el método teleológico-político criminal es inevitable que el juez tome en consideración la *peligrosidad* del agente como criterio de decisión.

§ III. Reflexiones sobre el alcance y la fiabilidad del dictamen psiquiátrico forense.-

A pesar de que casi todas las legislaciones en Europa y América Latina han adoptado el principio de libertad probatoria, y la sana crítica como criterio de valoración de las pruebas,⁴⁸² el dictamen psiquiátrico continúa siendo un medio de prueba imprescindible en la determinación de la imputabilidad del procesado. De hecho, aun cuando la ley no lo exija expresamente, es difícil encontrar un juez que se atreva a pronunciarse sobre la imputabilidad sin haber recibido previamente el dictamen de un psiquiatra sobre el estado mental del acusado⁴⁸³. Por esta razón, en este capítulo intentaré hacer explícitas algunas consideraciones que pueden poner en discusión la fiabilidad de los juicios emitidos por los psiquiatras sobre la “normalidad” mental de un individuo y, más concretamente, sobre la capacidad de una persona con trastorno mental para comprender el sentido de sus acciones o para determinarse conforme a dicha comprensión.⁴⁸⁴ A tal efecto, intentaré abordar el estudio del objeto y el método de la psiquiatría clínica, en orden a desvelar las fronteras del diagnóstico de las enfermedades mentales. Confío en que una mejor definición de los límites entre lo que la psiquiatría puede o no hacer, ofrecerá más luces acerca del papel que ésta debe cumplir en la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, y en el grado de confianza que puede depositarse en sus conclusiones.

Debido a lo anterior, y antes de cualquier consideración, me interesa aclarar que al presentar la problemática de la psiquiatría para identificar, diagnosticar, clasificar, pronosticar y tratar las enfermedades mentales, no pretendo de ninguna manera desacreditar el estatus de científicidad de esta rama de la medicina. Tampoco pretendo demostrar, porque no creo que sea así, que los dictámenes psiquiátricos carezcan de validez. Y lo que es más importante, no

⁴⁸² Por oposición a la “*tarifa probatoria*” o “*prueba legalmente tasada*” que fue preponderante en el pasado, y a la que ya me he referido.

⁴⁸³ En el caso de la doctrina alemana, la recomendación de hacer uso de un psiquiatra forense es expresa en la doctrina y en la jurisprudencia. Al respecto, cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 1.

⁴⁸⁴ Una presentación general de los principales problemas que afectan la fiabilidad de los diagnósticos psiquiátricos puede encontrarse en GARFIELD, Sol L. *Methodological Problems in Clinical Diagnosis*, pág. 27.

es mi objetivo ofrecer argumentos para expulsar a la psiquiatría de los terrenos del derecho penal, deshaciendo esa relación de cooperación que se ha pretendido establecer desde hace más de un siglo entre estas dos profesiones. El único objetivo de este capítulo es captar en sus justas proporciones el papel que la psiquiatría alcanza a cumplir en el proceso de comprobación de la inimputabilidad por trastorno mental.⁴⁸⁵

1. Problemas inherentes a los conceptos y métodos generales de la doctrina psiquiátrica: especial referencia al problema de la multiplicidad de perspectivas y la falta de unidad de criterio.-

A pesar de su importante grado de desarrollo, la psiquiatría moderna aún enfrenta enormes desafíos sobre temas fundamentales. Para lo que aquí nos interesa, llama la atención que la delimitación de su objeto de estudio continúe siendo materia de profundas discusiones y constituya una de las más importantes controversias en este ámbito del conocimiento. Y es interesante que esta cuestión permanezca abierta, ya que el debate sobre el objeto no sólo tiene consecuencias sobre lo que entendemos cuando hablamos de la psiquiatría —o sea, sobre a qué nos referimos cuando utilizamos la expresión <psiquiatría>—, sino que también atañe a la cuestión de si esta disciplina satisface o no los presupuestos de científicidad.⁴⁸⁶

*“La mayoría de los trastornos psiquiátricos constituyen enfermedades idiopáticas de causas desconocidas. En la literatura abunda el debate sobre qué entendemos por trastorno y cómo definimos un caso. Los críticos cuestionan la validez de las clasificaciones diagnósticas o nosológicas actuales, desafiando sus suposiciones fundamentales o sus propios principios teóricos. Dado que no existe un método para validar de forma externa los constructores diagnósticos vigentes (p. ej., la verificación de su precisión mediante medidas externas que no dependan de sus propios constructos), es muy probable que siga reinando la controversia en este campo hasta que puedan determinarse las causas que determinan la aparición de enfermedades clínicas específicas”.*⁴⁸⁷

Como es sabido, la delimitación del objeto de conocimiento es necesaria para que una disciplina pueda ser considerada como una ciencia, ya que sólo de esta forma puede definir su campo de investigación. Desde la perspectiva de la lógica clásica, la definición del objeto implica la identificación de aquellos rasgos o caracteres que hacen que éste sea lo que es, y no otra cosa. A tal efecto, la delimitación del objeto supone la determinación del género próximo y la diferencia específica. En psiquiatría, tal identificación no ha sido aún susceptible de consenso, entre muchas otras razones, por la existencia de una pluralidad de perspectivas desde las cuales pueden abordarse los problemas que interesan a los psiquiatras.

⁴⁸⁵ Este es también el propósito de otras iniciativas adelantadas en Alemania frente a este mismo tema. Al respecto, cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 1

⁴⁸⁶ Cfr. GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 69.

⁴⁸⁷ CAINE, Eric D. *Determinación de las Causas en Psiquiatría*, pág. 1. [idiopático: de causa oscura o desconocida].

Para comenzar, ni siquiera hay consenso acerca de la terminología que debe usarse para referirse a esta área de la medicina. Por ejemplo, mientras un sector mayoritario de la doctrina europea considera importante diferenciar entre la <<psicopatología>> y la <<psiquiatría>>, la doctrina norteamericana suele utilizar estos términos indistintamente. De acuerdo con la doctrina dominante en Europa, la distinción entre la <<psicopatología>> y la <<psiquiatría>> es fundamental, ya que cada una de estas disciplinas se ocupa de áreas de trabajo e investigación completamente diferentes, aunque complementarias: la psicopatología se ocupa de la construcción de los conceptos y métodos generales, y la psiquiatría del estudio de cada caso morboso en particular. Así, mientras la psicopatología descompone al ser humano en sus diferentes funciones psíquicas para su estudio, la psiquiatría debe abordarlo a partir de un enfoque holístico que le permita comprender y tratar la enfermedad mental como el producto de una compleja red de factores biológicos, sociales y personales.⁴⁸⁸ De esta forma, la psiquiatría viene a ser entonces la “rama de la medicina que se ocupa del estudio, prevención, tratamiento y rehabilitación de los trastornos psíquicos”,⁴⁸⁹ y la psicopatología la ciencia encargada de “elaborar la observación psiquiátrica en teoría del conocimiento del hecho psiquiátrico”.⁴⁹⁰

Pero el debate sobre el objeto de estudio de la psiquiatría, o al menos la parte que nos interesa de él, no se contrae a la controversia sobre la existencia o no de una diferencia entre la psicopatología y la psiquiatría. El punto de discusión que captura nuestra atención tiene que ver con la naturaleza del objeto de estudio de la psiquiatría y con la capacidad real del psiquiatra para aprehenderlo. Lo que en realidad nos interesa es rebordear los contornos de aquello sobre lo que la psiquiatría centra sus esfuerzos, de modo que podamos

⁴⁸⁸ No obstante, hay autores que advierten lo siguiente: “Although most physician reject the idea that mind and body are separate, they often act as though the patient could be split into discrete entities. The specialization of medical practice encourage compartmentalizing of the patients. Few patients have attended medical school, and they do not present themselves or their complaints to the physician in terms of his useful but somewhat arbitrary categories. Although the physician may find that breaking the patient up into system is unavoidable, such an approach may prevent the perception of the patient as a whole” (RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 1).

⁴⁸⁹ Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 1.

⁴⁹⁰ “la psicopatología es la fundamentación científica de la psiquiatría, para lo cual precisa delimitar conceptos generales con validez universal en el campo de la patología psíquica” (*Ibíd.*, pág. 1). En la doctrina anglosajona, donde esta distinción no es de particular importancia, la psiquiatría suele definirse de una manera mucho más amplia. Por ejemplo, Masserman sostiene: “Psychiatry can be broadly defined as a science which deals with the determining factors of human behaviour, its variations and vicissitudes, the method of its analysis, and the means that may be employed to align behaviour with optimal personal and social goals” (GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 69). A su turno, Millon señala que “psychopathology has been defined succinctly as that ‘field of medicine and psychology concerned with the study of mal-adaptive behaviour, its etiology, developments, diagnosis, and therapy” (DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 2).

demarcar con absoluta claridad sus fronteras, identificar su contenido, establecer su naturaleza y averiguar si la medicina está o no en condiciones de acceder a ello y ofrecer respuestas satisfactorias a sus problemas.

La doctrina psiquiátrica dominante acepta sin discusión alguna que su objeto de preocupación es el hombre enfermo psíquicamente. Sin embargo, el punto neurálgico de la discusión es, precisamente, qué debe entenderse por <<enfermedad mental>>. ⁴⁹¹ En este sentido, más allá de subrayar la preocupación de la psiquiatría por los trastornos psíquicos, nos interesa saber qué se entiende por tal y en qué medida o de qué forma puede el psiquiatra acceder a ellos.

Lo que ocurre es que hablar de enfermedad en otros campos de la medicina suele ser relativamente sencillo, como quiera que los criterios comparativos de “normalidad” fijados suelen ser mucho más objetivos. ⁴⁹² Nuestro conocimiento de la estructura y función de los órganos y sistemas que componen la anatomía humana ofrece importantes elementos de juicio para establecer, mediante un ejercicio de comparación objetiva, cuándo algo está fuera de lo “normal”. Sin embargo, en psiquiatría la situación es mucho más compleja:

“La pregunta acerca de cuándo una conducta anómala es una enfermedad conlleva una carga notable de inquietud filosófica y, de hecho, la consideración científica de lo que es un trastorno psíquico varía con el tiempo, de forma que los comportamientos antes valorados como patológicos (homosexualidad) hoy no se incluyen en los actuales sistemas de diagnóstico y, por el contrario, se incluyen otros que eran considerados vicios (juego patológico, exhibicionismo), producto de la maldad humana (piromanía, cleptomanía, pedofilia) o normales (trastorno del deseo sexual, trastornos orgásmicos, sobre todo la frigidez de la mujer).” ⁴⁹³

La definición del concepto de <<enfermedad mental>> resulta sumamente problemático porque la psiquiatría, como tal vez ninguna otra rama de la medicina, es especialmente susceptible a lo que algunos médicos denominan: “contaminación ideológica”. ⁴⁹⁴ Ciertamente la psiquiatría se encuentra en esa difícil frontera que existe entre la filosofía y la medicina, pues se ocupa de temas que son susceptibles de discusión en ambas ramas del conocimiento. Problemas como el de la cuestión acerca de si la enfermedad mental es descubierta o inventada, o el del asunto concerniente a la pregunta por los límites entre la enfermedad mental y la maldad, que es en últimas la pregunta por el fundamento de la moral y la imputabilidad de responsabilidad, son sólo algunos ejemplos de ciertos temas que se encuentran en la oscura intersección de esos dos universos.

⁴⁹¹ FIRST, Michael B y WAKEFIELD, Jerome C. *Clarificación de la distinción entre lo que es y lo que no es trastorno: Afrontamiento del Problema del sobre-diagnóstico (falsos positivos) en el DSM-V*, pág. 23. Cfr. también GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 56.

⁴⁹² Cfr. GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 101.

⁴⁹³ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 4.

⁴⁹⁴ Cfr. *ibíd.*, pág. 2

La permeabilidad del conocimiento psiquiátrico a las discusiones filosóficas, sociológicas, antropológicas etc., ha marcado de forma particular su actual estado de desarrollo. En la psiquiatría contemporánea es especialmente llamativa la coexistencia de múltiples *modelos*⁴⁹⁵ explicativos, ninguno de los cuales puede dar cuenta por sí sólo de la totalidad de los desordenes y enfermedades psíquicas conocidas por el hombre.⁴⁹⁶ Los diferentes modelos psiquiátricos existentes son producto de la asunción de diferentes perspectivas para el estudio de un mismo fenómeno: la enfermedad mental. Cada uno de estos *modelos* intenta representar, con mayor o menor exactitud, un punto de vista, una perspectiva acerca del funcionamiento de nuestra psiquis. Y aunque la capacidad de rendimiento de cada uno de estos modelos para explicar la totalidad de las constelaciones de casos posibles en psiquiatría es muy limitada, debe reconocerse que todos ellos han realizado importantes aportaciones para comprender y tratar algunas patologías mentales.⁴⁹⁷

Es cierto que dependiendo de la escuela desde la que se estudie teóricamente el hecho psiquiátrico corremos el peligro de caer en el reduccionismo biológico-mecanicista o en el reduccionismo sociológico. Por eso los manuales de introducción a la psiquiatría, normalmente, inician la exposición de su material haciendo una presentación general de los diferentes *modelos* psiquiátricos. La presentación de estos modelos es fundamental, ya que aproxima al profano a las diferentes perspectivas desde las que puede abordarse el estudio científico de la enfermedad mental. Por esta razón, quisiera ocuparme ahora, siquiera someramente, de mostrar la forma en que el concepto de enfermedad mental cambia según el modelo psiquiátrico que adoptemos, para poner de manifiesto la enorme dificultad que supone la delimitación del objeto de estudio de la psiquiatría.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Al respecto explica BOCHENSKI (pág. 86) lo siguiente: “Por modelo se entiende un producto físico, observable en principio a simple vista, que tiene la misma forma o contenido representado en el enunciado científico. (...) Tal modelo no siempre puede ser construido, pero sí <<pensado>>, es decir, imaginado. Decir que para las recientes teorías físicas no hay modelo, significa que para ellas no es posible tal imagen. Esto equivale al menos en los más de los casos, a decir que no tenemos sentido eidético de tales enunciados científicos (teorías, etc.), sino simplemente un sentido operacional”.

⁴⁹⁶ Un estudio comparativo de los diferentes modelos psiquiátricos puede hallarse en KLERMAN, Gerald L. *Historical Perspectives on Contemporary Schools of Psychopathology*, pág. 3.

⁴⁹⁷ Un corto pero bien logrado recuento de la evolución de la psiquiatría norteamericana del último siglo, puede encontrarse en REDLICH, F.C. *Phases of Modern American Psychiatry*, pág. 71.

⁴⁹⁸ Una descripción de los diferentes modelos psiquiátricos puede encontrarse también en: PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 28 y ss.; también en VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 21; y en BONE, Harry. *Personality Theory*, pág. 88. Una descripción de la evolución de las escuelas norteamericanas de pensamiento psiquiátrico desde sus comienzos hasta la Segunda Guerra Mundial, puede hallarse en LEWIS, Nolan D.C., *American Psychiatry From Its Beginnings to World War II*, pág.

1.1. Modelo médico:

El modelo médico,⁴⁹⁹ también conocido como el modelo orgánico, biológico o biofísico, asume como postulado básico la idea de que la enfermedad mental tiene una causa o etiología consistente en un defecto orgánico de naturaleza “hística o bioquímica a nivel cerebral por defecto genético, metabólico, endocrino, infeccioso o traumático”.⁵⁰⁰ Para los defensores de este modelo, la etiología orgánica produce una serie de síntomas que constituyen el cuadro clínico de la enfermedad. El reconocimiento, clasificación y sistematización de esos síntomas permite construir cuadros nosológicos que facilitan la tarea de diagnosticar la enfermedad, efectuar un pronóstico de su desarrollo y elegir el tratamiento más eficaz para recuperar al paciente.⁵⁰¹

Desde la perspectiva del modelo médico, el tratamiento psiquiátrico debe atacar directamente las causas biológicas de la enfermedad y no sus síntomas. La utilización de medicamentos para contrarrestar química y biológicamente la etiología de la enfermedad es típica de este modelo, y produce una actitud terapéutica muy distinta a la que puede observarse en otros. Dado que el modelo médico asume que la enfermedad tiene una etiología orgánica, se concluye que ni el paciente ni la sociedad tienen responsabilidad alguna frente al trastorno mental.⁵⁰² Así mismo, de ello se desprende que el proceso de recuperación es ajeno a cualquier injerencia de parte de la sociedad o del propio paciente, pues sólo el efecto químico-biológico que producen los fármacos y/o el tratamiento médico puede hacer desaparecer la etiología.⁵⁰³

En punto al concepto de enfermedad mental, el modelo médico subraya enfáticamente la diferencia entre la etiología y el síntoma. Para los defensores de este modelo, el defecto orgánico que produce los síntomas es lo que constituye en sí la causa o etiología de la enfermedad, y es a la corrección de ese defecto de base biológica hacia donde debe dirigirse el tratamiento. El síntoma sólo es una manifestación externa de la enfermedad y su importancia radica en la oportunidad que brinda para reconocerla, clasificarla, pronosticarla y tratarla adecuadamente.⁵⁰⁴

El principal problema del modelo médico consiste en que no todos los casos reconocidos por la comunidad científica como enfermedades mentales tienen

⁴⁹⁹ Una presentación de los presupuestos fundamentales del modelo médico o biológico de la psiquiatría puede encontrarse en OSTOW, Mortimer. *The Biological Basis of Human Behaviour*, pág. 58; cfr. también GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 109.

⁵⁰⁰ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 21.

⁵⁰¹ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 84.

⁵⁰² Cfr. GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 110.

⁵⁰³ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 21.

⁵⁰⁴ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 85.

una etiología orgánica conocida.⁵⁰⁵ La psiquiatría moderna tiende a agrupar la casi totalidad de las enfermedades mentales, en tres tipos o clases principales:

*“Por una parte, las psicosis (funcionales – esquizofrenia, trastornos bipolares, psicosis afectivas), en las que el sujeto pierde contacto con la realidad y se instala en un mundo cualitativamente distinto. Son las verdaderas enfermedades mentales en estricto sentido. Por otra parte, se sitúan los trastornos psíquicos no psicóticos que comportan síntomas y un sufrimiento para el paciente o un riesgo de vida (neurosis clásicas, patología sexual, trastornos de alimentación, trastornos psicósomáticos). Finalmente, también acoge la psiquiatría los trastornos de la personalidad, en los que la patología viene dada por agrupaciones de rasgos peculiares (no síntomas clínicos), que hacen sufrir al sujeto (p. ej., personalidad evitativa o dependiente) o le generan importantes conflictos en la interrelación personal (p. ej., personalidades histriónicas, narcisistas, paranoídes o esquizóides)”*⁵⁰⁶

Cada una de estas clases de enfermedades mentales tiene una etiología diferente, y sólo en algunas de ellas ha podido reconocerse una causa biológica u orgánica como base de la misma. En las psicosis, por ejemplo, la base biológica es fundamental, mientras que en los trastornos de la personalidad tienden a primar las causas de orden educacionales o ambientales.⁵⁰⁷ El modelo médico no ofrece una respuesta satisfactoria para algunas anomalía psíquicas (v.g., la psicopatía,⁵⁰⁸ la esquizofrenia, la paranoia, la psicosis manícodepresiva) respecto de las cuales *“no conocemos las causas materiales ni existen hallazgos anatomopatológicos, ni bioquímicos, bioeléctricos o semejantes”*.⁵⁰⁹ A diferencia de lo que ocurre con otras anomalías psíquicas, en relación con las cuales se ha podido relacionar científicamente la anormalidad mental con un defecto orgánico, frente a estas otras *“hemos de atenernos sólo a los cuadros de estado y al curso”*⁵¹⁰ de la enfermedad.

⁵⁰⁵ Esto ha llevado a que se abra un debate acerca del verdadero carácter de ciertas patologías que, desde la perspectiva médica, son más mito que enfermedad. Al respecto cfr. *ibíd.*, pág. 97.

⁵⁰⁶ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 4

⁵⁰⁷ *Ibíd.*

⁵⁰⁸ Es necesario diferenciar las *psicosis* de las *psicopatías*. La psicosis es una enfermedad mental que, como se ha dicho, se caracteriza por producir en el sujeto una ruptura con la realidad, y su instalación en un mundo propio. Las *psicopatías*, también llamadas *trastorno antisocial de la personalidad*, sociopatía o trastorno disocial de la personalidad, tienen como característica principal una ruptura con los valores ético-sociales predominantes, que se manifiestan en un desprecio por los derechos de los demás por parte del sujeto. Las personas con este *trastorno de la personalidad* se caracterizan por despreciar los deseos, derechos y sentimientos de los demás, muestran pocos remordimientos, carecen de empatía, son insensibles. Por otro lado, pueden y suelen poseer cierto encanto artificial. Trastorno antisocial no es sinónimo de comportamiento delictivo aunque, por supuesto, no se puede negar la existencia de relación entre ambos términos. La psicopatía supone un claro e importante factor de riesgo para la reincidencia en general y para la violencia en particular. En la actualidad, se busca una identificación más clara y concisa posible sobre el trastorno de la psicopatía y, para ello, se evalúa mediante distintos sistemas clasificatorios como el *DSM- IV*, el *CIE-10*, la *Escala Hare* etc. No obstante que el psicópata no está trastornado mentalmente, y su enfermedad no tiene una base orgánica identificada, no caben dudas de que no estamos hablando de una persona normal, así sea plenamente consciente de sus acciones. En este mismo sentido cfr. URRUELA, *La Inimputabilidad Penal...* ; o también FRÍAS, *Personalidad Psicopática e Inimputabilidad*.

⁵⁰⁹ CASAS, *Enfermedad Mental...* pág. 109.

⁵¹⁰ *Ibíd.*

Adicional a ello, el modelo médico es también susceptible de otras críticas relacionadas. En primer lugar, llama la atención que incluso en relación con aquellas enfermedades frente a las cuales se ha encontrado una base orgánica comprobada, el modelo médico se topa con el problema de que estos trastornos parecen estar simultáneamente determinados por factores educacionales, ambientales y sociales. Es decir, incluso en relación con aquellas nosologías frente a las cuales se ha podido identificar su causa biológica, no puede desconocerse la coexistencia de otros factores condicionantes de la enfermedad que no tienen una base orgánica. Esta circunstancia atenúa considerablemente la probabilidad de éxito de los tratamientos consistentes exclusivamente en el suministro de fármacos, ya que los *“tratamientos biológicos solo solucionan totalmente una parte de los casos; incluso en los considerados de naturaleza más biógena, como las psicosis, su eficacia no es absoluta”*.⁵¹¹

Y en segundo lugar, cabe destacar que en la psiquiatría clínica es bastante común encontrar casos en los que el defecto orgánico detectado no guarda relación con los síntomas que muestra el paciente, o también casos en los que frente a un defecto orgánico identificado *“se mezclan los síntomas típicos de un trastorno con los de otro distinto”*,⁵¹² de manera que las clasificaciones de las enfermedades mentales existentes, que normalmente agrupan los trastornos utilizando como criterio el cuadro clínico, resultan inútiles para efectos de realizar el diagnóstico.

Debido a todas estas circunstancias, el modelo médico parece que sólo ofrece criterios necesarios, mas no suficientes, para identificar las enfermedades mentales. La existencia de un defecto orgánico que pueda ser señalado como la causa o etiología de un cuadro clínico típico de una enfermedad mental, *“sólo es definitivo en algunos casos, complementario en otros e insuficiente en unos terceros”*.⁵¹³ De manera que la psiquiatría moderna no puede construirse ni desarrollarse únicamente sobre los presupuestos de un modelo médico.

⁵¹¹ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 23.

⁵¹² *Ibíd.*, pág. 22.

⁵¹³ *Ibíd.*

1.2. Modelo conductista:

El modelo conductista⁵¹⁴ se cimienta sobre la idea de que “*el comportamiento normal se aprehende, al igual que el patológico, en función de los principios que sustentan la teoría del aprendizaje*”.⁵¹⁵ El punto de partida de este modelo es el concepto de <<condicionamiento>>, de acuerdo con el cual los estímulos externos gratificantes o desagradables recibidos por el individuo determinan su conducta.⁵¹⁶ Cualquier comportamiento del individuo, entonces, puede ser entendido como su respuesta a un estímulo externo condicionante. En la medida que esa conducta tiende a la generalización, el sujeto entra progresivamente en un proceso de acostumbamiento que llevará a que esa forma de respuesta frente a estímulos idénticos o similares se convierta en un hábito. De esta forma, la conducta del individuo, ya sea normal o patológica, es producto de un proceso de aprendizaje que opera dentro de la lógica *estímulo-respuesta*.⁵¹⁷

En el marco de este modelo psiquiátrico, “*los síntomas (conducta anormal manifiesta) son propiamente la enfermedad, pero se les niega el contenido simbólico y significativo tan ponderado por el psicoanálisis. Consecuentemente, el tratamiento se centra en el complejo sintomático cuya desaparición se valora como signo de curación*”.⁵¹⁸ El modelo conductista sostiene que la desaparición del estímulo condicionante debe producir la reducción o eliminación de la conducta condicionada. Por esta razón recurre a una amplia gama de técnicas terapéuticas que tienen por objeto el descondicionamiento de la conducta patológica y el recondicionamiento hacia otras más “normales”.

Por otra parte, las versiones más acabadas del modelo conductista admiten cierto grado de cognoscitividad en sus postulados. Sostienen que no sólo el estímulo, sino también la forma en que el individuo lo percibe, determinan su conducta. Aun cuando admiten que la cognición no es susceptible de verificación empírica, sostienen que la manera de percibir los estímulos también se aprehende, en la misma forma en que se lo hace con la conducta que responde a ellos. De esta manera, es posible modificar la conducta sin hacer desaparecer los estímulos condicionantes, si se logra modificar la forma en que el individuo los percibe.⁵¹⁹ En este proceso cumpliría un papel muy

⁵¹⁴ Una visión general de la perspectiva psiquiátrica conductista puede encontrarse en el libro de introducción a la psiquiatría científica de Storrow, quien hace allí una descripción de la teoría general de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad mental desde el punto de vista de ese modelo. Cfr. STORROW, H. A. *Introduction to Scientific Psychiatry: A Behaviouristic Approach to Diagnostic and Treatment*.

⁵¹⁵ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 24.

⁵¹⁶ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 116.

⁵¹⁷ Cfr. *ibíd.*, pág. 117; cfr. también BONE, Harry. *Personality Theory*, pág. 89.

⁵¹⁸ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 24. En este mismo sentido, cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 122.

⁵¹⁹ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 135.

importante la autoobservación y el autoconocimiento por parte del paciente, en orden a recalificar el aspecto cognitivo de su propio comportamiento:

“el cognitivismo sustenta que las cogniciones, si bien son conductas no observables, se rigen por las mismas leyes del aprendizaje que explican la conducta manifiesta (estímulos, respuestas, contingencias, etc.) De este cuerpo teórico se ha desarrollado una fructífera gama de terapéuticas (racional emotiva, reestructuración cognitiva sistemática y cognitivo-conductual, resolución de problemas, etc.) dirigidas a recalificar los aspectos propiamente cognitivos (pensamientos erróneos o negativos), los emocionales y los conductuales (conductas desadaptadas), basándose fundamentalmente en los autorregistros para objetivar el módulo cognitivo conductual. Lo cierto es que la terapia cognitivo-conductual se está aplicando en estos momentos a una amplia variedad de trastornos (depresión, fobias sociales, bulimia nerviosa, personalidad límite etc.)”⁵²⁰

Por supuesto, la crítica al modelo conductista se desprende de lo controversial de sus postulados. Para comenzar, no hay consenso en la comunidad psiquiátrica acerca de que el modelo conductista de aprendizaje, basado en la lógica estímulo-respuesta, sea correcto. Para muchos, ésta es una tesis bastante cuestionable cuya base científica se halla principalmente sustentada en la experimentación con animales, y que por tanto sus conclusiones no pueden ser simplemente extrapoladas al hombre. Además, esta tesis deja de lado rasgos tan distintivos de la conducta humana como la creatividad, sin cuya consideración la teoría tiende a deshumanizarse.⁵²¹

Por otra parte, esta teoría no integra a sus postulados la evidencia empírica existente sobre la causa o etiología orgánica de algunas enfermedades mentales. Frente a aquellos trastornos en los que se ha identificado una causa biológica, la tesis del aprendizaje de la conducta patológica pierde poder de convicción y se hace necesaria una explicación ulterior que integre los postulados del cognoscitivismo-conductista con la evidencia médica encontrada. Consecuencia de ello es que los tratamientos psiquiátricos de orientación conductista sólo muestran eficacia frente a enfermedades mentales de escasa complejidad (especialmente los trastornos monosintomáticos), mientras que frente a las que involucran un cuadro clínico complejo y una etiología de base orgánica su terapéutica es de escasa utilidad.⁵²²

Puesto en estos términos, parece entonces que el modelo conductista tampoco puede dar cuenta por sí solo de todas las constelaciones de casos reconocidos por la comunidad psiquiátrica como enfermedades mentales. Pese a que deben reconocerse las importantes aportaciones del conductismo a la comprensión y tratamiento de ciertas enfermedades, es claro que no puede servir como modelo único para el desarrollo de una psiquiatría realmente eficaz frente a todos los pacientes psiquiátricos.

⁵²⁰ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 24.

⁵²¹ *Ibíd.*

⁵²² Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 137.

1.3. Modelo psicoanalítico:

El modelo psicoanalítico, psicodinámico o intrapsíquico responde a una tradición que se remonta a la escuela del psicoanálisis iniciada por Sigmund Freud. El punto de arranque de este modelo es la tesis consistente en que la personalidad es fruto de la interacción de una serie de factores biológicos y ambientales que convergen durante la formación del individuo.⁵²³ A lo largo del proceso de maduración, el individuo atraviesa durante su infancia por una serie de fases que marcan su desarrollo sexual, las cuales son determinadas por factores biológicos.⁵²⁴ Las vivencias que experimenta el sujeto en cada una de esas etapas fijan en gran medida su carácter. Así, *“algún problema en el desarrollo de esas etapas implica una fijación a la misma, con la consiguiente traducción psicopatológica en la vida adulta”*.⁵²⁵

Desde la perspectiva psicoanalítica, la personalidad está compuesta por tres elementos: el *ello*⁵²⁶, el *yo*⁵²⁷ y el *super yo*.⁵²⁸ Durante el proceso de formación, el individuo desarrolla algunos mecanismos para protegerse de aquello que considera un ataque contra el yo. Esos mecanismos de defensa, elaborados en su mayoría durante la infancia, pasan luego a formar parte del inconsciente y, desde allí, determinan en gran parte el carácter del individuo adulto.⁵²⁹ La estabilidad mental se adquiere cuando el sujeto logra poner en equilibrio las

⁵²³ Cfr. *ibíd.*, pág. 29; cfr. también BONE, Harry. *Personality Theory*, pág. 89; MORA, George. *Recent American Psychiatric Developments (Since 1939)*, pág. 23 y ss.; GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 119.

⁵²⁴ Me refiero a las etapas de la evolución de la libido en el proceso de desarrollo sexual de los sujetos: etapa oral, anal, fálica, de latencia y genital. Al respecto, cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 35.

⁵²⁵ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 25.

⁵²⁶ *“El ello es la estructura más básica y primitiva. Integra todo lo pulsional, natural e involuntario de la vida humana. Aunque compuesto fundamentalmente por impulsos innatos (sexuales y agresivos), no es adecuado reducirlo únicamente a impulsos biológicos, puesto que los deseos reprimidos participan también en su formación”* (VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 26). Una definición similar de este concepto se puede encontrar también en PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 41.

⁵²⁷ *“El yo se desarrolla por diferenciación del aparato psíquico en su contacto con la realidad externa. Se sitúa entre las demandas del ello y la realidad exterior intentando satisfacer las demandas del mismo, pero asegurando la estabilidad del individuo. Es, pues, el intermediario entre el ello (que opera según el principio del placer) y el medio, asegurando la acción, pero en función del principio de realidad. La actividad del yo puede ser consciente (percepción exterior o interior, procesos intelectuales), preconsciente e inconsciente (mecanismos de defensa)”* (VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 26). Una definición similar de este concepto se puede encontrar también en PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 40.

⁵²⁸ *“El super yo, que capitaliza los valores sociales inducidos socialmente a través de la identificación con los padres. Es, por tanto, la sede de las fuerzas represivas que generan autocritica y culpabilidad. El super yo actúa sobre el yo para que éste inhiba los deseos más intolerables moralmente”* (VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 26). Una definición similar de este concepto se puede encontrar también en PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 42.

⁵²⁹ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 33.

tres instancias mentales que definen su personalidad. Cuando los mecanismos de defensa creados operan de forma que distorsionan la realidad para hacerla más tolerable al sujeto, se produce un desequilibrio que se traduce en el trastorno mental. En este sentido, la enfermedad mental es el producto de un problema en alguna de las etapas de formación, el cual ha desencadenado un desequilibrio entre las diferentes fuerzas que compiten al interior del sujeto. Dicho en otras palabras, *“los traumas en la edad adulta no son más que los catalizadores de los conflictos de las etapas tempranas de la vida”*.⁵³⁰

Por otra parte, y al igual que los defensores del modelo médico, el psicoanálisis insiste en la diferencia entre el síntoma y la enfermedad. La existencia de un desequilibrio entre las diferentes *instancias mentales* produce una ansiedad que se manifiesta en conflictos emocionales. Los síntomas asociados a los diferentes trastornos mentales son producto de la lucha que se da al interior del individuo por acabar con la ansiedad, lograr el equilibrio entre sus fuerzas y evitar una ruptura con la realidad.⁵³¹ Estos síntomas sustituyen, transforman o anulan ciertos contenidos que han sido reprimidos en el inconsciente como mecanismo de defensa del yo.⁵³² Así, en algunos casos el síntoma reemplaza, como equivalente, el contenido reprimido en el inconsciente; en otros eventos el síntoma es producto de una transformación que sufre el contenido reprimido para ser aceptado en el consciente, y en otros, el síntoma surge como reacción opuesta al contenido reprimido para anularlo.⁵³³ Cualquiera sea la función que cumpla el síntoma, lo cierto es que éste sólo surge *“como resultado de los esfuerzos que el individuo hace por paliar la ansiedad creada por los conflictos emocionales subyacentes”*,⁵³⁴ y en ningún caso debe confundirse con la enfermedad misma.

El tratamiento de la enfermedad supone, para los psicoanalistas, un esfuerzo de mayor envergadura que el de anular sus síntomas. Este modelo propone la utilización de la *psicoterapia analítica*, la cual tiene como propósito llevar gradualmente a nivel consciente todos aquellos sentimientos o pensamientos reprimidos que producen el desequilibrio de los elementos de la personalidad y que generan la ansiedad que afecta al paciente. Para tal efecto, la psicoterapia analítica se vale de algunas técnicas que puedan revelar los contenidos reprimidos en el inconsciente, tales como las pruebas de asociación libre, la interpretación y análisis de sueños, pruebas proyectivas, etc. La revelación de los contenidos reprimidos en el inconsciente permite al psiquiatra y a su paciente identificar el problema ocurrido, determinar la etapa de formación en

⁵³⁰ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 26.

⁵³¹ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 44.

⁵³² *Ibíd.*, pág. 50.

⁵³³ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 26.

⁵³⁴ *Ibíd.*

que tuvo lugar, comprenderlo y, finalmente, racionalizarlo para superarlo y lograr el equilibrio necesario entre el ello, el yo y el super yo.⁵³⁵

La principal crítica al modelo psicoanalítico recae sobre la presunta falta de confirmación empírica de sus postulados fundamentales.⁵³⁶ Karl Popper, en una obra publicada en 1980 bajo el título *El yo y su cerebro*, puso de relieve que la mayoría de las premisas del psicoanálisis se fundamentan en una interpretación particular de la estructura y funcionamiento de la mente humana, respecto de la cual no es posible una comprobación objetiva mediante evidencia empírica. A guisa de ejemplo, la teoría psicoanalítica confiere especial importancia a los contenidos atrapados en el inconsciente. Sin embargo, el inconsciente parece hacer parte de un “*área de la vida psíquica*”⁵³⁷ que no sólo no está claramente delimitada, sino que además es inaccesible en términos de observación y control científicos. En consecuencia, las hipótesis en que se apoya la teoría psicoanalítica para explicar su tesis sobre el inconsciente no son observables ni susceptibles de confirmación mediante pruebas que arrojen resultados objetivos.

La falta de claridad y de unidad en los conceptos fundamentales que sustentan el psicoanálisis se ha traducido en otra crítica adicional: la falta de consenso, o de unidad de criterio, entre los diferentes psicoanalistas.⁵³⁸ El diagnóstico y el tratamiento psicoanalítico dependen, en gran parte, de la interpretación de los datos arrojados por las pruebas de orientación analítica, con las cuales se pretende revelar los contenidos reprimidos en el inconsciente del paciente. La psicoterapia analítica se desarrolla, principalmente, a base de la interpretación que hace el psicoanalista de la información obtenida en el análisis de los sueños, las pruebas de asociación libre, etc. Sin embargo, es un hecho que la falta de un método que permita el control de las conclusiones obtenidas por el psicoanalista hace posible que varios médicos interpreten de formas distintas, y por ende lleguen a conclusiones disímiles, la información obtenida en el análisis. En opinión de un sector de la psiquiatría, “*el hecho de que los terapeutas interpreten el mismo fenómeno clínico de distintas formas, según la orientación de la escuela a la que estén adscritos, hace perder credibilidad al modelo*”.⁵³⁹

⁵³⁵ Una presentación general de los últimos desarrollos en la terapia psicoanalítica, incluyendo los métodos no ortodoxos y las tendencias neo-freudianas, puede encontrarse en MORA, George. *Recent American Psychiatric Developments (Since 1939)*, pág. 26 y ss.

⁵³⁶ Cfr. BONE, Harry. *Personality Theory*, pág. 98. Cfr. también PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 57; GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 123; MORA, George. *Recent American Psychiatric Developments (Since 1939)*, pág. 25. Sin embargo, este último autor rescata la existencia de esfuerzos por validar experimentalmente los presupuestos del psicoanálisis, aunque reconoce que ese proceso se encuentra aun en una fase demasiado inicial.

⁵³⁷ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 27.

⁵³⁸ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behavior. Perspectives in Conflict*, pág. 68.

⁵³⁹ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 27.

Para la doctrina psiquiátrica dominante es incontestable que el psicoanálisis ha realizado importantes aportaciones a la comprensión del trastorno mental, especialmente en lo que se refiere a la profundización de nuestro conocimiento sobre la estructura de la mente humana. La importancia que confiere al inconsciente es a la vez la causa de sus principales aportaciones y su mayor debilidad. Ningún otro modelo ha contribuido tanto a la comprensión de esa dimensión inconsciente de nuestra mente como el psicoanálisis, pero ha sido también la falta de un método rigurosamente apegado a los cánones científicos ortodoxos para su estudio lo que le ha llevado a soportar fuertes críticas de la comunidad académica.⁵⁴⁰

Con todo, es claro que el psicoanálisis no es un modelo psiquiátrico que esté en condiciones de responder a todos los problemas que enfrenta la psiquiatría contemporánea, y por ello debe ser considerado como uno más entre los muchos otros enfoques que existen para comprender, diagnosticar y tratar las enfermedades mentales.

1.4. Modelo antipsiquiátrico:

El modelo antipsiquiátrico tuvo su apogeo en la década de los ochenta y surgió como movimiento contestatario de la psiquiatría tradicional.⁵⁴¹ Profundamente influenciado por la doctrina sociológica, se construyó a partir de una crítica al papel que cumplen algunas instituciones estatales como la escuela, la prisión y los sanatorios⁵⁴² como dispositivos de homogenización de la personalidad de los individuos.⁵⁴³ Desde la perspectiva de este modelo, la psiquiatría tradicional

⁵⁴⁰ GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 128.

⁵⁴¹ Una presentación resumida de la perspectiva antipsiquiátrica puede encontrarse en MILLER, Peter. *Critiques of psychiatry and critical sociologies of madness*, pág. 12.

⁵⁴² Cfr. CARLEN, Pat. *Psychiatry in prison: premises, practices ad politics*, pág. 241.

⁵⁴³ FOUCAULT (*Un Diálogo Sobre el Poder*) sostiene: “Es verdad que se tiene la impresión de ver dos funciones muy diferentes —la función médica de la psiquiatría por una parte, y la función propiamente represiva de la policía por otra— que van a cruzarse en un momento dado en el sistema que comentamos. Pero, de hecho, las dos funciones desde sus inicios, no eran sino una (pág. 88).

(...) Es finalmente la noción de peligro la que fue introducida en ese momento, teorizada por la psiquiatría y la criminología del siglo XIX —y que hoy podemos encontrar en la legislación soviética— Esta puede decir: Decís que encerramos a un enfermo en la cárcel (o a un preso en el hospital), ¡en absoluto!. Se encierra a alguien peligroso. Han llegado a codificar como delito el hecho de ser percibido como peligroso. Aquí todavía no hemos llegado a esto... Pero en la práctica inglesa, americana, italiana, alemana y francesa de la psiquiatría y del Derecho Penal, vemos que la noción de <<peligro>> es aún el hilo maestro. Y tanto la policía como la psiquiatría son instituciones destinadas a reaccionar frente al peligro (pág. 99).

(...) Pues bien, hemos acabado por hacer funcionar, como si fuera una evidencia y desde hace más de un siglo, la noción de peligro gracias a una remisión perpetua de lo penal a lo médico, y recíprocamente (pág. 102).

(...) Para decirlo muy simplemente, el encierro psiquiátrico, la normalización mental de los individuos, las instituciones penales, tienen sin duda una importancia bastante limitada si se busca solamente su significado económico. En cambio, son esenciales sin duda para el funcionamiento general de los engranajes del poder (pág. 135).”

no está en condiciones de juzgar la “normalidad” mental de los individuos, ya que no tiene los elementos de juicio necesarios para establecer cuándo un sujeto se ha desconectado de la realidad. En su criterio, la determinación de lo que es “real”, de lo que es “verdadero”, es susceptible de profundas discusiones filosóficas que no están resueltas, y la psiquiatría no puede arrogarse la autoridad para definir cuándo los sentimientos, los pensamientos y la conducta de un sujeto están alejados de la “realidad”.

La psiquiatría tradicional, históricamente, ha sido un medio de represión de todos aquellos espíritus que exacerban, que producen escándalo, y que resquebrajan nuestra frágil sensación de seguridad. Desde siempre, la psiquiatría ha servido para legitimar el ejercicio de la violencia frente a algunos individuos considerados “peligrosos”.⁵⁴⁴ Al sanatorio, al hospital psiquiátrico, normalmente se llega contra la voluntad, y se somete a tratamiento al individuo de igual forma. Sin obtener su consentimiento, la psiquiatría se ha arrogado la potestad de infligir sufrimiento físico y espiritual a sus “pacientes”. En una época, la psiquiatría hizo uso de los baños de agua fría para aplacar el ímpetu de los locos furiosos; también se acudió indiscriminadamente a los *electroshocks*, a la lobotomía y, más recientemente, a terapia farmacológica que puede generar dependencia. En la mayoría de los casos estos tratamientos —sumamente dolorosos por lo demás—, se aplican no sólo sin el consentimiento del paciente, sino incluso en contra de su voluntad. Pero la psiquiatría se ha autolegitimado para llevar a cabo esas prácticas, se ha conferido el derecho a decidir por el paciente, atribuyéndose a sí misma el calificativo de “ciencia” y blandiendo las banderas de la “salud” y la “normalidad” del enfermo.⁵⁴⁵

Y más allá de la violencia física, se halla también aquella otra que lesiona de forma grave e irreparable el espíritu del “enfermo” mental: la violencia moral. La psiquiatría etiqueta, estigmatiza.⁵⁴⁶ Prevalida de sus clasificaciones nosológicas de las enfermedades mentales, y tras la trinchera de la ciencia, la psiquiatría se sienta con el derecho de clasificar las personalidades y señalar con el dedo a quienes considera “enfermos”. Mediante el diagnóstico, se impone al individuo el pesado lastre de ser siempre reconocido por sus semejantes como un “enfermo”, como un “loco”. Resulta fácil para el psiquiatra poner la letra escarlata sobre el pecho de quien no considera “sano” mentalmente; pero para el otro, para ese a quien se denomina “enfermo”, el señalamiento se convierte en una carga que llevará sobre sus hombros toda la vida. Luego del

⁵⁴⁴ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behaviour. Perspectives in Conflict*, pág. 147.

⁵⁴⁵ Sobre esta crítica cfr. GORDON, Colin. *Psychiatry as a problem of democracy*, pág. 267.

⁵⁴⁶ “En este punto es importante anotar que algunos autores consideran que el concepto de ‘enfermedad mental’ debería desaparecer y darle paso o ser cambiado por el de ‘enfermedad cerebral’, partiendo que el primero es más una concepción filosófica que médica y genera un efecto nocivo, un estigma, en una parte de la población al dejar en el contexto la sensación que los trastornos mentales no son entidades ‘físicas’” (CAMPOS. *Hacia un abordaje integral: el diagnóstico multiaxial*, pág. 32). Cfr. también PRICE, Richard. *Abnormal Behaviour. Perspectives in Conflict*, pág. 154.

diagnóstico, el “enfermo” pasa a ser un hombre inferior, un hombre disminuido. La condición de “enfermo mental” se convierte en un estigma que lo matricula en un submundo del que no se vuelve a salir, y que lo convertirá en un sujeto de segunda o tercera categoría por el resto de sus días.

No sin razón, el movimiento de *derechos gay* tuvo que promover a principios de los años setenta un levantamiento antipsiquiátrico, por medio del cual buscaba sensibilizar a la comunidad médica sobre la intensidad con que la clasificación de la homosexualidad como una enfermedad mental lesionaba su dignidad. Al final, el activismo de este grupo logró que en 1974 la Asociación Americana de Psiquiatría, con un reñido 58% de votos a favor, decidiera excluir la homosexualidad del Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales publicado por esa institución.⁵⁴⁷

Para el modelo antipsiquiátrico, todo esto refleja que la psiquiatría ha sido víctima de una “contaminación ideológica” que la ha convertido en una herramienta al servicio de ciertos sectores sociales dominantes (p. ej., la Iglesia, los partidos políticos, la industria farmacéutica, etc.), no sólo para reprimir cualquier manifestación de la personalidad que se aleje de los estándares de “normalidad” convenientemente impuestos por ellos, sino también para incrementar su poder y su riqueza a costa del sufrimiento ajeno.⁵⁴⁸ Para comprobarlo, basta simplemente recordar cómo durante el régimen socialista en la Unión Soviética el Partido Comunista promovió el diagnóstico de la esquizofrenia en muchos de sus disidentes, y cómo en la actualidad la industria farmacéutica desarrolla medicamentos que buscan someter eficazmente a los adolescentes rebeldes a la autoridad paterna.⁵⁴⁹

La psiquiatría, en el sentir de los defensores de este modelo, sirve como instrumento para el mantenimiento del statu quo, y para acrecentar el poder y/o la riqueza de ciertas élites. En gran parte, la corriente antipsiquiátrica ha fundamentado sus críticas en el papel que desde hace varios años viene desempeñando la industria farmacéutica, en el desarrollo de la psiquiatría clínica. No es un secreto que una importante cantidad de investigaciones psiquiátricas son financiadas por la industria farmacéutica, la que además gasta millones de dólares al año en la organización de simposios, seminarios y conferencias sobre nuevas enfermedades mentales, y en los que se aprovecha la oportunidad para presentar nuevos y exitosos medicamentos para su tratamiento.

La variedad de fármacos existentes para el tratamiento de enfermedades mentales es muy extensa, y va desde los antidepresivos hasta los

⁵⁴⁷ Cfr. WIKIPEDIA. <http://es.wikipedia.org/wiki/Antipsiquiatr%C3%ADa>. Consultada el 9 de octubre de 2008.

⁵⁴⁸ Cfr. PRICE, Richard. *Abnormal Behaviour. Perspectives in Conflict*, pág. 145.

⁵⁴⁹ Cfr. WIKIPEDIA. <http://es.wikipedia.org/wiki/Antipsiquiatr%C3%ADa>. Consultada el día 9 de octubre de 2008.

antipsicóticos. Muchos de estos medicamentos se suministran a los pacientes en contra de su voluntad, aduciendo que tienen una eficacia comprobada. No obstante, algunos sectores dentro de la propia psiquiatría tradicional reconocen que, por un lado, estos medicamentos no logran curar la enfermedad, sino únicamente paliar los síntomas de la misma, con lo cual se expone al paciente a una fármaco-dependencia. Y por otro lado, admiten que sus colegas, y la industria farmacéutica en general, se esfuerzan por minimizar los efectos secundarios nocivos de esos medicamentos.⁵⁵⁰

Un claro ejemplo de este fenómeno es el del *metilfedinato* (MFD), conocido también como *Ritalina*, que es un medicamento muy utilizado desde los años noventa para tratar una enfermedad muy común hoy en los niños, conocida como *Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH)*. Tan sólo en los Estados Unidos, durante el año 2005, CONCERTA (una marca de *metilfedinato*) logró ventas superiores a los 839 millones de dólares.⁵⁵¹ Lo interesante es que muchos sectores de la sociedad norteamericana, entre quienes se cuentan también importantes figuras de la psiquiatría, han cuestionado no sólo que el TDAH sea realmente una enfermedad, sino también la efectividad y los efectos secundarios de esta medicina.⁵⁵² Verdaderas o no las críticas al MFD, lo cierto es que la industria farmacéutica tiene importantes intereses económicos involucrados, y ello explica cualquier esfuerzo que ellos

⁵⁵⁰ Sobre este particular, es muy interesante el artículo publicado por los doctores COHEN, David y MONCRIEFF Joanna, titulado *Rethinking Models of Psychotropic Drug Action*, publicado en la revista *Psychotherapy and Psychosomatics*, del año 2005, número 74, páginas 145-153, en el cual se cuestiona la efectividad de los tratamientos farmacológicos en relación con algunas enfermedades mentales, para las que tradicionalmente se ha considerado que los tratamientos con medicamento realmente funcionan.

⁵⁵¹ Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Metilfedinato#Perspectiva>. Consultada el día 9 de octubre de 2008. Cfr. también BREGGIN, Peter. *Talking Back to Ritalin*, quien sostiene en la introducción del libro lo siguiente: “America’s children are being deluged by psychiatric drugs, especially stimulants like Ritalin and Adderall that are used to control hyperactive, impulsive, or inattentive behaviour.

Recent studies have show that 7-10% or more of America’s school-age children are being prescribed stimulant drugs to control their behaviour, and the actual figures may be higher. The percentage of boys being drugged is disproportionately large and probably reaches or exceeds 15-20%. One recent survey of two Virginia school district found that 20% of fifth grade boys were being administered stimulant drugs during the hours they were actually in school.

There has been a tenfold increase in the production of methylphenidate (Ritalin) in de United States in the last decade, and the rates are probably raising. While there are no comprehensive statistics concerning the total number of children taking stimulants, it probably is reaching 4-5 million (almost 10% of school children) a may grow much greater”.

⁵⁵² El doctor Jaak Panksepp, en la introducción al libro de BREGGIN, Peter. *Talking Back to Ritalin*, sostiene lo siguiente: “Except for a minority of cases involving distinct medical problems such as hyperthyroidism and explicit brain injuries, most youngsters diagnosed with [Attention Deficit Hyperactivity Disorder] ADHD may simply be normal, highly playful children who have difficult adjusting to certain institutional expectations... [P]erhaps society should try to nurture this type of human variability or to adjust to it, rather than seeking to pathologize it and eliminate it with attention-focusing psychostimulants. It is certainly more rational to try to solve social problems with social solutions than with drugs, especially when the drugs are so similar to the ones we are trying to purge from our society”.

hagan para defender no sólo la existencia del TDAH como enfermedad, sino la efectividad del MFD. Así las cosas, está claro que las investigaciones auspiciadas por la industria farmacéutica sobre esta enfermedad, y sobre este medicamento, no ofrecen las mejores garantías de imparcialidad y objetividad.

Como puede verse, desde la perspectiva del modelo antipsiquiátrico, *“la enfermedad como tal es negada de forma explícita o implícita, ya que de cualquier forma es considerada fruto de las contradicciones sociales (Reseau). En algunos casos (Laing, Cooper, Szasz), la locura es ponderada como una forma natural y positiva de enfrentarse a esta patología del medio que hace del supuesto enfermo una verdadera víctima social”*.⁵⁵³ La locura, tal como puede extraerse de algunos de sus escritos, puede ser vista también como algo normal, productivo, positivo. De hecho, en sus versiones más radicales la antipsiquiatría llega a cuestionar nuestra concepción colectiva de la realidad, sugiriendo que tal vez somos todos nosotros, y no a quienes llamamos enfermos mentales, los que nos hemos desconectado de ella.

En la actualidad, apenas si puede encontrarse algún defensor de este modelo. La evidencia clínica refuta de forma incontestable los postulados básicos de la antipsiquiatría, que pretenden mostrar a la enfermedad mental como algo natural, normal e, incluso, positivo:

“Esta opinión contrasta totalmente con la realidad clínica que nos muestra al paciente como una persona marcada por un sufrimiento intenso, producto del grave deterioro de sus relaciones inter e intrapersonales. Ni en el esquizofrénico, ni en el melancólico, ni en el paranoico, ni en el neurótico sabemos ver un ser humano satisfecho, cuyo trastorno le conduzca a una forma de existencia más rica y positiva.

Sólo en el paciente maniaco subyace un temple eufórico que le lleva a una actitud desbordante. Pero incluso en estos casos la relación interpersonal del sujeto se deteriora, puesto que su tono exuberante le enfrenta a todo aquel que, razonable o irrazonablemente, le contradice mínimamente. Sólo la ignorancia o una filigrana literaria o demagógica permite mostrar la enfermedad mental como un estado satisfactorio y fructífero”.⁵⁵⁴

No obstante, debe reconocerse a la antipsiquiatría sus esfuerzos por cuestionar los paradigmas tradicionales, por llamar a la reflexión sobre temas tan sensibles, y por hacer un llamado a la humanización de la psiquiatría, más allá de la fría mirada del modelo médico.

1.5. Función de los manuales de clasificación y diagnóstico:

He pretendido mostrar que es relativamente fácil encontrar supuestos que desde el punto de vista de un modelo pueden clasificarse como enfermedad mental, pero no desde la perspectiva de otro. Debido a esta circunstancia, puede decirse que desde el punto de vista estrictamente teórico, parece haber consenso acerca de que la enfermedad mental es el objeto de estudio de la

⁵⁵³ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 30.

⁵⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 31.

psiquiatría, pero no sobre los límites de dicho concepto. Ahora bien, frente a un panorama como este parece pertinente la pregunta acerca de cómo pueden entonces los psiquiatras, en el marco de una situación clínica real, diagnosticar este tipo de enfermedades.

En la práctica, al menos así en la mayor parte de Europa y América, los psiquiatras recurren a los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales existentes. Estos manuales tienen diferentes propósitos, pero el más importante es el de facilitar la comunicación entre los diferentes actores que se ocupan profesionalmente de las enfermedades mentales.⁵⁵⁵ Debido a la enorme variedad de trastornos mentales, los manuales de clasificación cumplen fundamentalmente dos funciones como herramienta de comunicación: (i) por un lado, propician la unificación de la terminología necesaria para el intercambio de conocimiento y experiencias; (ii) y por otro, facilitan la difusión del conocimiento necesario para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales, al proveer información actualizada sobre criterios diagnósticos, curso de evolución de la enfermedad, diagnóstico diferencial, etc. Gracias al servicio que prestan como herramienta de comunicación, estos manuales facilitan tanto la labor investigativa y académica como la clínica, al ofrecer a los psiquiatras un método definido con principios y reglas para el diagnóstico de las enfermedades mentales, y criterios unificados para su clasificación.⁵⁵⁶

Los manuales más populares son el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM), publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría, y la *Clasificación Internacional de Enfermedades* (CIE), publicado por la Organización Mundial de la Salud. De los dos, suele recurrirse con mayor frecuencia al DSM, pues se trata de un manual especializado en enfermedades mentales, a diferencia de la CIE, que se ocupa de clasificar una importante cantidad de enfermedades de todo tipo. En la actualidad, el DSM va por la cuarta versión corregida (DSM-IV-TR),⁵⁵⁷ y su publicación tiene el propósito expreso y explícito de servir a los médicos como guía útil para la práctica clínica de la psiquiatría.

En la elaboración del DSM intervienen más de 1.000 personas y múltiples organizaciones profesionales,⁵⁵⁸ quienes se encuentran divididos por

⁵⁵⁵ Cfr. SARTORIUS, Norman. *The Programmes of the World Health Organization to the Improvement of Nomenclature and Classification in Mental Health*, pág. 26.

⁵⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁵⁷ La Clasificación Internacional de Enfermedades va por su décima versión corregida (CIE-10), y aunque dedica una parte a la clasificación de enfermedades mentales, tiene unos objetivos mucho más amplios que el del DSM-IV-TR, al ocuparse de la clasificación y diagnóstico de muchas otras enfermedades distintas de las mentales. Según se informa en la página web de la Asociación Americana de Psiquiatría (<http://www.psych.org/MainMenu/Research/DSMIV/DSMV.aspx>, consultada el día 22 de octubre de 2008, la quinta versión del DSM se espera para mayo de 2012.

⁵⁵⁸ Entre ellas la American Health Information Management Association, la American Nurse's Association, la American Occupational Therapy Association, la American Psychoanalytic

subespecialidades en 13 grupos.⁵⁵⁹ El Comité Elaborador del DSM, integrado por 27 miembros, se ocupa de asegurar que cada uno de los grupos esté integrado por profesionales que representen “*un amplio abanico de perspectivas y experiencias*”.⁵⁶⁰ El Comité Elaborador tiene como política procurar que el manual pueda ser “*utilizado por clínicos e investigadores de muy diferente orientación (p. ej., investigadores biológicos, psicodinámicos, cognitivos, comportamentales, interpersonales y familiares)*”,⁵⁶¹ y que sea útil también para otros especialistas como los psicólogos, las enfermeras, los trabajadores sociales, los terapeutas ocupacionales, etc.

Una de las pautas más importantes en el proceso de elaboración del DSM es que los integrantes de cada grupo de trabajo deben aceptar “*la idea de trabajar como grupo de consenso y no como abogados de los conceptos anteriores*”.⁵⁶² Esto significa que a pesar de que cada grupo está integrado por profesionales adscritos a diferentes modelos psiquiátricos, el proceso de elaboración del DSM no debe ni puede consistir en la defensa a ultranza de los propios puntos de vista, sino en la búsqueda de un consenso sobre las patologías que deben considerarse enfermedades mentales. Por esta razón, “*cada uno de los 13 grupos de trabajo se componía de 5 (o más) miembros, cuyas opiniones son revisadas por un grupo de entre 50 y 100 consejeros expertos, escogidos por representar experiencias clínicas y de investigación, disciplinas, formación y ámbitos de actuación muy diversos*”.⁵⁶³

Pero sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que las decisiones adoptadas al interior de los diferentes grupos de trabajo no son el producto de una discusión desarrollada sobre bases puramente teóricas. La competencia de cada grupo de trabajo para recomendar la inclusión o exclusión de ciertas patologías del catálogo de enfermedades mentales está limitada por la existencia de pruebas disponibles sobre la respectiva enfermedad. La Asociación Americana de Psiquiatría y el Comité Elaborador son conscientes de que “*la utilidad y credibilidad del DSM-IV exige que se centre en objetivos clínicos, de investigación y educacionales, y se apoye en fundamentos empíricos*”.⁵⁶⁴

Association, la American Psychological Association, la American Psychological Society, la Coalition for the Family, el Group for the Advancement of Psychiatry, la National Association of Social Workers, el National Center of Health Statistics, y la World Health Organization.

⁵⁵⁹ La contribución de multiplicidad de profesionales también es una política de la OMS para la elaboración del CIE-10. Al respecto, cfr. SARTORIUS, Norman. *The Programmes of the World Health Organization to the Improvement of Nomenclature and Classification in Mental Health*, pág. 26.

⁵⁶⁰ DSM-IV-TR, pág. XXI.

⁵⁶¹ *Ibíd.*

⁵⁶² *Ibíd.*

⁵⁶³ *Ibíd.*, pág. XXII.

⁵⁶⁴ *Ibíd.*, pág. XXI. La posición mencionada corresponde ciertamente a la postura oficial defendida por los participantes en el proceso de elaboración del DSM-IV, y por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, también hay autores que desde afuera critican el proceso de elaboración de los manuales diagnósticos, por cuanto consideran que las decisiones que allí se

En cuanto a la estructura del DSM y la forma de utilizarlo es importante comenzar mencionando que este manual no adopta una de las definiciones de enfermedad mental adscritas a alguno de los modelos psiquiátricos existentes. El DSM pretende mantenerse neutral frente a esa pluralidad de perspectivas, y por ello ha buscado una definición de enfermedad mental que sea lo suficientemente general como para lograr un consenso.⁵⁶⁵ Por esta razón, el DSM toma como punto de partida una definición de enfermedad mental como la siguiente:

*“síndrome o patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., dolor), a una discapacidad (p. ej., deterioro de una o más áreas de funcionamiento), o a un riesgo significativamente aumentado de morir o de sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad”.*⁵⁶⁶

El DSM-IV-TR pretende identificar los casos que caben dentro de esta definición de <<enfermedad mental>>, y clasificarlos en diferentes categorías, basándose para ello en los rasgos definitorios de cada tipo de patología. A cada una de esas categorías se ha asignado un código, denominado *código diagnóstico*, que sirve para: (i) agrupar los tipos de enfermedades similares, (ii) la recogida de datos y la compilación de información estadística, (iii) facilitar la comunicación del diagnóstico entre profesionales, y (iv) ubicar su equivalente en otros sistemas clasificatorios —CIE-10—. ⁵⁶⁷

toman tienen menos que ver con criterios científicos que con las luchas “políticas” de poder que existen al interior de la comunidad psiquiátrica. Por ejemplo, EYSENCK, H.J. (*A Critique of Contemporary Classification and Diagnosis*, pág. 73) sostiene: “DSM-III, like its predecessor, is the out come of large-scale committee work, designed not so much to ascertain facts as to arrive at the truth, but rather to reconcile different power groups and pacify semipolitical Tammany Hall-type organizations whose influences are incommensurate with their scientific status”. En este mismo sentido, cfr. EISEMBERG. *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, pág. 611.

⁵⁶⁵ Textualmente dice el DSM-IV-TR: “Es más, a pesar de que este manual proporciona una clasificación de los trastornos mentales, debe admitirse que no existe una definición que especifique adecuadamente los límites del concepto <<trastorno mental>>. El término <<trastorno mental>>, al igual que otros muchos términos en la medicina y en la ciencia, carece de una definición operacional consistente que englobe todas las posibilidades. Todas las enfermedades médicas se definen a partir de diferentes niveles de abstracción —como patología estructural (p. ej., colitis ulcerosa), forma de presentación de los síntomas (p. ej., migraña), desviación de la norma fisiológica (p. ej., hipertensión) y etiología (p. ej., neumonía neumocócica)—. Los trastornos mentales han sido definidos también mediante una gran variedad de conceptos (p. ej., malestar, descontrol, limitación, incapacidad, inflexibilidad, irracionalidad, patrón sindrómico, etiología y desviación estadística). Cada uno es un indicador útil para un tipo de trastorno mental, pero ninguno equivale al concepto y cada uno requiere una definición distinta”. (Pág. XXIX).

⁵⁶⁶ DSM-IV-TR, pág. XXIX.

⁵⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 1.

Para cada tipo de enfermedad, el manual describe de la forma más clara, exacta, detallada y completa posible: (i) las características diagnósticas,⁵⁶⁸ (ii) los subtipos de la enfermedad,⁵⁶⁹ (iii) procedimientos de tipificación,⁵⁷⁰ (iv) los síntomas y trastornos asociados, (v) síntomas dependientes de la cultura, la edad y el sexo, (vi) la prevalencia,⁵⁷¹ (vii) el curso de la enfermedad,⁵⁷² (viii) el patrón familiar, (ix) el diagnóstico diferencial,⁵⁷³ y (x) la relación con los criterios diagnósticos de investigación de la CIE-10.⁵⁷⁴ La inclusión de cada una de las patologías en el manual de diagnóstico, así como su descripción, es producto de un proceso diseñado y supervisado por el Comité Elaborador del DSM-IV. Para la cuarta versión de este manual, este procedimiento estuvo estructurado fundamentalmente de la siguiente manera:

A cada uno de los 13 grupos de trabajo creados se asignó la tarea de identificar los problemas más pertinentes relacionados con cada una de las patologías de su subespecialidad, y determinar los datos empíricos que serían necesarios para su resolución.⁵⁷⁵ De esta forma, correspondió a algún miembro del grupo realizar una revisión completa y sistemática de toda la bibliografía sobre el tema, en orden a garantizar que el DSM se construyera a partir de la *“mejor literatura clínica y de investigación actualmente disponible”*.⁵⁷⁶ El producto de esta labor fue la obtención de la información contenida en los estudios más relevantes sobre cada tema, así como un resumen descriptivo de cada uno de los estudios seleccionados, en el que además se explicaba su metodología, su diseño, los correlatos de sus hallazgos y sus hallazgos más relevantes junto con sus correspondientes análisis. Las conclusiones de la revisión fueron socializadas con los diferentes expertos y consejeros vinculados a cada grupo, y a aquellos profesionales que manifestaron no estar de acuerdo con las conclusiones generales se les solicitó expresar su opinión, y aportar además los datos o información empírica en que sustentan sus puntos de vista.⁵⁷⁷

En aquellos casos en que no era posible encontrar estudios que suministraran datos empíricos sobre ciertas patologías, o en los que la información encontrada era exigua, la Asociación Americana de Psiquiatría tuvo que recolectar una gran cantidad de datos empíricos, algunos de los cuales fueron

⁵⁶⁸ O sea, la descripción de los rasgos característicos propios de la enfermedad, que permiten diferenciarla de las otras enfermedades que pertenecen a la misma categoría.

⁵⁶⁹ Son *“subgrupos fenomenológicos mutuamente excluyentes”* (DSM-IV-TR, pág. 2), es decir, las diferentes formas que puede adquirir o en que puede aparecer, un misma enfermedad.

⁵⁷⁰ Es la indicación de la forma en la que el usuario del manual debe registrar el nombre del trastorno, y seleccionar y registrar los códigos equivalentes en otras clasificaciones como el CIE.

⁵⁷¹ Es la información sobre la presencia actual de la enfermedad o a lo largo de la vida, así como sobre el peligro que representa actualmente o en el futuro para el enfermo.

⁵⁷² Es la descripción de la evolución normal de esa enfermedad.

⁵⁷³ Es el conjunto de criterios que permite diferenciar la enfermedad de otras similares.

⁵⁷⁴ Es la relación de las diferencias entre los criterios diagnósticos del DSM y el CIE.

⁵⁷⁵ Cfr. DSM-IV-TR, pág. XXIV.

⁵⁷⁶ *Ibíd.*, pág. XXV.

⁵⁷⁷ *Ibíd.*

suministrados por personas o instituciones dedicadas a la investigación de algunas de las patologías incluidas en los manuales anteriores, y otros fueron el resultado de estudios de campo llevados a cabo por la propia asociación, con el patrocinio de diversas instituciones.

En el primer caso, dos años antes de la publicación del manual, el Comité Elaborador publicó el *DSM-IV Options Book*, el cual contenía un resumen de las propuestas de modificación. Esta publicación fue distribuida entre la comunidad psiquiátrica, académica y clínica, invitándola a remitir opiniones y datos sobre los diferentes temas de discusión y/o alternativas de reforma del manual. Como consecuencia de ello, se recibió una gran cantidad de correspondencia con datos empíricos que luego fueron de gran utilidad a los diferentes grupos de trabajo.⁵⁷⁸

En el segundo caso, la Asociación Americana de Psiquiatría dispuso el reanálisis de datos y/o la realización de estudios de campo, con recursos que fueron suministrados por diversas instituciones como, por ejemplo, la *John D. & Catherine T. McArthur Foundation*, el *National Institute of Mental Health*, el *National Institute on Drug Abuse (NIDA)*, o el *National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism (NIAAA)*. Con la ayuda de investigadores contratados en diferentes lugares, la Asociación realizó más de 40 reanálisis de datos, entre los que se encontraba el reanálisis de datos extraídos de estudios epidemiológicos, clínicos o terapéuticos⁵⁷⁹ realizados por organismos oficiales o instituciones privadas con propósitos muy distintos a los del manual. En cuanto a los estudios de campo llevados a cabo, éstos se basaron en la observación y estudio de más de 6.000 individuos provenientes de más de 70 lugares, y de las más diversas extracciones culturales, étnicas y sociales, “*con el fin de establecer una generalización de los resultados y probar algunos de los más complicados aspectos del diagnóstico diferencial*”.⁵⁸⁰

Con base en el estudio de la información obtenida, y luego de extensas deliberaciones al interior, cada grupo de trabajo formuló finalmente una serie de recomendaciones acerca de los supuestos que deberían quedar comprendidos o excluidos como enfermedad mental. Dicha recomendación fue recibida por el Comité Elaborador del DSM, que es el órgano competente para adoptar una decisión al respecto. En cualquier caso, las decisiones del Comité deben “*estar justificadas mediante una base racional y una revisión sistemática de los datos empíricos relevantes*”.⁵⁸¹ Por esta razón, la decisión acerca de si un supuesto ha de quedar o no incluido dentro del *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM) debe adoptarse con arreglo a criterios tales como: (i) las pruebas halladas en la revisión de la literatura; (ii) el análisis de los datos no publicados; (iii) los resultados de los estudios de campo; (iv) la

⁵⁷⁸ *Ibíd.*, pág. XXII.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, pág. XXV.

⁵⁸⁰ *Ibíd.*, pág. XXVI.

⁵⁸¹ *Ibíd.*

compatibilidad con el CIE; y, muy especialmente, (v) el grado de consenso sobre cada tema.⁵⁸²

2. Problemas inherentes a la fundamentación empírica de los estudios psiquiátricos.-

Hasta aquí sólo se ha descrito de modo general la función y el procedimiento de elaboración de la clasificación nosológica de enfermedades mentales más utilizadas en la práctica, sin hacer referencia en absoluto al contenido de los criterios utilizados para la identificación y delimitación de nuevas patologías. Se ha mencionado la importancia que algunos criterios como, por ejemplo, el hallazgo de evidencia empírica, o la existencia de un consenso en la comunidad psiquiátrica, tienen en la definición de las enfermedades mentales. Sin embargo, no se ha explicado en qué consisten realmente y cómo se articulan todos esos criterios que deben tenerse en cuenta en el proceso de clasificación de un supuesto como enfermedad mental.

Una primera aproximación superficial al tema suele despertar en quienes no tenemos formación médica la idea de que la identificación de las enfermedades mentales tiene que ver con la determinación de lo que es “normal”.⁵⁸³ Sin embargo, la definición de si un supuesto debe o no ser incorporado a la clasificación de las enfermedades mentales supone, a diferencia de lo que muchos creen, algo más que determinar la “normalidad” del paciente. Entre otras cosas, porque la definición de lo que debe entenderse por <<normalidad>> es al menos tan controversial como la definición de lo que debe entenderse por <<justicia>>, por <<verdad>>, o por <<realidad>>. Podría decirse que cada modelo psiquiátrico tiene su propia idea de lo que es “normal”, y eso complica demasiado reconducir el proceso de identificación de las enfermedades mentales hacia ese concepto.⁵⁸⁴

En la doctrina psiquiátrica contemporánea, y así mismo entre los elaboradores de las clasificaciones como el DSM o el CIE, parece existir un consenso acerca

⁵⁸² *Ibíd.*

⁵⁸³ Sobre la definición de la psicopatología como un comportamiento infrecuente en términos estadísticos, y las consecuencias que un concepto como éste podría tener en la comprensión del delito como un comportamiento anormal, puede consultarse RAINE, Adrian. *The Psychopatology of Crime*, pág. 4.

⁵⁸⁴ Desde el punto de vista psiquiátrico, son varios los conceptos de normalidad que podemos encontrar: para alguno, la normalidad tiene que ver con la ausencia de síntomas (normalidad como salud); para otros, tiene que ver con la frecuencia con que se presenta el fenómeno (normalidad como promedio); otros consideran que tiene que ver con el equilibrio entre los diferentes elementos del aparato psíquico (normalidad utópica); así mismo, hay quienes lo relacionan con el grado de satisfacción interna y personal que tiene el paciente, independiente de la opinión de terceros, incluido el médico (normalidad subjetiva); y hay otros que relacionan este concepto con la capacidad del individuo para interactuar con éxito a nivel personal y social en las diferentes etapas de su vida (normalidad dinámica). Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 35.

de que las enfermedades mentales son mucho más que supuestos “anormales” de comportamiento humano. Para que un caso pueda ser clasificado como enfermedad mental, no basta el criterio cuantitativo —muchas veces puramente estadístico— de normalidad. Además se requiere un criterio cualitativo, relacionado con la forma en que ese fenómeno afecta positiva o negativamente la vida del paciente. Podría decirse que la “anormalidad” es un criterio necesario, aunque no suficiente, para la identificación de las enfermedades mentales. El hecho de que un caso sea “anormal”, en términos por ejemplo estadísticos, no implica de suyo que se trate de una enfermedad. De lo contrario, deberían clasificarse como enfermedades algunos supuestos que se salen claramente de los rangos de normalidad fijados para una sociedad determinada, y que sin embargo se consideran positivos e, incluso, deseables: es el caso de los individuos con un coeficiente intelectual superior.

La enfermedad mental es un caso especial de anormalidad; es decir, un tipo de anormalidad particular. Hablamos de enfermedad mental cuando el supuesto, además de ser anormal —en términos médico-estadísticos—, tiene un efecto valorado como negativo en la vida del paciente.⁵⁸⁵ Por ejemplo, porque le causa un dolor físico o emocional, porque lo expone a un riesgo de morir, porque le implica una pérdida de la capacidad de realizar algunas funciones mentales importantes como la memoria, la comprensión, la síntesis, la abstracción etc., porque implica una pérdida de su libertad, porque afecta su capacidad de relación intra e interpersonal, etc. En consecuencia, la identificación de las enfermedades mentales es un proceso de selección que implica el estudio y valoración de cada supuesto a partir de dos grupos de variables: (i) variables cuantitativas, relacionadas principalmente con los datos estadísticos sobre la normalidad médica del paciente; y (ii) variables cualitativas, relacionadas con interpretación de la información que suministra la observación del paciente acerca de la forma e intensidad en que se encuentra afectada su vida.

Para que la identificación de un caso concreto como enfermedad mental pueda ser realmente científica, se requiere que la evidencia empírica obtenida se refiera tanto al aspecto cuantitativo como al aspecto cualitativo de la enfermedad. Es decir, los elaboradores de los manuales de clasificación y diagnóstico deben poder contar con pruebas que demuestren empíricamente que el supuesto se encuentra por fuera de los rangos de normalidad estadística, y que además se trata de un evento en el que la vida del paciente se ve afectada negativamente. Los datos, la información y la evidencia disponible deben demostrar estos dos aspectos y permitir corroborar la

⁵⁸⁵ “The health concept denotes not merely the absence of disease, infirmity or disability, but appears as a state of complete physical, mental and social well-being” (EHRHARDT, Helmut E. *Problems of Terminology and Classification in Forensic Psychiatry*, pág. 37). En este mismo sentido, cfr. RAINE, Adrian. *The Psychopathology of Crime*, pág. 8.

veracidad de los argumentos en que se sustenta la decisión de incluir —o excluir— el supuesto en el catálogo de trastornos mentales.⁵⁸⁶

Los estudios epidemiológicos cumplen hoy un papel trascendental en el desarrollo de esta tarea de identificar las enfermedades mentales, por cuanto combinan los criterios cuantitativos y los criterios cualitativos de análisis.⁵⁸⁷ De hecho, muchos de los datos empíricos a que aluden los elaboradores de los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales provienen de los estudios epidemiológicos elaborados por instituciones públicas o privadas. En este sentido, una parte importante de la base empírica en que se fundamenta la clasificación y diagnóstico de un evento psíquico como enfermedad mental proviene de estos estudios de epidemiología psiquiátrica, estudios que, por lo demás, no sólo contribuyen desde diferentes perspectivas a la identificación, sino también al diagnóstico clínico de las enfermedades mentales:

*“Los estudios longitudinales prospectivos han mostrado los aspectos etiopatogénicos y de curso de patología, y han sido especialmente útiles en la evaluación de la incidencia o nuevos casos de los trastornos psíquicos, mientras que las investigaciones transversales que basan su utilidad en la medición de la prevalencia, o número de casos existentes en la comunidad en un momento dado, han permitido conocer la dimensión real de la morbilidad psíquica en la población general”.*⁵⁸⁸

A este respecto, es importante subrayar además que en la actualidad los estudios de epidemiología psiquiátrica no son simples censos de enfermos mentales, como lo eran en el pasado. La epidemiología psiquiátrica ha estrechado significativamente sus lazos con la clínica y ha asumido que para poder brindar información realmente útil para el diseño de políticas de salud pública, y para el diagnóstico de trastornos mentales, debe tener en cuenta en sus estudios factores cualitativos imprescindibles para la comprensión del sujeto y la enfermedad.⁵⁸⁹ Así pues, para la identificación de nuevas enfermedades mentales, los estudios de epidemiología no se basan únicamente en los datos estadísticos sobre la cantidad de personas que padecen determinada afectación, sino que deben entrar en la valoración de criterios que permitan establecer si el suceso reúne las condiciones para ser considerada una enfermedad mental (p. ej., historia personal del paciente, naturaleza e intensidad de los síntomas, etiología del fenómeno, entorno social y ambiental del paciente, afectación en la vida del paciente, etc.).

⁵⁸⁶ “Changes can only be introduced when sufficient scientific data has become available to support the change and facilitate its acceptance. It must take in to account languages into or from which classification will be translated. A certain amount of continuity must be preserved between successive revisions, for economical and scientific reasons” (SARTORIUS, Norman. *The Programmes of the World Health Organization to the Improvement of Nomenclature and Classification in Mental Health*, pág. 26).

⁵⁸⁷ Sobre la función de los estudios epidemiológicos en psiquiatría, y la exposición resumida de algunos de los más importantes realizados hasta ahora, Cfr. BEISER, Morton. *Psychiatric Epidemiology*, pág. 609.

⁵⁸⁸ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 57.

⁵⁸⁹ Cfr. BEISER, Morton. *Psychiatric Epidemiology*, pág. 609.

Así mismo, conviene subrayar que una parte importante de los estudios de epidemiología psiquiátrica en la actualidad es la trascendencia que confieren a los últimos avances en relación con los criterios de diagnóstico operativo (p. ej., DSM o CIE), las técnicas de entrevista estructuradas (p. ej., SADS, PSE o DIS) y los modelos de cuestionarios de selección (también conocidos como cuestionarios de cribado). Los estudios longitudinales de epidemiología psiquiátrica se ocupan también de identificar nuevas patologías en la sociedad, y para ello llevan a cabo un diagnóstico del estado mental de los sujetos seleccionados como parte de la muestra del estudio. El método de diagnóstico utilizado en los estudios de epidemiología psiquiátrica es muy importante, por cuanto afecta el nivel de confianza y exactitud en sus conclusiones. Por esta razón, la decisión acerca del método de diagnóstico utilizado en el estudio es materia de una ardua discusión que trasciende el plano estadístico y se adentra en el debate de lo clínico. La discusión sobre el método de diagnóstico más adecuado para llevar a cabo los estudios de epidemiología ha enriquecido enormemente la práctica clínica, como quiera que muchas de las reflexiones sobre la eficacia de ciertos métodos han contribuido al mejoramiento de los procedimientos seguidos por los médicos en las clínicas y hospitales. Aspectos que afectan especialmente la confiabilidad de los estudios de epidemiología psiquiátrica, como la técnica de entrevista con los sujetos o la estructura de los cuestionarios utilizados para seleccionar los individuos aptos para hacer parte de la muestra, han servido para que los médicos mejoren sus procedimientos de diagnóstico clínico de las enfermedades mentales, adoptando, por ejemplo, técnicas de entrevista con el paciente similares a las utilizadas en los estudios de epidemiología.

En los casos en que no se encuentran estudios epidemiológicos disponibles sobre determinada patología, los elaboradores de los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales deben llevar a cabo sus propios estudios, en orden a proveer los datos, información y evidencia empírica necesaria para adoptar una decisión bien informada. En estos supuestos la consideración de las variables cuantitativas y cualitativas es también muy importante, pues aquí también la realización del estudio exige la aplicación de métodos de diagnóstico similares a los utilizados en la elaboración de informes epidemiológicos o en la práctica clínica. De alguna forma, los estudios realizados por los elaboradores de los manuales también implican la revisión y valoración de sujetos utilizados como muestra, en orden a establecer si la etiología, los síntomas y demás elementos de su afectación reúnen los requisitos para ser clasificados como enfermedad mental. Los estudios realizados buscan obtener datos, información y evidencia empírica que permita corroborar o descartar la existencia de los presupuestos cualitativos y cuantitativos exigidos para catalogar el fenómeno como enfermedad mental.

Sea cual sea la fuente de la que provenga el sustento empírico de la decisión de clasificar un fenómeno como enfermedad mental —por ejemplo, de estudios documentados en la literatura psiquiátrica, de estudios de epidemiología psiquiátrica realizados por instituciones públicas o privadas, o de estudios

realizados por los propios autores de los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales—, los datos, la información y/o la evidencia disponibles deben poder demostrar que el suceso cumple los presupuestos cuantitativos y cualitativos para ser considerada como una patología. El problema al que se enfrenta la psiquiatría contemporánea es que ninguno de los métodos de diagnóstico conocidos hasta ahora es cien por ciento (100%) confiable. Por esta razón, siempre existe un margen de probabilidad de que ciertos supuestos que son incluidos como patologías no sean realmente enfermedades mentales, o de que algunas otras que no han sido incluidas, realmente lo sean.

En la literatura psiquiátrica existente se suele reconocer al menos tres factores que comprometen la confiabilidad del diagnóstico de identificación y clasificación de las enfermedades mentales:

*“Las fuentes de error que comprometen una afirmación de este tipo son múltiples, pero a efectos didácticos podemos reducirlas a tres: a) sesgo de la proveniencia de los enfermos (procedimiento de muestreo); b) error en el diagnóstico (procedimiento de evaluación o medida de un atributo); y c) variaciones individuales entre los pacientes de una misma categoría nosológica (debidas a factores desconocidos o no controlados)”*⁵⁹⁰.

Factores como el sesgo en la selección de la muestra, el error en la medición, la variedad de la etiología o de los síntomas entre pacientes diagnosticados con una misma patología comprometen la confiabilidad de los estudios psiquiátricos empíricos porque incrementan la probabilidad estadística de incurrir en un error, al inferir conclusiones de la información encontrada. Tal como se expone a continuación, la base empírica que sustenta los estudios psiquiátricos está expuesta a un margen de probabilidad de error que es inevitable, y que puede aumentar o disminuir pero nunca eliminarse. Debido a esta circunstancia, *la psiquiatría dista mucho de ser esa ciencia exacta e infalible en que algunos juristas han pretendido convertirla, al conferir al dictamen pericial psiquiátrico el estatus de prueba objetiva y universalmente válida, definitiva e inatacable.*

2.1. Inevitable probabilidad de existencia de errores:

Los estudios psiquiátricos que tienen por objeto la obtención de los datos empíricos necesarios para la identificación de nuevas enfermedades mentales, o para la mejor comprensión de los trastornos ya conocidos, deben iniciarse con el planteamiento y delimitación de un problema. El problema que da origen a los estudios psiquiátricos suele estar planteado en la forma de una pregunta sobre temas como, por ejemplo: (i) el porcentaje de la población que presenta determinado cuadro o patrón comportamental o psíquico de relevancia clínica; (ii) la causa o etiología genética, metabólica, endocrina, infecciosa o traumática de un conjunto dado de síntomas psíquicos; (iii) las similitudes y/o diferencias

⁵⁹⁰VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 67.

entre los diferentes síndromes o patrones comportamentales o psicológicos de significación clínica; (iv) el curso normal o promedio de evolución de determinado síndrome o cuadro clínico en determinados individuos; (v) la naturaleza, intensidad y frecuencia ordinaria o promedio de la afectación de las funciones psíquicas que padecen los individuos que presentan determinado cuadro clínico, etc.

La principal dificultad para abordar la investigación de esos problemas consiste en que la psiquiatría —como casi todas las ciencias— no está en capacidad de estudiar a todos y cada uno de los sujetos que hacen parte de la población materia de investigación, ni de controlar y estudiar la totalidad de los factores que influyen en el fenómeno objeto del problema. Por esta razón, la psiquiatría, como muchas otras disciplinas, ha optado por abordar el estudio de problemas como los mencionados anteriormente, a través de la aplicación del método estadístico inferencial.

La estadística inferencial tiene el propósito principal de extraer las propiedades de una *población estadística*⁵⁹¹ dada, a partir del estudio de una *muestra*⁵⁹² representativa de ella.⁵⁹³ Lamentablemente, este tipo de investigaciones se desarrolla en condiciones de incertidumbre que dificultan la inferencia de conclusiones. La incertidumbre que afecta la validez de los estudios psiquiátricos se relaciona usualmente con aspectos como, por ejemplo: (i) el hecho de que no podemos estar totalmente seguros de que la muestra escogida es perfectamente representativa de la población estadística que se desea estudiar; (ii) el hecho de que hay variables psiquiátricamente relevantes que son difíciles de observar, medir y controlar; (iii) la existencia de variaciones en que los trastornos se manifiestan entre pacientes diagnosticados dentro de

⁵⁹¹ “La población, también llamada universo o colectivo es el conjunto de elementos de referencia sobre el que se realizan las observaciones. En epidemiología una población es un conjunto de sujetos o individuos con determinadas características demográficas, de la que se obtiene la muestra o participantes en un estudio epidemiológico a la que se quieren extrapolar los resultados de dicho estudios (inferencia estadística)” (WIKIPEDIA. *Población Estadística*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Poblaci%C3%B3n_estad%C3%ADstica, consultada el día 14 de octubre de 2008). De forma similar la define DURÁ PEIRÓ, José. *Fundamentos de Estadística*, pág. 8. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 29; también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 12.

⁵⁹² “Una muestra estadística es un subconjunto de casos o individuos de una población estadística” (WIKIPEDIA. *Muestra*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Mestra_estad%C3%ADstica, consultada el día 14 de octubre de 2008). De forma similar la define DURÁ PEIRÓ, José. *Fundamentos de Estadística*, pág. 8. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 29.

⁵⁹³ Cfr. WIKIPEDIA. *Estadística Inferencial*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Estad%C3%ADstica_inferencial, consultado el 16 de octubre de 2008. Cfr. también VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 70. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 31; también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 12.

una misma categoría; (iv) la existencia de factores desconocidos que inciden en el objeto de investigación, etc.⁵⁹⁴

Con el objeto de mitigar el impacto de este inconveniente, la psiquiatría hace uso de los métodos de *razonamiento aproximativo*⁵⁹⁵ que la estadística inferencial le ofrece para calcular la probabilidad de acierto o error en sus inferencias.⁵⁹⁶ Esto significa que las conclusiones derivadas de los estudios psiquiátricos no deben ser interpretadas como proposiciones susceptibles de ser apreciadas como ciertas o falsas en términos absolutos, y sin que se admita la posibilidad de que existan ciertos grados de corrección o error en ellas. Las conclusiones a las que llegan los estudios psiquiátricos normalmente se encuentran acompañadas del cálculo de la probabilidad de acierto, y por ello su validez depende en gran medida del margen estadístico de error de las inferencias.

Una pieza importante para la estimación de la probabilidad de error o acierto en las inferencias estadísticas son las hipótesis de trabajo. En efecto, por elementales conocimientos del método científico sabemos que, luego de haberse identificado y delimitado adecuadamente el problema, es fundamental proponer soluciones provisionales o tentativas denominadas *hipótesis*. En

⁵⁹⁴ Una explicación más amplia sobre las fuentes de incertidumbre y error en las investigaciones psiquiátricas puede encontrarse en DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 31. Estos autores sostienen que los diferentes factores que influyen las investigaciones y que afectan la precisión de los resultados, se pueden clasificar en cuatro categorías: 1. Falla en la selección de las variables; 2. La existencia de factores de que crean confusión sobre las relaciones entre las variables y la existencia de factores que crean limitaciones para la representatividad y/o generalización de los hallazgos; 3. La manipulación consciente e inconsciente de las variables para producir los resultados esperados por el investigador; y 4. La existencia de factores librados al azar que debieron haber estado bajo control, y que afectan los resultados de la investigación. Sobre los problemas propios de la investigación empírica en psiquiatría puede consultarse también TACQ, Jacques. *Multivariate Analysis Techniques in Social Science Research*, págs. 3-8.

⁵⁹⁵ Al respecto puede consultarse, por ejemplo, WIKIPEDIA. *Inferencia Bayesiana*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/inferencia_bayesiana. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 386; o también DURÁ PEIRÓ, José. *Fundamentos de Estadística*, pág. 122; FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 233.

⁵⁹⁶ Es interesante la distinción que hace GASCÓN ABELLÁN, Marina (*Prueba Judicial: Valoración y Motivación*, Pág. 309) en el siguiente sentido: “Existen al menos dos grandes modelos de valoración racional de la prueba: a) el primero está basado en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos al proceso de valoración, y b) el segundo está basado en esquemas de confirmación. Ambos modelos corren paralelos a los dos grandes conceptos de probabilidad: La probabilidad matemática y la probabilidad inductiva. La probabilidad matemática se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por las matemáticas. El concepto de probabilidad lógica o inductiva se corresponde con el uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” algo es verdad, y se predica de proposiciones y no de sucesos.(...) El esquema valorativo basado en el grado de confirmación entiende que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de las reglas causales”.

psiquiatría es muy importante diferenciar entre las hipótesis científicas y la hipótesis estadísticas, ya que las primeras se basan en consideraciones de tipo médico, psiquiátrico, sociológico etc., y las segundas en consideraciones de naturaleza matemática, estadística y probabilística. Esta diferencia es sumamente relevante, ya que una parte extremadamente sensible de cualquier investigación psiquiátrica es la transformación de las hipótesis científicas en estadísticas. Este paso consiste en convertir la hipótesis científica sobre el problema psiquiátrico en una afirmación que sea susceptible de corroborarse mediante algún tipo de observación, medición, prueba o experimentación.⁵⁹⁷

El planteamiento de las hipótesis es un trabajo realmente arduo, y pone a prueba toda la capacidad intelectual y creativa del investigador, ya que en psiquiatría, como en otras disciplinas, no se trabaja con una única hipótesis. En la estadística inferencial, donde normalmente se investiga en condiciones de incertidumbre, es necesario plantear al menos dos tipos de hipótesis mutuamente excluyentes. (i) Por un lado, es necesario formular una *hipótesis nula*, que está dada por la solución provisional que el investigador presumirá como verdadera hasta que surja alguna evidencia que la desvirtúe. Una de las características más importantes de la hipótesis nula es que ésta nunca puede ser probada, aunque puede ser falseada por los datos y la evidencia empírica encontrada. (ii) Y por otro lado, deben formularse las hipótesis de investigación, que son otras soluciones alternativas distintas y excluyentes respecto de la hipótesis nula. La parte medular de la investigación consiste en la realización de las pruebas estadísticas necesarias para confirmar o descartar las diferentes hipótesis.⁵⁹⁸

Ahora bien, antes de iniciar el trabajo experimental o de campo, el investigador debe llevar a cabo un proceso de *estimación estadística* de los *parámetros* de la población. Esta actividad consiste en la predicción en términos aproximados de los *parámetros* de una población estadística, entendiendo por <<parámetro>> los valores o números representativos de la población objeto de investigación, tales como su media aritmética, una proporción de ésta o su desviación típica.⁵⁹⁹ Por ejemplo, cuándo se estima que el 16% de una

⁵⁹⁷ Cfr. DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, págs. 18 y 19. Cfr. también VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 70.

⁵⁹⁸ "Hypotheses and assumption are propositional statements, but they are antithesis of one other. Assumption are statement that the investigator accept as true, whereas hypotheses are statements whose "truth" is in doubt and is, therefore, the subject of research affirmation or refutation" (DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 17).

⁵⁹⁹ Cfr. WIKIPEDIA. *Estimación Estadística*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Estimaci%C3%B3n_estad%C3%ADstica, consultado el día 16 de octubre de 2008. Para una explicación más detallada de la estimación estadística puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 384; o también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 219. Por otro lado, sobre el concepto de parámetro consultar WIKIPEDIA. *Parámetro*. En: <http://es.wikipedia.org/wiki/Par%C3%A1metro>, consultado el día 16 de octubre de 2008. Para

población presenta determinado cuadro o patrón comportamental o psíquico de relevancia clínica, ese porcentaje (16%) es la estimación estadística del *parámetro* (proporción) de la población de individuos que sufre ese síndrome o cuadro clínico.⁶⁰⁰

La parte experimental de la investigación consiste en la realización de las pruebas necesarias para verificar las hipótesis de trabajo inicialmente planteadas. En esta etapa de la investigación debe realizarse el trabajo de campo orientado a recolectar los datos y las evidencias que puedan confirmar o descartar las hipótesis de trabajo. La recolección y análisis de esos datos y evidencias arroja como resultado una medida cuantitativa de la característica de la población que concentra el interés de la investigación, denominada <<estadístico>>.⁶⁰¹ Este estadístico es útil en la investigación, porque permite llevar a cabo el proceso de *contraste de hipótesis* mediante el cual se juzga si una propiedad que se supone presente en una población estadística es compatible o coincidente con lo observado en la muestra.⁶⁰²

El enfoque actual de los contrastes de hipótesis puede explicarse como la aplicación de un complejo modelo matemático a través del cual se analiza y compara el *parámetro* de la población estimado y los *estadísticos* extraídos del análisis de la secuencia de datos arrojados por el trabajo de campo. A través de la comparación de estos dos elementos (parámetro y estadístico), el modelo matemático permite establecer si la evidencia estadística encontrada confirma o desvirtúa la hipótesis nula y, en consecuencia, si debemos aceptarla o rechazarla.

El proceso de contraste de hipótesis, al final, ofrece al investigador algunos elementos de juicio para escoger alguna de las hipótesis de trabajo planteadas: la hipótesis nula o alguna de las hipótesis alternativas de investigación. Sin embargo, debido a todas las circunstancias que crean incertidumbre en el proceso de investigación, siempre existe la probabilidad de que la hipótesis elegida no sea correcta, lo cual puede dar lugar a dos tipos de errores que se resumen en el cuadro presentado a continuación.⁶⁰³

una explicación más detallada del concepto de parámetro puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 159; o también DURÁ PEIRÓ, José. *Fundamentos de Estadística*, pág. 28; FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 261.

⁶⁰⁰ Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 70.

⁶⁰¹ Cfr. WIKIPEDIA. *Estadístico*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Estad%C3%ADstico_muestral, consultado el día 16 de octubre de 2008; también puede consultarse FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 11.

⁶⁰² Cfr. WIKIPEDIA. *Contraste de Hipótesis*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Contraste_de_hip%C3%B3tesis, consultado el 16 de octubre de 2008. Para una explicación más detallada del contraste de hipótesis puede consultarse PÉREZ LÓPEZ, César. *Estadística*, pág. 239.

⁶⁰³ El cuadro presentado es una adaptación del que hace parte de la ilustración que se encuentra en: *Contraste de Hipótesis*. En:

	La Hipótesis Nula es verdadera	La Hipótesis Alternativa es verdadera
Se escogió la Hipótesis Nula	No hay error	Hay error de tipo II
Se escogió la Hipótesis Alternativa	Hay error de tipo I	No hay error

Cuando la hipótesis nula es verdadera, pero el investigador la rechaza y escoge alguna hipótesis alternativa de investigación, incurre en un error de contraste de tipo I. Al contrario, cuando la hipótesis nula es falsa pero el investigador la elige de todas formas, incurre en un error de contraste de tipo II. Existen funciones matemáticas que permiten calcular la probabilidad de incurrir tanto en un error de tipo I como en un error de tipo II. Así mismo, es también posible calcular matemáticamente la probabilidad de escoger la hipótesis cuando ésta es verdadera, lo que equivale a calcular, ya no la probabilidad de error, sino la probabilidad de acierto, y que, en últimas, se traduce en la determinación del nivel de confianza o confiabilidad del estudio.⁶⁰⁴ En cualquiera de los casos, lo importante es entender que existen los modelos matemáticos para calcular el grado de acierto o error de una afirmación, mediante la estimación de la probabilidad de escoger una hipótesis cuando ésta no es correcta.

Lo ideal dentro de cualquier investigación sería que tanto la probabilidad de error de tipo I como la probabilidad de error de tipo II fueran lo más pequeñas posibles. Sin embargo, reducir simultáneamente las probabilidades de esos dos tipos de error es demasiado complicado, por cuanto ambos dependen y se comportan de formas opuestas frente a la muestra: mientras la probabilidad de error de tipo I aumenta en la medida que el tamaño de la muestra crece, el error de tipo II disminuye. Podría decirse que todos los estudios psiquiátricos que usan el método estadístico inferencial se enfrentan a la imposibilidad de eliminar la existencia de un margen de error, y que a lo más que pueden aspirar es a lograr un equilibrio entre ambas probabilidades en su punto más bajo. Para entender lo dicho, tal vez sea útil detenernos un momento a revisar con más cuidado cada uno de estos tipos de error:

En relación con el error de tipo II, es conveniente comenzar por entender que éste puede definirse como la medida de la posibilidad de elegir la hipótesis nula cuando esta es falsa en realidad. Para ser más precisos, este error es producto de la probabilidad de que la evidencia o los datos obtenidos como producto de observación o estudio de la muestra no desvirtúen la hipótesis nula a pesar de

http://es.wikipedia.org/wiki/Contraste_de_hip%C3%B3tesis, consultado el 16 de octubre de 2008.

⁶⁰⁴ Esta probabilidad se denomina *Potencia de Contraste*. Cfr. WIKIPEDIA. *Estadístico*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Contraste_de_hip%C3%B3tesis, consultado el día 16 de octubre de 2008.

ser falsa. No se trata de un error debido a fallas en los procedimientos matemáticos de cálculo de los estadísticos, o en algún otro tipo de error similar, sino de inferencias equivocadas que se hacen debido a que los datos o la información arrojada por el estudio es incorrecta, por ejemplo, porque la muestra no era lo suficientemente grande o representativa. En este caso, el error se debe a que los datos suministrados por el trabajo de campo, y que sirven de materia prima para el cálculo de los estadísticos, las probabilidades, las sensibilidades, los errores, las desviaciones y demás elementos de relevancia estadística son falsos debido a fallas estructurales o accidentales en el método de muestreo.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que la hipótesis nula, como ya se ha mencionado, nunca puede ser probada y que, a lo sumo, la evidencia encontrada sólo permitirá dos clases de afirmaciones: que la hipótesis ha sido desvirtuada o que la hipótesis no ha sido desvirtuada (que ha sido falseada o que no ha sido falseada). Durante la investigación siempre se presumirá que la hipótesis nula es verdadera, salvo que encontremos evidencias, datos o información que la contradigan. En este caso diremos que la hipótesis nula ha sido desvirtuada, tendremos que rechazarla, y se elegirá la hipótesis de investigación o alternativa como verdadera.

Una de las razones por las que no podemos dar por probada la hipótesis nula, a pesar de que la evidencia y los datos empíricos parezcan confirmarla, es porque no podemos descartar racionalmente la posibilidad de que exista al menos un caso en el que esta hipótesis no se cumpla. Ya que los estudios de estadística inferencial se basan en la observación de tan sólo una parte de la población, existe siempre la posibilidad que entre los sujetos o eventos que no integraron la muestra, haya alguno para el cual no se cumpla la regla, o que no reúna las propiedades o características observadas en todos los demás. En principio, la hipótesis nula sólo podría darse por probada en el caso, hipotético y utópico por supuesto, de que pudiera estudiarse a la absoluta totalidad de los individuos. Sin embargo, incluso en ese evento la existencia de factores que inciden en el estudio, y que se salen control y del conocimiento del investigador, sigue creando una incertidumbre que impide dar por probada la hipótesis nula.

Debido a lo anterior, nótese que entre la probabilidad de error y la representatividad de la muestra existe una estrecha relación: cuanto más grande y representativa sea la muestra, la posibilidad de que la decisión sobre la elección de la hipótesis sea correcta es mayor, y menor la probabilidad de error. La naturaleza de esta relación se explica porque cuando la muestra es grande y representativa de la población estadística, es posible encontrar una mayor cantidad de evidencias, datos e información, lo cual hace posible que la decisión sobre la elección de la hipótesis cuente con una mayor cantidad de elementos de juicio. De esta forma, ya que la hipótesis nula sólo se elige cuando la evidencia encontrada no permite desvirtuarla o falsearla, entonces, entre más grande sea la muestra, más representativa será, mayor será la

cantidad de evidencia disponible y, así mismo, menor la probabilidad de que se elija la hipótesis nula cuando esta sea falsa en realidad.

Por su parte, la probabilidad de error de tipo I puede definirse como la medida de la posibilidad de elegir la hipótesis de investigación, siendo ésta falsa. Como se ha dicho, la hipótesis de investigación sólo se elige cuando debe rechazarse la hipótesis nula, lo que a su turno sólo ocurre cuando la evidencia encontrada la ha desvirtuado. De esta forma, la probabilidad de error de tipo I también podría definirse como la medida de la posibilidad de rechazar la hipótesis nula cuando esta no ha sido desvirtuada. Esto significa que el error de tipo I es completamente opuesto al error de tipo II, y que por eso se comporta de forma inversa frente al tamaño de la muestra.

La diferencia de comportamiento frente a la muestra en el caso del error de tipo I se explica porque entre más grande es aquella, mayor es la cantidad de estudios, diagnósticos, operaciones, encuestas, cálculos, etc. que deben hacerse. Así mismo, a medida que crece el tamaño de la muestra aumenta la cantidad de información que debe manejarse y aumenta también la cantidad de decisiones que deben tomarse. Todas estas circunstancias incrementan la posibilidad de incurrir en un error en el cálculo de los *estadísticos*, y crece la probabilidad de que éstos desvirtúen equivocadamente los *parámetros* estimados inicialmente para la población en la hipótesis nula. En consecuencia, al aumentar el tamaño de la muestra crece la probabilidad de que se elija la hipótesis de investigación, a pesar de que en realidad no se haya desvirtuado la hipótesis nula.

Sintetizando lo expuesto sobre los errores de tipo I y II, puede decirse que el gran problema al que deben enfrentarse los estudios psiquiátricos, y que en realidad se trata de un obstáculo común a todas las ciencias que se valen de la estadística inferencial, consiste en que los esfuerzos para disminuir la probabilidad de error de tipo I producen un aumento de la probabilidad de error de tipo II, y a la inversa.⁶⁰⁵ Por esta razón, los estudios psiquiátricos deben leerse e interpretarse con la conciencia de que sus conclusiones sólo tienen una validez limitada.

Por ejemplo, supongamos que vamos a realizar un estudio psiquiátrico para establecer si determinado medicamento causa trastornos del estado de ánimo que puedan ser catalogados como enfermedades mentales (p. ej., depresión grave). En este caso podríamos realizar la investigación a través del método estadístico inferencial, y entonces todos los pacientes que consumen el medicamento en cuestión constituyen la población estadística objeto de estudio. Ya que no podemos estudiarlos a todos, debemos escoger un grupo de ellos para integrar la muestra estadística objeto de nuestra investigación.

⁶⁰⁵ Cfr. WIKIPEDIA. *Error tipo I y tipo II*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Error_tipo_I_y_tipo_II, consultado el 20 de octubre de 2008. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 211.

Suponiendo que el censo probable de la población de pacientes medicados con esa sustancia sea de 10.000, podríamos tomar como muestra aleatoria una población del 20% de ellos, o sea a 2.000.

A continuación, es necesario formular las hipótesis. En este caso podríamos adoptar como hipótesis nula la siguiente afirmación: *“el 10% de los pacientes que consumen el medicamento sufren luego el trastorno del estado de ánimo”*. La hipótesis de investigación podría ser entonces, en este caso, la negación de la hipótesis nula, o sea: *“un porcentaje diferente del 10% de los pacientes medicados con esa sustancia (incluido el 0%) sufren el trastorno mental del estado de ánimo”*. En este caso, el porcentaje señalado en la hipótesis, es decir, el 10%, es el *parámetro* estimado estadísticamente para esa población.

Ahora bien, supongamos que luego de valorar y diagnosticar a cada uno de los 2.000 individuos que integraban la muestra, se obtuvo la siguiente información, que dividiremos en dos supuestos para facilitar la comprensión del problema:

Supuesto 1: Se obtuvo datos que confirman que 200 de ellos han tenido trastornos de estado de ánimo consistentes en depresiones graves, luego de consumir ese medicamento. Con fundamento en esa información, posiblemente uno se apresuraría a concluir que la hipótesis nula es verdadera, o sea, que es cierta la afirmación inicial consistente en que el 10% de los pacientes que consumen ese medicamento sufre trastornos mentales. Sin embargo, debe tenerse mucho cuidado. En este caso, los resultados obtenidos no permiten afirmar que la hipótesis nula está probada (ésta nunca se prueba). En estricto rigor científico, lo único que puede afirmarse es que la hipótesis nula no ha sido falseada y, por consiguiente, es válido seguir presumiéndola como verdadera, hasta que tengamos más información disponible.

Pero como hemos visto, nuestro experimento está expuesto a un nivel de incertidumbre que crea el riesgo de que nuestra decisión sobre la hipótesis sea errada. Por esta razón, deberíamos calcular la probabilidad de error de tipo II a la que nos encontramos expuestos. Dando por descontados los cálculos matemáticos que se requerirían para determinar esa probabilidad de error, lo que sí es claro es que cuanto mayor sea el tamaño de la muestra frente a la población estadística, menor será la probabilidad de error de tipo II. Al efecto, nótese que si hipotéticamente el estudio pudiera abarcar a la totalidad de los pacientes que consumen ese medicamento, o sea, al 100% de ellos, entonces la probabilidad de escoger la hipótesis nula cuando esta hubiera sido desvirtuada sería mínima. Ello, por cuanto tenemos el dato exacto de la cantidad de pacientes que han sufrido trastornos mentales como consecuencia del consumo del medicamento.

Supuesto 2: Ahora supongamos que se obtuvo datos que indican que 600 de los 2.000 individuos que integraban la muestra, o sea, el 30% de la muestra, sufrieron trastornos de su estado de ánimo luego de consumir el medicamento.

En este caso, la observación conduce a pensar que la hipótesis nula ha sido falseada y, por consiguiente, debe rechazarse.

Al igual que en el otro supuesto, nuestra decisión se encuentra expuesta a un error derivado de las circunstancias de incertidumbre que rodean nuestra investigación. Por esta razón, es importante calcular la probabilidad de error de tipo I, o sea, la probabilidad de rechazar la hipótesis nula cuando ésta no ha sido desvirtuada en realidad. Dando por descontado nuevamente el cálculo matemático de esa probabilidad, resulta relativamente sencillo entender que cuanto más grande sea la muestra, más posibilidades hay de equivocarse, pues es mayor la cantidad de individuos que deben valorarse, y también mayor el volumen de información que procesar y de operaciones que realizar. Puesto en nuestro ejemplo, hay más probabilidades de equivocarse diagnosticando 10.000 individuos, que sólo 2.000.

Esto significa que cuanto más pequeña sea la muestra, menor es la probabilidad de equivocarse al rechazar la hipótesis de nula, pues hay más probabilidad de que el *estadístico* arrojado por la investigación sea correcto respecto de los individuos que integran la muestra.

Problema: Como puede constatarse, la dificultad proviene del hecho de que al disminuir el tamaño de la muestra se logra reducir la probabilidad de error de tipo I, pero aumenta la probabilidad de error de tipo II. A contrario sensu, al aumentar el tamaño de la muestra para disminuir la probabilidad de error de tipo II, aumenta la probabilidad de error de tipo I.

Ahora bien, llegado este punto, parece pertinente la pregunta acerca de cuáles son las causas de estos tipos de errores. O sea, qué es lo que hace que pueda escogerse una hipótesis equivocada. Sobre el particular, debe en primer lugar señalarse que el tamaño de la muestra no es el único factor que incide en la existencia de errores. Hay otras circunstancias connaturales a la investigación psiquiátrica que perturban la fiabilidad de sus estudios empíricos y que causan la incertidumbre de la que se desprende la probabilidad de errores estadísticos. Entre estas circunstancias resultan de particular importancia para la psiquiatría forense, y para la discusión sobre la fiabilidad del dictamen pericial psiquiátrico, las siguientes: (i) el sesgo en el muestreo; (ii) los errores de medición; y (iii) las variaciones del diagnóstico dentro de una misma clase de patología.

Pero antes de entrar a considerar cada una de estas circunstancias, es conveniente realizar una observación final: en la literatura psiquiátrica disponible, fácilmente se encuentran abundantes trabajos que abordan desde una perspectiva crítica el estudio del método de investigación psiquiátrico.⁶⁰⁶

⁶⁰⁶ Cfr. por ejemplo, GARFIELD, Sol L. *Methodological Problems in Clinical Diagnosis*, pág. 27; o también DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 29; o también EATON, William W. et al. *Problems in the Definition and Measurement of Prevalence and Incidence of Psychiatric Disorders*, pág. 311; o también TACQ,

En esos trabajos se encuentran expuestos no sólo los problemas que han sido tomados en cuenta aquí, sino también algunos otros de naturaleza mucho más técnica y complejos. Lo realmente difícil es hallar en la bibliografía psiquiátrica una propuesta realmente novedosa que pueda constituir una verdadera alternativa al método actualmente dominante. Se encuentran sí propuestas a problemas puntuales, como por ejemplo la de pasar de un modelo de clasificación categorial de las enfermedades mentales, a uno dimensional, para paliar la dificultad que importa la comorbilidad (a esto me referiré más adelante).⁶⁰⁷ Sin embargo, no hay una propuesta metodológica general que constituya una alternativa para la validación científica de los conocimientos psiquiátricos. Es decir, no se ha formulado un método de investigación empírico distinto al existente para conferir validez científica a los presupuestos en que se sustenta la psiquiatría.

Por lo demás, tal parece que una propuesta alternativa de esta naturaleza no se verá en el corto plazo; no al menos mientras la psiquiatría carezca de una fuente de validación científica externa, distinta a los propios procedimientos actualmente utilizados por ella: mientras la psiquiatría no tenga otra forma de validar científicamente los procedimientos de las investigaciones, más que recurriendo a la comparación de los resultados con los obtenidos bajo la metodología actualmente al uso, y sin un criterio externo distinto que le permita determinar cuándo las conclusiones obtenidas son correctas, todas las propuestas para incrementar la fiabilidad de los diagnósticos psiquiátricos terminarían convertidas en propuestas fallidas, debido a la circularidad de sus argumentos.

*“Aunque un número de psicólogos y psicopatólogos han estado criticando los diagnósticos psiquiátricos en términos de fiabilidad y validez, y han intentado desarrollar mejores técnicas de diagnóstico, sin embargo, frecuentemente sólo lo han hecho para validar sus propios procesos de diagnóstico. Utilizando un criterio falible para propósitos de validación, necesariamente deben producirse dificultades. En esta instancia, la evidencia existente sugiere que se trata de un argumento circular o falso: la premisa inicial es que los diagnósticos clínicos tienen serias limitaciones. Consecuentemente, es necesario desarrollar técnicas más efectivas. En orden a validar esas técnicas más efectivas, los diagnósticos clínicos tienen que ser usados como criterios de validez. Si hay una coincidencia razonable entre la nueva técnica y el diagnóstico clínico, entonces la técnica puede ser considerada válida (si el procedimiento no tiene sentido para usted, señor lector, entonces usted está comprendiendo correctamente). Debería ser evidente que es difícil mejorar un procedimiento de diagnóstico, si se utilizan criterios de validez inadecuados.”*⁶⁰⁸

Jacques. *Multivariate Analysis Techniques in Social Science Research*, pág. 5; o también BEISER, Morton. *Psychiatric Epidemiology*, pág. 609; VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 67; SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 94.

⁶⁰⁷ Cfr. por ejemplo, LORR, M. *Classifying Psychotics: Dimensional and Categorical Approaches*, pág. 331; o también GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 61; TIRAPU USTÁRROZ. *Propuesta de un modelo dimensional para los trastornos de la personalidad*, pág. 260; FRANCES, Allen y WIDIGER, Thomas A. *Methodological Issues in Personality Disorder Diagnosis*, pág. 381.

⁶⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 44. [La traducción es mía].

2.2. Sesgo en el muestreo:

En primer lugar, debe recordarse que los estudios estadísticos se fundamentan en una inferencia lógica, consistente en la inducción por medio de la cual las conclusiones obtenidas para la muestra se traspasan al universo de individuos que integran la población estadística. La confiabilidad de las conclusiones depende, en consecuencia, de que la muestra seleccionada sea lo más representativa posible del universo de individuos para el cual se está realizando el estudio.⁶⁰⁹ Esta representatividad de la muestra depende de factores cuantitativos, relacionados con el tamaño de la muestra, y de factores cualitativos, asociados al contenido de la muestra.

Frente al aspecto cuantitativo, es un hecho que existe una relación directa entre el tamaño de la muestra y la representatividad de la misma: cuanto mayor sea el número de individuos que integran la muestra, mayor será la probabilidad de que la misma represente adecuadamente la población estadística y, así mismo, mayor será la probabilidad de que el trasvase de las conclusiones desde la muestra hacia la población estadística sea correcta.⁶¹⁰

Ahora bien, ya en lo que hace al aspecto cualitativo debe tenerse en cuenta que debido a que en las enfermedades mentales se articulan diferentes tipos de factores causales (genéticos, biológicos, personales, ambientales, económicos, etc.), entonces al momento de seleccionar la muestra debe cuidarse que los individuos elegidos representen adecuadamente la población estadística en todos estos aspectos. Esto significa que la muestra seleccionada debe estar integrada por individuos que representen adecuadamente la totalidad de los diferentes grupos, segmentos o estratos en que puede dividirse el colectivo social para el que se realiza el estudio. Dicho en otras palabras, las diferentes categorías en que puede dividirse la población estadística, tales como edad, estado de salud, raza, sexo, religión, profesión, nivel de formación académica, distribución geográfica, estrato socio-económico etc., deben estar representadas en la muestra.⁶¹¹

En materia psiquiátrica, la historia familiar y clínica de los individuos que integran la muestra es particularmente importante, pues muchas enfermedades pueden ser asociadas a etiologías de tipo genético o biológico. Desde el punto de vista de un estudio empírico psiquiátrico, es fundamental establecer si los

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 35; cfr. también EATON, William. et al. *Historical Context, Major Objectives, and Study Design*, pág. 15.

⁶¹⁰ Cfr. GARFIELD, Sol L. *Methodological Problems in Clinical Diagnosis*, pág. 35.

⁶¹¹ "A question of general interest to an investigator planning an experiment is whether his design, including sample size, has a good chance of detecting differences among conditions, methods, or ethnic, age, or other populations groups. The primary value of a study of group differences is lost if the investigation is so intensive that important differences are obscured by sampling variation" (Mosteller and Bush (1954). Op. cit. en DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 24). En este sentido, cfr. también GARFIELD, Sol L. *Methodological Problems in Clinical Diagnosis*, pág. 35.

individuos que integran la muestra tienen antecedentes de enfermedades mentales (personales o familiares) o defectos genéticos, metabólicos, endocrinos, infecciosos o traumáticos que puedan asociarse causalmente a los síntomas relacionados con los trastornos mentales. Este tipo de información es crucial, por cuanto puede ofrecer datos muy relevantes para identificar las causas biológicas de la enfermedad mental.⁶¹²

Pero además, dicha representación debe ser proporcional. Esto significa que la cantidad de individuos que representan a cada una de esas categorías dentro del total de la muestra debe ser proporcionalmente equivalente a la cantidad de individuos pertenecientes a esas mismas categorías dentro de la población estadística. Así mismo, como un individuo puede pertenecer a más de una categoría a la vez (p. ej., hombre, de 30-40 años, blanco, universitario, de clase media, sin antecedentes familiares de enfermedades mentales, etc.), la combinación de esas categorías en los individuos de la muestra debe ser representativa de la forma en que la combinación de esas mismas categorías se encuentra en la población estadística.

Como se observa, no es fácil seleccionar una muestra que sea realmente representativa de la sociedad que sirve como población estadística. Por esta razón, en la literatura psiquiátrica se reconoce la posibilidad de un sesgo en el procedimiento de selección de los individuos que integran la muestra, lo cual afecta la pretensión de universalidad y validez general de las conclusiones.⁶¹³ De hecho, un amplio sector de la doctrina reconoce que *“uno de los más grandes problemas en la investigación psicopatológica es el pequeño número de pacientes usualmente disponibles para un proyecto particular”*.⁶¹⁴ Lo que ocurre es que para la elección de los individuos que integran la muestra normalmente suelen seguirse diferentes métodos de muestreo: aleatorio simple,⁶¹⁵ aleatorio estratificado,⁶¹⁶ por conglomerados,⁶¹⁷ polietápico,⁶¹⁸ no

⁶¹² DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 29.

⁶¹³ *“Sample error results from incorrect selection of individuals for study, due to random or systematic factors, or inability to obtain interviews with them”* (EATON, William W. et al. *Problems in the Definition and Measurement of Prevalence and Incidence of Psychiatric Disorders*, pág. 311).

⁶¹⁴ DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 26. La traducción es mía.

⁶¹⁵ El muestreo aleatorio simple consiste en lo siguiente: *“Se enumeran todos los elementos del universo y se eligen los integrantes de la muestra siguiendo una tabla de números aleatorios”* (VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 68). Consultar también PÉREZ LÓPEZ, César. *Estadística*, pág. 411; o también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 17.

⁶¹⁶ En el muestreo aleatorio estratificado: *“Se consideran diferentes estratos (p. ej., grupos de edad) y se extrae de cada uno de ellos un número determinado de sujetos por un procedimiento aleatorio simple”* (VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 68). Cfr. también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 18.

⁶¹⁷ El muestreo por conglomerados consiste en que: *“para evitar numerar la población y la dispersión geográfica de la muestra a evaluar se eligen conglomerados (p. ej., bloques de viviendas en lugar de personas). Es un método muy económico para grandes muestras, pero*

aleatorio,⁶¹⁹ etc. En los estudios clínicos psiquiátricos es usual el muestreo aleatorio simple, porque éstos son menos susceptibles al sesgo, pero sólo son útiles con muestras relativamente pequeñas. En cambio, en los estudios epidemiológicos se aplican métodos más complejos, como el aleatorio estratificado o por conglomerados, porque son más útiles frente a muestras relativamente grandes, aunque son más susceptibles al sesgo.⁶²⁰

En algunos casos los investigadores prefieren trabajar con muestras más grandes, para tratar de que sea suficientemente representativa, pero entonces deben utilizar un método adecuado para muestras de gran tamaño, los cuales son normalmente más susceptibles al sesgo. En otros casos, ellos están obligados a trabajar con muestras más pequeñas por razones de tiempo o de presupuesto, con lo cual la probabilidad de que la muestra sea muy representativa disminuye. En estos casos, se suele utilizar un método de muestreo aleatorio, el cual es menos vulnerable al sesgo, pero no es útil frente a muestras muy grandes.

Como se observa, independientemente del método de muestreo utilizado, siempre existe la posibilidad de sesgo, o sea, la probabilidad de que los individuos seleccionados no representen adecuadamente a la totalidad de la población estadística, sino sólo a una parte de ella.

Pero además, téngase en cuenta que aun cuando el procedimiento utilizado fuera realmente inmune al sesgo, las conclusiones obtenidas frente a la muestra sólo pueden generalizarse para la población estadística que sirvió de base para el estudio. La muestra es representativa de una población estadística determinada, y por ello las conclusiones sólo pueden extenderse por inducción a la población estadística representada por aquella. Esto significa que las conclusiones obtenidas son, en todo caso, relativas al grupo poblacional representado por la muestra. Las conclusiones obtenidas para una población estadística determinada no pueden simplemente extenderse a otros grupos poblacionales de características diferentes. Ello supone que los estudios psiquiátricos y epidemiológicos que se llevan a cabo para identificar

da lugar a estimaciones menos precisas que el aleatorio simple” (VALLEJO RUILOBA. Introducción a la Psiquiatría, pág. 68). Consultar también PÉREZ LÓPEZ, César. Estadística, pág. 441; o también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. Curso de Estadística Descriptiva, pág. 17.

⁶¹⁸ El muestreo polietápico: *“Es una combinación de los métodos anteriores, y se utiliza en los muestreos muy grandes. Es complejo y requiere para la interpretación de los resultados transformaciones únicamente disponibles en programas muy específicos” (VALLEJO RUILOBA. Introducción a la Psiquiatría, pág. 68).*

⁶¹⁹ En el muestreo no aleatorio: *“Cualquier procedimiento en el que la elección de los sujetos no sea debida al azar. Las posibilidades de sesgar la muestra son muy grandes y, lo que es más grave, no puede estimarse”. (Ibíd).*

⁶²⁰ Un estudio completo sobre el método de selección de las muestras para la realización de estudios epidemiológicos en materia psiquiátrica se encuentra en FOLSOM, Ralph. et al. *Parameter and Variante Estimations*, pág. 327. Allí se presenta el modelo complejo para el muestreo propuesto por el *Epidemiologic Catchment Area Program (ECA)*, para estudios epidemiológicos psiquiátricos.

las enfermedades mentales, o para determinar su etiología, deben contextualizarse en el marco de la población estadística para la que fueron realizados, y sus conclusiones no pueden hacerse extensivas a otros grupos poblacionales diferentes.

La Asociación Americana de Psiquiatría y el Comité Elaborador del DSM-IV-TR son conscientes de esa situación, y por ello el manual diagnóstico incluye un apéndice J, en el que se ofrece información útil para contextualizar el diagnóstico en diferentes entornos socio-culturales.⁶²¹

*“El DSM-IV consta de tres tipos de información relacionada con aspectos culturales: 1) una discusión sobre las variantes culturales de las presentaciones clínicas de los trastornos incluidos en el DSM-IV; 2) una descripción de los síndromes relacionados con la cultura no incluidos en el DSM-IV; y 3) directrices diseñadas para ayudar al clínico a evaluar y documentar de manera sistemática el impacto del contexto cultural del individuo”.*⁶²²

2.3. Errores de medición:

Los estudios psiquiátricos documentados en la literatura existente, los epidemiológicos psiquiátricos realizados por instituciones públicas o privadas, y los llevados a cabo directamente por las organizaciones que elaboran los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales, sólo pueden ofrecer respuestas a la identificación de nuevas enfermedades mentales en la medida que realicen un proceso adecuado de *medición*.

Estadísticamente <<medir>> significa clasificar objetos en diferentes categorías y asignarles números conforme a las reglas propias de las diferentes *escalas de medida*.⁶²³ En psiquiatría la medición es importante porque gracias a ella puede llevarse a cabo, de forma más o menos rigurosa y racional, el diagnóstico diferencial que se requiere para la adecuada delimitación y

⁶²¹ “Se ha hecho un importante esfuerzo en la preparación del DSM-IV para que el manual pueda usarse en poblaciones de distinto ámbito cultural (tanto dentro como fuera de los Estados Unidos). Los médicos visitan diariamente personas de diferentes grupos étnicos y culturales (incluido inmigrantes). La valoración diagnóstica puede constituir un reto cuando un clínico de un grupo étnico determinado usa el DSM-IV para evaluar a un paciente de otro grupo étnico. Un médico que no esté familiarizado con los matices culturales de un individuo puede, de manera incorrecta, diagnosticar como psicopatológicas variaciones normales del comportamiento, de las creencias y de la experiencia que son habituales en su cultura. Por ejemplo, ciertas prácticas religiosas o creencias (p. ej., escuchar o ver un familiar fallecido durante el duelo) pueden diagnosticarse como manifestaciones de un trastorno psicótico” (DSM-IV-TR, pág. XXXII).

⁶²² *Ibíd.*

⁶²³ “Escalas de Medición es una sucesión de medidas que permite organizar datos en orden jerárquico. Las escalas de Medición son clasificadas de acuerdo a una degradación de las características de la variables. Estas escalas son: Nominales, Ordinales, Intercalares o de Razón” (WIKIPEDIA. Escalas de Medición. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Escalas_de_Medición, consultado el 14 de octubre de 2008). Para una explicación detallada de las escalas de medición puede consultarse FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 34.

diferenciación de las nuevas enfermedades mentales. El diagnóstico diferencial de enfermedades mentales consiste en determinar de qué modo, y en qué medida, una patología puede distinguirse de las otras. Para poder llevar a cabo este trabajo, es necesario: (i) identificar los rasgos característicos propios de las diferentes enfermedades mentales; (ii) crear varias categorías para agrupar las patologías en función de los rasgos comunes; (iii) determinar los diferentes niveles de intensidad, gravedad y/o frecuencia de cada uno de los tipos de enfermedades; y (iv) sistematizar esta clasificación mediante la asignación de números o códigos diagnósticos a cada una de las diferentes tipologías de trastornos mentales. Para asegurar que la labor de identificar, ordenar y separar —tanto cuantitativa como cualitativamente— los diferentes casos de trastorno mental sea racional, y no arbitraria ni caprichosa, ésta se lleva a cabo utilizando alguna de las escalas de medida aplicadas en los procesos de medición estadística.

La medición que se realiza en psiquiatría puede ser *nominal*, lo cual significa que a cada categoría se le asigna un número que lo identifica, y a cada objeto o evento se le asigna el número correspondiente a la categoría a la que pertenece. En este caso, la asignación de un número a cada categoría sólo tiene el propósito de nombrar o etiquetar la categoría —de allí que esta escala se llame “nominal”—, sin que el número asignado sea indicativo de un escalafón, rango, nivel, jerarquía u orden específico.⁶²⁴ En psiquiatría la medición es nominal, por ejemplo, cuando se asignan *códigos diagnósticos* a las enfermedades mentales para identificarlas al interior del manual de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales. En este evento, el número asignado a cada clase o tipo de patología sólo sirve para identificarla, y no indica en lo absoluto su distribución u ordenación bajo criterios como, verbigracia, la gravedad, la intensidad o la frecuencia de la enfermedad (p. ej., en el DSM-IV-TR el trastorno de angustia con agorafobia tiene asignado el código diagnóstico F40.01, y el trastorno obsesivo compulsivo el F42.8. Los números asignados a estos trastornos sólo sirven para identificarlos y clasificarlos, pero no dicen nada sobre, por ejemplo, la gravedad del uno respecto del otro⁶²⁵).

La medición también puede ser *ordinal*, caso en el cual el número asignado a cada categoría no sólo sirve para identificarla, sino también para asignarle un orden específico a las categorías en función de un criterio elegido para tal

⁶²⁴ WIKIPEDIA. *Escalas de Medición*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Escalas_de_Medición, consultado el 14 de octubre de 2008. Por ejemplo, el número asignado a los jugadores de un equipo de fútbol, el número del pasaporte, o los números de teléfono, son ejemplos de este tipo de medición nominal, pues el número asignado no indica una mayor o menor posición jerárquica de los elementos numerados. Al respecto, cfr. también VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 69; o también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 35. Para una explicación del concepto de escala de medición nominal aplicada en psiquiatría, consultar DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 24

⁶²⁵ Cfr. DSM-IV-TR, págs. 482 y 510.

propósito. El número asignado a cada una de las categorías cumple la función de ordenarlas —por ello se llama “ordinal”—, clasificarlas, jerarquizarlas, escalafonarlas, ranquearlas, nivelarlas etc., en función del criterio elegido para tal fin.⁶²⁶ En psiquiatría la medición ordinal es muy común, por ejemplo, al momento de identificar los subtipos de cada una de las enfermedades mentales, y clasificarlas en función de su gravedad, intensidad y/o frecuencia, en categorías como baja, media, moderada y alta (p. ej., en el DSM-IV-TR el retraso mental se encuentra dividido en cinco (5) subcategorías así: leve, moderado, grave, profundo y de gravedad no especificada⁶²⁷).

En algunos casos la medición también puede ser *intervalar*, de modo que el número asignado a cada categoría no sólo las nombra y ordena, sino que además indica la diferencia cuantitativa que hay entre cada categoría. Para tal efecto, la medición *intervalar* distribuye o separa las categorías mediante la asignación de números que tienen igual magnitud entre ellos. Es decir, se crea una escala en la que cada número se encuentra separado o distanciado de los demás por una magnitud idéntica, con lo cual el número de la escala asignado a cada categoría permite establecer la diferencia o distancia cuantitativa existente entre ésta y las demás categorías.⁶²⁸ En psiquiatría la medición intervalar es útil para medir algunos atributos de la personalidad de los pacientes como, por ejemplo, su inteligencia. Así, el cociente intelectual pretende medir las habilidades cognitivas de una persona en comparación con los demás individuos promedio de su grupo de edad. Para tal propósito, se aplica un test que permite clasificar a los sujetos asignándoles números comprendidos entre 60 y 140, donde 100 corresponde a una persona normal, 60 a los individuos con inteligencia inferior y 140 a los sujetos con inteligencia superior.

Finalmente, la medición también puede ser en escalas de *razón*. A diferencia de la escala *intervalar*, en ésta el cero (0) es indicativo de que el objeto o el evento no cumple ninguno de los atributos necesarios para pertenecer a alguna

⁶²⁶ Por ejemplo, la tabla de posiciones en una competición, la clasificación de los países por el nivel de ingresos de sus ciudadanos, etc., pertenecen a este tipo de medición. Al respecto, cfr. WIKIPEDIA. *Escalas de Medición*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Escalas_de_Medición, consultado el 14 de octubre de 2008; así también, cfr. FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 36. También puede consultarse VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 69. Para una explicación del concepto de escala de medición ordinal aplicada en psiquiatría, consultar DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 24.

⁶²⁷ Cfr. DSM-IV-TR, págs. 47-50.

⁶²⁸ Por ejemplo, la escala de grados centígrados para medir la temperatura, o la escala de números que se utiliza para calificar una prueba escolar. Al respecto, cfr. WIKIPEDIA. *Escalas de Medición*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Escalas_de_Medición, consultado el 14 de octubre de 2008; así también, cfr. FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, págs. 36. También se puede consultar VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 69. Para una explicación del concepto de escala de medición nominal aplicada en psiquiatría, consultar DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 25.

de las categorías medidas. De esta forma, se diferencia de la anterior medición en que la escala comienza en cero, siendo este indicativo de la ausencia de los atributos o características propios de alguna de las categorías.⁶²⁹ En psiquiatría las mediciones de razón son útiles, por ejemplo, para medir la evolución de la intensidad de una enfermedad en un periodo. En estos casos, el cero (0) determina los momentos de ausencia total y definitiva de la enfermedad, o de ausencia temporal de síntomas de la misma. En algunos pacientes con trastornos psicóticos, por ejemplo, la medida de razón permite identificar y diferenciar los periodos de alucinaciones de los de lucidez, mediante la creación de una escala en la que el cero es indicativo de los periodos de normalidad o ausencia de síntomas de la enfermedad (lucidez), y los demás números indican tanto los momentos de recaída en la enfermedad como la intensidad o gravedad del episodio de ruptura con la realidad.

El gran problema de la medición en psiquiatría, ya sea nominal, ordinal, intercalar o de razón, es que ella depende en la gran mayoría de los casos de variables que no son susceptibles de observación directa.⁶³⁰ De acuerdo con la doctrina psiquiátrica dominante, una de sus principales dificultades científicas se halla en la imposibilidad de aprehender directamente, mediante observación, el fenómeno psíquico. Ello parece obedecer, según la literatura disponible, a dos grupos de razones: i) en primer lugar, a que la introspección y la observación del comportamiento externo del paciente continúan siendo la forma común para acceder a los fenómenos psíquicos; y ii) en segundo lugar, a que el grado de desarrollo de nuestro conocimiento sobre la base biológica de los síntomas de la enfermedad mental es aún incipiente.⁶³¹

Frente a lo primero, cuando la medición es nominal nos enfrentamos al inconveniente de que los valores asignados a variables de interés psiquiátrico, como la inteligencia o la ansiedad del paciente, son producto de una interpretación que hace el médico al momento de valorar al paciente, y no son susceptibles de control mediante un método o una técnica que pueda

⁶²⁹ Es el caso de la escala de velocidad, de sonido o de calor, en las que el cero (0) significa ausencia de movimiento, sonido o calor, cfr. WIKIPEDIA. *Escalas de Medición*. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Escalas_de_Medición, consultado el 14 de octubre de 2008; así también, cfr. FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 37. También se puede consultar VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 69. Para una explicación del concepto de escala de medición nominal aplicada en psiquiatría, consultar DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 24.

⁶³⁰ "Whereas measurement or case ascertainment error is the incorrect classification of individuals according to variables of interest" (EATON, William W. et al. *Problems in the Definition and Measurement of Prevalence and Incidence of Psychiatric Disorders*, pág. 311). Así también en DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 19. En este mismo sentido, cfr. TACQ, Jacques. *Multivariate Analysis Techniques in Social Science Research*, pág. 5.

⁶³¹ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 3.

demostrar objetivamente su veracidad.⁶³² Para citar un ejemplo especialmente sensible en materia penal, el DSM-IV-TR incluye entre los criterios de diagnóstico de la pedofilia los siguientes síntomas: (i) “Durante un periodo de al menos 6 meses, fantasías sexuales recurrentes y altamente excitantes, impulsos sexuales o comportamientos que implican actividad sexual con niños prepúberes o niños algo mayores (generalmente de 13 años o menos)”; y (ii) “El individuo ha satisfecho estas necesidades sexuales, o las necesidades sexuales o fantasías producen malestar acusado o dificultades interpersonales”.⁶³³ Como puede verse, la medición de la pedofilia tiene implícitas una serie de variables psiquiátricas importantes que no son observables directamente, tales como la existencia de fantasías sexuales “recurrentes y altamente excitantes” con niños, o la producción de un “malestar acusado” en el paciente. La concurrencia o no de fantasías y/o malestar en el paciente, así como la determinación de si las fantasías son recurrentes y excitantes, o el malestar acusado, sólo es posible mediante una interpretación de la información disponible acerca del paciente. Por esta razón la medición de la pedofilia, o sea, la asignación del valor nominal correspondiente a la categoría denominada “pedofilia” a una patología específica, supone la realización de un juicio valorativo sobre variables que no son susceptibles de observación directa y, por ende, tampoco de control empírico.

Pero, por otra parte, cuando la medición es ordinal o intervalar nos enfrentamos a un problema semejante, ya que los diferentes niveles de gravedad, intensidad y/o frecuencia de la enfermedad son fijados teniendo como criterio de decisión la existencia de un “consenso” sobre la interpretación que debe darse a ciertos síntomas de la enfermedad.⁶³⁴ Desde el punto de vista estrictamente objetivo, la psiquiatría puede ofrecer pruebas empíricas para demostrar con qué frecuencia se hacen evidentes los síntomas de la enfermedad en determinado sujeto, o de qué manera esos síntomas afectan sus facultades mentales. Sin embargo, la determinación de si ese nivel de frecuencia debe clasificarse como alto, medio o bajo, o de si la manera en que los síntomas afectan las facultades mentales de sujeto es leve, media o crónica, es algo que depende, por un lado, de un juicio comparativo entre este sujeto y otros que padezcan la misma enfermedad, y por otro lado, del consenso al que llegue la comunidad psiquiátrica sobre la interpretación que debe darse a la frecuencia de manifestación de los síntomas y a la manera en que éstos afectan las facultades mentales del paciente.⁶³⁵

⁶³² *Ibid.*, pág. 70. Cfr. también TACQ, Jacques. *Multivariate Analysis Techniques in Social Science Research*, pág. 4.

⁶³³ DSM-IV-TR, pág. 640.

⁶³⁴ Cfr. ACHENBACH, Tomas M. *Assessment of Psychopathology*, pág. 47.

⁶³⁵ “Some concepts are anchored in a relatively precise way to observable phenomena (have operational definitions), while others represent mediating process that cannot be observed directly, but which may be defined in whole or in part by observable events (intervening variables and hypothetical constructs).

For a concept to have an operational definition means it can be fairly easily and unambiguously measured by a given procedure; however, in the each procedure – anxiety as measured by

Para citar un ejemplo, tomemos los criterios fijados en el DSM-IV-TR para diferenciar la dependencia leve, moderada y crónica al consumo de sustancias alucinógenas. Un especialista puede ofrecer evidencia empírica acerca de la cantidad de veces al día, a la semana, o al mes que un sujeto consume determinada sustancia alucinógena. Incluso podría ofrecer evidencia acerca de la forma en que se afectan sus funciones psíquicas y biológicas (fiebres, escalofríos, temblores, dolores, etc.) cuando el sujeto se abstiene de consumir esa sustancia. Ahora bien, determinar si la frecuencia con que un sujeto en particular consume esas sustancias, o si la manera concreta en que la abstinencia al consumo le afecta psíquica y biológicamente, hacen que su dependencia pueda ser clasificada como leve, moderada o crónica, es producto de un juicio comparativo e interpretativo realizado por la comunidad psiquiátrica. La sola observación de los síntomas de la enfermedad no ofrece los elementos de juicio necesarios y suficientes para determinar si ésta es leve, moderada o crónica. Los elementos de juicio para llevar a cabo esa clasificación surgen luego de que la comunidad psiquiátrica compara la situación de varios pacientes que padecen la misma enfermedad, y llega a un acuerdo sobre la interpretación y valoración de debe darse a la naturaleza, frecuencia, intensidad y consecuencia de los síntomas observables. En este sentido, es claro que los diferentes niveles en que se clasifica la dependencia a las sustancias alucinógenas sólo es producto del consenso al que han llegado los miembros del Comité Elaborador y los especialistas vinculados al correspondiente Grupo de Trabajo sobre la interpretación que debe darse a ciertos síntomas de esa enfermedad.

De hecho, si se tiene en cuenta que con sólo cambiar los criterios de valoración e interpretación de los síntomas, cambia la medición de la enfermedad, entonces parece que de alguna forma la escala de medición es un poco arbitraria. Piénsese que cualquier día la comunidad psiquiátrica podría llegar, con razón o sin ella, a la decisión de que determinada frecuencia con que se manifiestan los síntomas de una enfermedad ya no debe ser considerada alta, sino moderada. O supóngase que los elaboradores del manual de clasificación y diagnóstico de trastornos mentales llegan al consenso de que la manera en

*Taylor Manifest Anxiety Scale (a set of self-report items originally taken from the Minnesota Multiphasic Personality Inventory) is different from anxiety as measured by the galvanic skin reflex (GSR- sweating increasing the skin's electrical conductivity). For a concept to be classed as an intervening variable is to suggest that it represents an inferred, unobserved event that cannot yet be measured by current procedures, but which is closely tied to observable events and may be measured in the future; pathological symptoms viewed as habits represent intervening variables, which have yet to be satisfactory measured, although approximations have been tried. Still others concepts are even more speculative and are not as easily tied to observable, measurable events; many psychoanalytic concepts such as egos, superego, and libido represents such hypothetical constructs" (DIESENHAUS, Herman y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 19). Sobre este mismo problema en la investigación empírica en psiquiatría, cfr. TACQ, Jacques. *Multivariate Analysis Techniques in Social Science Research*. pág. 6, quien también reasalta la dificultad para efectuar mediciones ordinales en esta materia.*

que los síntomas afectan las funciones mentales del paciente ya no debe considerarse de intensidad leve, sino crónica. En todos estos casos, debe reconocerse que la enfermedad sigue siendo, desde el punto de vista objetivo, la misma. Es decir, la enfermedad sigue manifestándose exteriormente de la misma forma. Lo único que ha cambiado es el acuerdo sobre la valoración e interpretación de aquella.

Si sumado a lo anterior se tiene en cuenta que el método o procedimiento utilizado para fijar la valoración e interpretación de los síntomas de la enfermedad no se ciñe a criterios puramente objetivos, que sean susceptibles de control mediante pruebas empíricas, entonces parece que de alguna forma “*las unidades de las escalas son arbitrarias*”.⁶³⁶ Al final de cuenta, lo único que viene a legitimar la decisión de clasificar determinado tipo de enfermedad como grave, moderada o leve es el *consenso* al que llegan un grupo de profesionales que, por más especialistas que sean, no son infalibles y, por consiguiente, son susceptibles de caer en un error colectivo de apreciación o de ser sugestionados en sus decisiones por factores políticos, culturales, religiosos, estéticos, etc.⁶³⁷

2.4. Variaciones dentro de una misma categoría nosológica:

La formulación del problema al comienzo de una investigación psiquiátrica, como en cualquier otra disciplina, implica la elección y delimitación de aquello que resulta de particular interés para el estudio. La selección de los aspectos relevantes para la investigación es un procedimiento que “*se basa en consideraciones teóricas y no estadísticas*”,⁶³⁸ por cuanto el investigador aplica sus conocimientos médicos para discriminar entre aquello que resulta psiquiátricamente importante y aquello que no. Cosa distinta es que luego de haber identificado aquellos eventos, características o elementos psiquiátricamente relevantes resulte indispensable transformarlos en afirmaciones o proposiciones susceptibles de medición estadística. La traducción de la decisión teórica del psiquiatra sobre aquello en lo que debe concentrarse la investigación, a un lenguaje apropiado para la medición estadística, se conoce como la fase del *diseño experimental*, y es el momento en el que tiene lugar la tercera fuente de error que nos interesa.

⁶³⁶ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 70.

⁶³⁷ “*Reliability. Data obtained on all measuring instrument are subject to numerous random influences that cause scores to vary unpredictably from the occasion to the next. To the extent that these errors occur, the findings may be considered to be unreliable; that is, they are not consistent and predictable, and therefore cannot be depended on for interpretive purposes. Reliability reflects the operation of errors that distort measurement scores in a random rather than a systematic way. A reliable instrument is one that is resistant to these unsystematic errors*” (DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 27).

⁶³⁸ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 70.

La parte más delicada del proceso de diseño experimental de un estudio psiquiátrico, es la elección de las diferentes *variables* que deberán ser consideradas en el estudio.⁶³⁹ Las variables pueden definirse como aquellos “*elementos de una formula, proposición o algoritmo que puede adquirir o ser sustituido por un valor cualquiera*”.⁶⁴⁰ Se trata de elementos que pueden adquirir diferentes características, valores o magnitudes dentro de la investigación, y desde el punto de vista estadístico pueden ser *dependientes*,⁶⁴¹ *independientes*⁶⁴² o *perturbadoras*.⁶⁴³

Los estudios psiquiátricos realizados para identificar o delimitar las enfermedades mentales seleccionan sus variables dependiendo del problema que pretendan abordar, intentando abarcar todos los factores que pueden llegar a tener incidencia en los resultados de la investigación. Por esta razón, en algún sector de la psiquiatría se suele diferenciar, además, entre las variables de *estímulo*, de *respuesta* y *orgánicas*, dependiendo de su naturaleza y relación con la enfermedad mental que se estudia.⁶⁴⁴ Según la pregunta que se plantee como materia de investigación, diferentes aspectos o características de las patologías pueden ser seleccionados como variables de estímulo, de respuesta u orgánicas, y a su vez cada una de éstas, clasificada como variables dependientes, independientes o perturbadoras. Por ejemplo, piénsese en una investigación que tiene por objeto establecer si existe alguna relación de tipo causal entre un defecto genético a nivel cerebral (variable orgánica) y

⁶³⁹ Cfr. DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 17.

⁶⁴⁰ WIKIPEDIA. *Variable*. En: <http://es.wikipedia.org/wiki/Variable>, consultado el 21 de octubre de 2008. Una definición similar puede encontrarse en DURÁ PEIRÓ, José. *Fundamentos de Estadística*, pág. 9. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 77. Sobre las diferentes clases de variables puede consultarse PÉREZ LÓPEZ, César. *Estadística*, pág. 3.

⁶⁴¹ “Es la variable sobre la que se quieren analizar los efectos de las variables independientes” (VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 71).

⁶⁴² “Variable cuya influencia sobre la dependiente se quiere estudiar. En los estudios experimentales se haya bajo control directo del investigador (de ahí su nombre). En los observacionales los sujetos se asignan a diferentes grupos sobre la base de su valor. En este tipo de situaciones quizás sea más apropiado denominarla predictor y a la variable dependiente criterio”. (Ibíd).

⁶⁴³ “Son variables que no interesan en el estudio, pero que afectan la variable dependiente”. (Ibíd).

⁶⁴⁴ “The variables which psychologist observes in research may be presented as response variables, stimulus variables, and organismic variables. These three terms are used in a broad sense. Response, for example, is used to designate any kind of behaviour or action of the organism. Some responses may be very simple in nature, such as a finger flexion, and others may highly complex, such as the behaviour we call aggression. Stimulus variables also range in complexity. In some experiments the stimulus may be of a relatively simple kind, as a flash of light. In other experiments the stimulus represents a complex social situation.

Any property or character of the organism may, in a given experiment, be called an organismic variable. A clear-cut example of an organismic variable would be height or weight, neither of which seem property to fit within the class of stimulus or response variables” (EDWARDS (1954). Op. cit en DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 20).

un cuadro clínico presumiblemente constitutivo de una enfermedad mental (variable de respuesta). En este caso, supongamos que la investigación tiene por objeto establecer de qué forma el defecto genético hallado en un grupo de pacientes (población estadística), causa una serie de síntomas que afectan negativamente su patrón comportamental, ponen en riesgo su vida y limitan algunas de sus funciones psíquicas fundamentales (v.g., la memoria).

Dado que lo que estudiamos es el efecto que sobre el cuadro clínico tiene el defecto genético, entonces la naturaleza, la gravedad y la intensidad de este último podrían ser seleccionadas como las variables independientes del estudio. Por su parte, ya que nos interesa saber cómo se comportan los síntomas frente a variaciones en la naturaleza, la gravedad o la intensidad del defecto genético, entonces la naturaleza, la frecuencia o la intensidad de los síntomas observados puede ser seleccionada como la variable dependiente. Otros aspectos como por ejemplo la educación del paciente, su nivel socioeconómico, su entorno familiar, su historia personal, etc., pueden ser considerados como variables perturbadoras, ya que si bien ellas afectan de alguna manera la variable dependiente (cuadro clínico), no están bajo el control (observación directa y manipulación) del investigador.

Dentro de una investigación psiquiátrica lo que comúnmente se espera es que los cambios de magnitud o valor en las variables independientes, produzcan cambios susceptibles de medición en la variable dependiente. De esa forma el suceso, objeto o fenómeno seleccionado como variable dependiente puede explicarse en términos causales como consecuencia de las modificaciones producidas en los sucesos, objetos o fenómenos elegidos como variables independientes. Cuando ello ocurre, los estadísticos y los psiquiatras concluyen que las dos clases de variables están *correlacionadas*,⁶⁴⁵ en el sentido que existe entre ellas una relación lineal consistente en que las modificaciones en los valores de la variable independiente producen sistemáticamente una variación respecto de los valores homónimos en la variable dependiente.⁶⁴⁶ El grado de esa correlación, así como su sentido y su forma, pueden ser calculados mediante la aplicación de un modelo matemático bastante complejo, cuyo estudio se encuentra por fuera del alcance de este trabajo.⁶⁴⁷ En lo que

⁶⁴⁵ Cfr. WIKIPEDIA. *Correlación*. En: <http://es.wikipedia.org/wiki/Correlaci%C3%B3n> , consultado el 21 de octubre de 2008. Para una explicación más detallada puede consultarse WONNACOTT, Thomas. *Fundamentos de Estadística*, pág. 115; o también FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos. *Curso de Estadística Descriptiva*, pág. 324.

⁶⁴⁶ “Reliability does not assure accuracy. A measuring instrument may produce highly dependable and predictable reading, but be consistently wrong, that is, be systematically and uniformly distorted, or measure some concepts or events other than is supposed to represent. Accurate representation is what is meant by validity; more specifically, a research measure is valid when it has been shown, in fact, to correlate with (concurrent validity) or predict criterion behaviours (predictive validity) that signify the concept under study” (DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 24).

⁶⁴⁷ Por ejemplo, cuando las variables psiquiátricamente relevantes son nominales, el análisis de la correlación se puede llevar a cabo mediante la prueba de chi cuadrado (X²). En la elección del tipo de prueba de correlación influye una gran cantidad de factores, tales como si los datos

nos interesa, basta con entender que el hallazgo de una correlación estadística entre variables psiquiátricamente relevantes constituye un gran logro en esta materia. Téngase en cuenta que la posibilidad de demostrar matemáticamente que existe una correlación entre variables psiquiátricas, equivale a contar con una prueba empírica, objetiva y controlable sobre la cual puede soportarse científicamente una teoría, por ejemplo, sobre las causas biológicas de determinada enfermedad mental, sobre los beneficios de determinado tratamiento psiquiátrico, o sobre la forma de prevenir determinado trastorno en pacientes propensos biológicamente a él.

La dificultad que afrontan muchos de los estudios psiquiátricos consiste en que no siempre las patologías se manifiestan exteriormente de igual forma, ni tienen necesariamente el mismo curso de evolución. En psiquiatría es muy común que dos pacientes diagnosticados dentro de la misma categoría nosológica, o sea, con la misma enfermedad, lleguen eventualmente a presentar etiologías, cuadros clínicos o cursos de evolución diferentes. Pequeñas variaciones individuales entre pacientes diagnosticados con el mismo trastorno, son bastante comunes y hasta cierto punto normales, pues cada individuo es un universo psicobiológico diferente y por ello la enfermedad se manifiesta de una forma un poco distinta en cada paciente. No obstante, cuando las diferencias individuales son muy frecuentes y de tal magnitud que ya no pueden explicarse simplemente como consecuencia de la individualidad propia de la forma en que se manifiesta en cada paciente, entonces es claro que algo pudo haber fallado en el proceso de delimitación diagnóstica de la enfermedad.⁶⁴⁸

*“El DSM-IV es una clasificación categorial que divide los trastornos mentales en diversos tipos basándose en series de criterios con rasgos definitorios. La formulación de categorías es el método habitual de organizar y transmitir información en la vida diaria, y ha sido el enfoque fundamental empleado en todos los sistemas de diagnóstico médico. Un enfoque categorial es siempre más adecuado cuando todos los miembros de una clase diagnóstica son homogéneos, cuando existen límites claros entre las diversas clases y cuando las diferentes clases son mutuamente excluyentes. Sin embargo, deben reconocerse las limitaciones del sistema de clasificación categorial. En el DSM-IV no se asume que cada categoría de trastorno mental sea una entidad separada, con límites que la diferencian de otros trastornos mentales o no mentales. Tampoco hay certeza de que todos los individuos que padezcan el mismo trastorno sean completamente iguales. El clínico que maneje el DSM-IV debe considerar que es muy probable que las personas con el mismo diagnóstico sean heterogéneas, incluso respecto a los rasgos definitorios del diagnóstico, y que los casos límite son difíciles de diagnosticar, como no sea probabilísticamente.”*⁶⁴⁹

están o no apareados, el tamaño de la muestra, la forma en que la variable dependiente se distribuye y sus varianzas, etc. Además, las pruebas que pueden practicarse son de muy diferentes tipos. Por ejemplo, pruebas paramétricas como la *Prueba t*, la *Prueba Chi Cuadrado*, la *Prueba Binomial*, la *Prueba Anderson-Darling*, entre muchas otras; o no paramétricas, como la *Prueba de Contraste de Pearson* o la *Prueba de Kolmogorov-Smirnov*.

⁶⁴⁸ Cfr. BEISER, Morton. *Psychiatric Epidemiology*, pág. 609. Este autor comenta la realización de algunos estudios empíricos que demuestran que pacientes clasificados en una misma categoría nosológica presentan síntomas distintos, pertenecientes a otras categorías distintas, lo cual vendría a agravar la situación: ya no se trata sólo de variaciones dentro de una misma categoría nosológica, sino también de comorbilidad.

⁶⁴⁹ DSM-IV-TR, pág. XXX

Entre muchas otras razones, estas diferencias entre pacientes diagnosticados dentro de una misma patología pueden deberse a la existencia de un factor determinante de la enfermedad que es desconocido, o que no fue adecuadamente considerado dentro de la investigación. En estos casos la existencia de factores biológicos, personales, ambientales, etc., que no fueron considerados en los estudios psiquiátricos previos, podría explicar las diferencias encontradas entre los dos pacientes de diferentes formas. Por ejemplo, si se tomaran en consideración estos factores, podría llegarse a la conclusión de que en realidad los dos pacientes no pertenecen a la misma categoría nosológica, sino que padecen patologías completamente diferentes, o podría también concluirse que en realidad sí se trata de la misma enfermedad, pero que el factor etiológico principal no es el que originalmente se había señalado, sino otro diferente que era desconocido.

Desde el punto de vista del método estadístico, estas situaciones pueden presentarse como consecuencia de un proceso deficiente de selección de las variables, causado por desconocimiento de algunos factores que tienen relevancia en la patología, o por subestimación de su injerencia.⁶⁵⁰ Por ejemplo, cuando no se sabe que existen factores ambientales que pueden ser codeterminantes de una enfermedad mental, estos pueden no ser considerados dentro del estudio. Así mismo, si se sabe que existen pero se subestima la importancia de su efecto causal, podría suceder que fueran considerados tan sólo como variables perturbadoras, de modo que no se les prestara particular atención en el curso de la recolección de datos y de medición. En cualquiera de estos casos, la falla en el proceso de clasificación de los factores ambientales como variables dentro de la investigación puede explicar el hecho de que el estudio deje fuera una de las principales causas de la enfermedad. Debido a esta circunstancia, puede presentarse que dos individuos diagnosticados en la misma categoría nosológica presenten un curso de evolución de la enfermedad que no corresponde con lo indicado en los manuales de clasificación y diagnóstico, a causa de la diferente influencia que

⁶⁵⁰ *“Assumption often refer to characteristics of variables that are associated with the problem under study, but are not investigated because the researcher: (a) believes them to be of minor importance; (b) contends that they operate as a constants, and, therefore, will have uniform effects upon the results; or (c) is unable, for various reasons, to include them within the project design and hopes that their omission will not obscure an evaluation of the central hypothesis. The assumption an investigator makes may prove unwarranted, seriously limiting the validity or generalizability of his research finding. Keisler (1966), in what he has termed “uniformity assumption myths” notes that many studies of treatment efficacy have spuriously assumed homogeneity in both patient and therapist characteristic; not only does he contend that these homogeneity assumption are unjustified but also in making them, investigators have markedly restricted the clarity and generalizability of their data. For example, in a study of “psychotherapy” with “schizophrenics”, an investigator might assume: (a) that all forms of psychotherapy are equally efficacious; (b) that there are no differences in therapist variables that can influence therapeutic efficacy; and (c) that schizophrenics are homogeneous with regard to all characteristic predictive of response to psychotherapy. Note of these assumptions can be substantiated, and Keisler suggest that such investigations be deferred until the assumptions themselves are fully researched” (DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 18).*

sobre cada uno de ellos ejerce el factor ambiental dejado por fuera de la investigación psiquiátrica.

En conclusión, puede decirse que el escaso conocimiento sobre todos los factores que pueden contribuir al desarrollo de enfermedades mentales, o una inadecuada apreciación de la importancia que estos tienen, puede producir fallas en el proceso de elección de las variables psiquiátricamente relevantes, lo que a su vez genera errores graves de inferencia que dificultan el proceso de identificación, clasificación y diagnóstico de los trastornos mentales.

3. Problemas inherentes a la práctica clínica de la psiquiatría: especial referencia a la clasificación y el diagnóstico clínico de las patologías.-

La fiabilidad de las conclusiones psiquiátricas sobre el estado mental de un individuo no sólo se ve resquebrajada por las dificultades que deben enfrentarse durante el proceso de identificación, delimitación y clasificación general de las patologías. Aun cuando pudiera sostenerse, en gracia de discusión, que la delimitación y la clasificación de las enfermedades contenidas en los manuales de diagnóstico son 100% confiables, es posible que durante el proceso de evaluación de cada caso clínico real se presenten circunstancias que incrementan considerablemente la probabilidad de error.

Como punto de partida quisiera señalar que el diagnóstico clínico de las enfermedades mentales es un proceso excesivamente complejo. Determinar qué enfermedad padece el paciente, cuál será su curso de evolución probable, cuál es el mejor tratamiento existente, etc., exige considerar una importante cantidad de variables que, en no pocas oportunidades, excede la capacidad profesional del psiquiatra. Debido a esta circunstancia, la psiquiatría se ha preocupado a lo largo del último siglo por desarrollar métodos de diagnóstico y evaluación del paciente que sean confiables. Son muchos los métodos de diagnóstico conocidos, pero la literatura psiquiátrica dominante suele clasificarlos en cuatro grandes grupos: el diagnóstico sintomático, el diagnóstico sindrómico, el diagnóstico de enfermedades anatómicamente definido y el diagnóstico etiológico.

(i) El diagnóstico sintomático,⁶⁵¹ como su nombre lo indica, consiste en la identificación y clasificación de las enfermedades mentales teniendo como criterio de selección la naturaleza, intensidad y frecuencia de los síntomas manifestados en el paciente. En opinión de algunos autores, *“los diagnósticos sintomáticos o pseudoanatómicos, como la fiebre, el dolor de cabeza, o la*

⁶⁵¹ Para una crítica al modelo de diagnóstico sintomático, Cfr. KANFER, Frederick H. y SASLOW, George. *Behavioural Analysis: an Alternativ to Diagnosis Clasification*, pág. 52. Estos autores proponen un modelo conductista de diagnóstico, el que sin embargo no parece haber tenido mucho eco en la doctrina.

diarrea crónica, no aportan nada al clínico en términos de comunicación de información respecto al tratamiento y pronóstico".⁶⁵² Debido a que muchos síntomas son comunes a varias enfermedades, este criterio no es útil para identificar el tipo de patología que sufre el paciente y tampoco sirve para determinar su pronóstico y tratamiento.

(ii) El diagnóstico sindrómico consiste en la identificación y clasificación de las enfermedades mentales mediante la aglomeración o agrupación de síntomas que, probabilísticamente, son coexistentes. El síndrome que compone la enfermedad mental es producto de un estudio empírico que se basa en la probabilidad de que esos síntomas coexistan. La gran fortaleza del diagnóstico sindrómico es su capacidad predictiva y, por ende, su utilidad práctica y terapéutica. El DSM está compuesto casi por completo de la descripción de síndromes, tal como puede constatarse con la sola lectura de las *características diagnósticas* definidas para cualquier enfermedad: lo que allí se encuentra es una relación de los diferentes síntomas que coexisten y que definen y delimitan la patología. No obstante, se ha señalado que muchos de los síndromes descritos en el DSM-IV-TR no han sido validados, tal como lo demuestra el hecho de que ante *"la ausencia de una prueba para asegurar la precisión de las enfermedades psiquiátricas sindrómicas, los clínicos deben reconocer que estas enfermedades pueden reflejar más de una etiología o mecanismo patógeno"*.⁶⁵³

(iii) El diagnóstico anatómico, predominante durante el siglo XIX, se preocupa por identificar y clasificar las enfermedades mediante la ubicación del tejido, órgano o sistema en que se halla la causa de la enfermedad. En psiquiatría es de muy poca utilidad, pues afirmar que la enfermedad mental se debe a un defecto genético, metabólico, endocrino, infeccioso o traumático a nivel del cerebro, ayuda muy poco a comprender la enfermedad. Además, nuestro conocimiento actual de la estructura y funcionamiento del cerebro no es suficiente para poder ubicar las enfermedades mentales con la precisión que se requeriría para poder comprender totalmente su etiología y para elaborar un pronóstico y tratamiento acertado de la enfermedad.⁶⁵⁴

(iv) Por último, el diagnóstico etiológico basa la identificación y clasificación de las enfermedades mentales en su causa.⁶⁵⁵ Este método de diagnóstico sólo resulta de utilidad en aquellos casos en que las causas de la enfermedad mental son realmente explícitas, como cuando se deben a un defecto orgánico morboso evidente (p. ej., un tumor). Sin embargo, en psiquiatría estos casos son la minoría, pues predominan las patologías de causa desconocida. En

⁶⁵² CAINE, Eric D. *Determinación de las Causas en Psiquiatría*, pág. 4.

⁶⁵³ *Ibíd.*

⁶⁵⁴ *Ibíd.*

⁶⁵⁵ Para una crítica al modelo de diagnóstico etiológico, Cfr. KANFER, Frederick H. y SASLOW, George. *Behavioural Analysis: an Alternativ to Diagnosis Clasification*, pág. 52. Estos autores proponen un modelo conductista de diagnóstico, el que sin embargo no parece haber tenido mucho eco en la doctrina.

muchos casos, se conocen algunos de los factores que contribuyen a la producción de la enfermedad, pero se reconoce que ésta puede ser codeterminada por otros que aún no se ha logrado identificar.

La doctrina psiquiátrica dominante reconoce que ninguna de estas clases de diagnóstico ofrece por sí sola la confiabilidad que se requiere para reducir la probabilidad de error en la práctica clínica. Debido a la diversidad de modelos psiquiátricos y a la imposibilidad de decantarse por sólo uno de ellos, la gran mayoría de los psiquiatras clínicos ha optado por aplicar en la práctica un modelo ecléctico que intenta, hasta donde le es posible, combinar las diferentes perspectivas. La idea es aprovechar las fortalezas de cada modelo, extrayendo lo que cada uno puede aportar a la práctica clínica, para producir sinergias que contribuyan a resolver efectivamente el problema de salud mental del paciente. De esta forma, la psiquiatría clínica ha intentado ponerse por encima del debate sobre la definición y las causas de la enfermedad mental, y ha acogido un modelo que, pese a no estar claramente conceptualizado, se funda en la idea de que los trastornos son el producto de la coexistencia y articulación de factores de naturaleza biológica, psicológica y social. En la actualidad, la literatura psiquiátrica muestra una inclinación por modelos que definen la enfermedad mental como un fenómeno pluriforme y multifactorial, en el que *“hay mucho de ‘mental’ en lo físico y mucho de ‘físico’ en lo mental”*.⁶⁵⁶ En este sentido, podría decirse que en gran parte la renuencia de la doctrina mayoritaria a acoger uno cualquiera de estos métodos, como modelo único de diagnóstico clínico de las enfermedades mentales, se debe a la superación del paradigma cartesiano de la diferencia entre mente y cuerpo.⁶⁵⁷

Los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales más prestigiosos (DSM-IV-TR y CIE-10) han adoptado este enfoque *bio-psico-social* de la enfermedad mental, y por ello los profesionales que intervinieron en su preparación llegaron al consenso de elaborar un sistema de clasificación que fuera compatible con un modelo de diagnóstico denominado *«multiaxial»*.⁶⁵⁸ En el caso del DSM-IV-TR, además del manual de clasificación y diagnóstico, la Asociación Americana de Psiquiatría dispuso la redacción de un breviario denominado *Criterios Diagnósticos DSM-IV-TR*, el cual fue pensado para ser usado junto con el manual, como un texto de pequeño tamaño que facilitara al psiquiatra la consulta rápida de los criterios diagnósticos en su práctica

⁶⁵⁶ CAMPO ARIAS. *Hacia un abordaje integral: el diagnóstico multiaxial*, pág. 32.

⁶⁵⁷ Al respecto, cfr. BUNGE, Mario. *Mente y Sociedad*. También cfr. DSM-IV-TR, pág. XXIX; RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 1, quienes ofrecen un cuestionamiento crítico a la supuesta ruptura de ese paradigma, desde la perspectiva de la realidad clínica.

⁶⁵⁸ Cfr. GOLDSTEIN, Reed D. y GRUENBERG, Alan M. *Evaluación Multiaxial en el siglo XXI*, pág. 143; BERNER, P. y KATSCHING, H. *Improving the quality of diagnostic systems: multiaxiality and the polydiagnostic approach*, pág. 31. La Asociación Mundial de Psiquiatría patrocinó un estudio sobre las experiencias de diferentes psiquiatras a nivel internacional con la aplicación del método multiaxial, cuyas conclusiones pueden encontrarse en FABREGA, H., MEZZICH, J y MEZZICH, A. *An International Consultation on Multiaxial Diagnosis*, pág. 51.

cotidiana. En este breviario se expone de forma concisa, pero clara y completa, el enfoque diagnóstico que resulta adecuado para el sistema de clasificación utilizado por el DSM. Allí se señala que para incrementar la eficacia de los criterios de clasificación descritos en el manual, el profesional debe hacer uso de un sistema *multiaxial* de diagnóstico o evaluación del paciente, el cual “*implica una evaluación en varios ejes, cada uno de los cuales concierne a un área distinta de información que puede ayudar al clínico en el planteamiento del tratamiento y en la predicción de los resultados*”.⁶⁵⁹ En términos más sencillos, el enfoque o modelo multiaxial de evaluación o diagnóstico psiquiátrico:

“tiene por objetivo hacer una valoración global del estado de salud del individuo incluyendo un diagnóstico mental, un diagnóstico físico, un diagnóstico social y una evaluación del funcionamiento en diferentes áreas de importancia según la edad y la condición académica y social”.⁶⁶⁰

Por principio, es importante subrayar que no existe un acuerdo acerca del número de áreas de evaluación que debe comprender el método multiaxial, ni sobre los aspectos que debe contener el estudio de cada uno de ellos.⁶⁶¹ Sin embargo, para lograr un diagnóstico integral que comprenda la totalidad de los aspectos bio-psico-sociales de interés psiquiátrico, el DSM-IV-TR fue diseñado para utilizarse mediante un método de evaluación multiaxial dividido en cinco ejes:

El eje I incluye los trastornos que fueron objeto de clasificación en el manual, excepto los trastornos de la personalidad y el retraso mental. Para los autores del manual, en este eje se deben registrar todos los trastornos mentales a los cuales se adecue la descripción de los síntomas que padezca el paciente, teniendo en cuenta que existen categorías que son mutuamente excluyentes y otras que pueden ser coexistentes. Para tal efecto, el profesional debe prestar especial atención a la información que suministra el manual sobre los síntomas y trastornos asociados y sobre el diagnóstico diferencial. Cuando el paciente cumpla los criterios para ser incluido en más de una categoría, el psiquiatra debe identificar el diagnóstico principal y, para ello, debe identificar cuál es el motivo de la consulta (en la asistencia ambulatoria) o del internamiento (en el caso de asistencia hospitalaria).⁶⁶²

El eje II registra los trastornos de la personalidad, el retraso mental, los mecanismos de defensa del paciente y las características desadaptativas de su personalidad. Normalmente los síntomas de los trastornos mentales son mucho

⁶⁵⁹ BREVIARIO. CRITERIOS DIAGNÓSTICOS DSM-IV-TR, pág. 33.

⁶⁶⁰ CAMPO ARIAS. *Hacia un abordaje integral: el diagnóstico multiaxial*, pág. 33.

⁶⁶¹ Cfr. BERNER, P. y KATSCHING, H. *Improving the quality of diagnostic systems: multi-axiality and the polydiagnostic approach*, pág. 32. Una crítica al modelo multiaxial por falta de consenso sobre sus ejes de evaluación puede encontrarse en COOPER, John. *Logical Basis for the structure of multiaxial descriptions of psychiatric patients*, pág. 57. Así mismo, un estudio crítico-comparativo entre los ejes que componen los diferentes sistemas multiaxiales puede encontrarse en PERRIS, Carlo. *Choice of the axes in multi-axial classification of mental disorders*, pág. 75.

⁶⁶² BREVIARIO. CRITERIOS DIAGNÓSTICOS DSM-IV-TR, pág. 34.

más llamativos, y suelen atraer la atención del psiquiatra, creando una proclividad a subestimar u olvidar el análisis de los rasgos de la personalidad del paciente. De igual forma, los trastornos de la personalidad y el retraso mental, cuando coexisten con algún otro trastorno mental, pueden llegar a pasar desapercibidos. El eje II ha sido pensado para evitar que los aspectos psiquiátricamente relevantes de la personalidad del paciente, que pueden o no coexistir con los síntomas de los trastornos mentales, pasen desapercibidos. Por ello también los trastornos de la personalidad y el retraso mental, que son en realidad auténticas enfermedades mentales, pero que pueden coexistir con, y solaparse tras, otros trastornos, fueron puestos en este apartado.⁶⁶³ Además, factores determinantes de la enfermedad estudiados en este eje son producto de una larga evolución y de difícil modificación en el corto plazo, por lo que deben ser especialmente consideradas al momento de elegir el tratamiento correspondiente.⁶⁶⁴

En el eje III se examinan las enfermedades médicas diagnosticadas en el paciente que pueden llegar a tener relevancia psiquiátrica. Las enfermedades médicas pueden influir de diferente manera en la salud mental del paciente. Por ejemplo, puede suceder que el trastorno mental sea consecuencia de una enfermedad médica, caso en el cual diremos que aquella tiene una etiología demostrada de base orgánica. Puede también ocurrir que el trastorno mental no sea más que una reacción psicológica a una enfermedad médica, sin que pueda decirse que ésta es la causa de aquella, o podría decirse también que en algunos casos la enfermedad médica no tiene relación directa o causal con el trastorno mental, pero esta debe tenerse en cuenta como un factor retardante u obstaculizante en la efectividad del tratamiento psiquiátrico aplicable. La importancia de este eje III es, entonces, asegurar que haya una valoración adecuada del estado de salud física del paciente, y que ésta sea considerada en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de su estado mental.⁶⁶⁵

El eje IV explora las variables de naturaleza psicosocial y ambiental que tienen relevancia psiquiátrica, porque actúan como factores determinantes del diagnóstico, el pronóstico o el tratamiento de las enfermedades mentales. En este apartado deben registrarse los denominados <<estresantes negativos>>, definidos como aquellos eventos o acontecimientos negativos ocurridos recientemente en la vida del paciente que pueden tener incidencia en la aparición del trastorno mental: problemas de tipo familiar, un divorcio, malas relaciones laborales, dificultades económicas, problemas judiciales, etc. De acuerdo al DSM-IV-TR, el psiquiatra debe registrar los estresantes negativos ocurridos dentro del año anterior a la evaluación actual del paciente, siempre que tengan relevancia psiquiátrica. En cuanto a los estresantes positivos, como el inicio de una nueva relación sentimental, las promociones laborales o el ascenso socioeconómico, estos también deben registrarse cuando pueden

⁶⁶³ *Ibíd.*

⁶⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 35.

constituir un factor determinante de la enfermedad mental: por ejemplo, porque la persona tiene dificultades para adaptarse a su nueva condición, o es causa de aumento de la ansiedad.⁶⁶⁶

Finalmente, en el eje V se hace un estudio de desempeño a nivel global de la actividad del sujeto. Este eje tiene como objetivo establecer la forma en que el trastorno mental afecta el desempeño premórbido (anterior al trastorno) de las relaciones entre el sujeto y su entorno. La evaluación comparativa del desempeño interpersonal, académico, laboral y familiar del sujeto, antes y después de la aparición de la enfermedad, es el propósito central de este eje. Para realizar este estudio, el Comité Elaborador del DSM-IV-TR recomienda la utilización de la *Escala de Evaluación de la Actividad Global* (EEAG), la cual se divide en 10 niveles de actividad que el psiquiatra debe valorar asignando puntuaciones entre cero y diez (0-10). Al final, el profesional asigna un valor único entre cero y cien (0-100), mediante el cual intenta reflejar del modo más preciso posible el nivel global de actividad del individuo.⁶⁶⁷

La evaluación multiaxial es también en la actualidad el método recomendado por la Organización Mundial de la Salud para el diagnóstico de las enfermedades contenidas en el CIE-10. Sin embargo, esa organización utiliza otra escala de ejes para diferenciar, clasificar y sistematizar la información importante para el diagnóstico de las enfermedades mentales. A diferencia de la Asociación Americana de Psiquiatría, el método multiaxial recomendado por la Organización Mundial de la Salud está integrado fundamentalmente por cuatro ejes: en el eje I se estudian todos los trastornos mentales, incluidos los trastornos de la personalidad y el retraso mental; en el eje II se explora el grado de discapacidad del individuo causado por el trastorno; el eje III se ocupa del estudio de los factores ambientales; y en el eje IV se registran los aspectos psiquiátricamente relevantes de la calidad de vida del paciente.⁶⁶⁸

Cualquiera sea el modelo multiaxial que se siga (el recomendado por la Asociación Americana de Psiquiatría o el de la Organización Mundial de la Salud), lo importante es que la doctrina dominante se ha decantado por aplicar en la práctica un método de abordaje del paciente que le impone al psiquiatra la tarea de intentar comprender la enfermedad como un todo, es decir, en sus dimensiones biológica, psicológica y social. Los manuales de clasificación y diagnóstico reconocen que el tratamiento clínico de la enfermedad supera en mucho la complejidad de la especulación teórica, y son bien conscientes de que ninguno de los modelos teóricos permite por sí solo comprender cabalmente el hecho psiquiátrico. Por esta razón, la práctica psiquiátrica termina siendo, al final de cuentas, un ejercicio ecléctico en el que se fusionan, conscientemente, las diferentes corrientes de pensamiento sobre la naturaleza y causas de la enfermedad mental. De esta forma, el diagnóstico de la

⁶⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 37.

⁶⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 39.

⁶⁶⁸ CAMPO ARIAS. *Hacia un abordaje integral: el diagnóstico multiaxial*, pág. 35.

enfermedad no es el producto de una decisión rigurosamente apegada a los presupuestos de una determinada escuela psiquiátrica, sino consecuencia del sincretismo de diferentes percepciones desde las que se recibe cualquier aportación que permita ofrecerle al paciente una esperanza de rehabilitación.

Ahora bien, sin perjuicio de las bondades que puede ofrecer el método multiaxial para el diagnóstico de las enfermedades mentales, es importante entender que éste no se encuentra libre de críticas y cuestionamientos. En lo que sigue intentaré presentar dos de sus más importantes limitaciones, dando por descontado que pueden mencionarse otras que por ahora no son de especial importancia para los propósitos de este trabajo.

3.1. Limitaciones derivadas de la entrevista:

Una de las preguntas más importantes que deben hacerse sobre la evaluación multiaxial es la relativa a las fuentes de las que puede extraerse la información para el diagnóstico. Está claro que para efectuar un diagnóstico completo, que comprenda todos los elementos bio-psico-sociales de interés psiquiátrico, se requiere contar con información suficiente sobre la vida del paciente. Podría decirse que esta información es la materia prima del diagnóstico, y por ello la calidad de sus conclusiones depende también de la calidad de sus fuentes.

Los manuales de psiquiatría y los manuales de clasificación y diagnóstico, subrayan la importancia que tiene la entrevista con el paciente, y/o con sus familiares, como fuente de información para el diagnóstico.⁶⁶⁹ En la literatura psiquiátrica pueden encontrarse tratados completos sobre las diferentes técnicas de entrevista, y en cada uno de ellos se hallan múltiples referencias a diferentes clasificaciones de las mismas;⁶⁷⁰ incluso hay tratados sobre la entrevista en cada uno de los ejes que componen el método multiaxial.⁶⁷¹

En relación con las diferentes clasificaciones que existen para la entrevista clínica, es pertinente mencionar que cada modelo psiquiátrico cuenta no sólo

⁶⁶⁹ Es importante entender que en psiquiatría se conocen al menos dos clases de entrevistas: **entrevistas de evaluación o diagnóstico**, y **entrevistas terapéuticas**. En este trabajo, dado el tema que nos interesa, nos ocupamos y referimos sólo a las entrevistas de evaluación o de diagnóstico. Una presentación general de ambos tipos de entrevistas puede encontrarse en GREBEN, Stanley. *Being with the Patient*, pág. 78. Sobre la entrevista como fuente de información para el psiquiatra, cfr. ULETT, George. y SMITH, Kathleen. *A synopsis of contemporary psychiatry*, pág. 14. Cfr. también GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 25.

⁶⁷⁰ Cfr. por ejemplo, OTHMER, Ekkerhard y OTHMER, Sieglin. *DSM-IV-TR. Entrevista Clínica. Tomos I y II*; GRADILLAS GONZÁLEZ, Vicente. *La Entrevista Clínica*, o BORRELLI i CARRIÓ, F. *Manual de Entrevista Clínica para la Atención Primaria en Salud*.

⁶⁷¹ Cfr. por ejemplo, FIRST, Michael B. *Entrevista clínica estructurada para los trastornos del eje I del DSM-IV. Versión Clínica SCID-I.*; y del mismo autor, *SCID-I: Entrevista clínica estructurada para los trastornos de la personalidad del eje II del DSM-IV: Versión Clínica: cuaderno de aplicación*.

con su propia definición de enfermedad mental, sino también con una o varias técnicas de entrevista propias que son consecuentes con sus postulados fundamentales, de manera que podemos encontrar técnicas de entrevista de corte médico, psicoanalítico, conductista, etc. Por esta razón, el tipo de información que el psiquiatra busca en el curso de la entrevista, y la forma en que lo hace, depende mucho del modelo psiquiátrico preferido por el profesional.⁶⁷² Por ejemplo, un psiquiatra formado exclusivamente en el modelo médico, probablemente tenderá a dar mayor valor a la información proveniente de los exámenes de laboratorio, y dejará en un segundo plano la información que pueda suministrar el paciente, para cuya obtención adoptará una técnica de entrevista semidirigida, con preguntas orientadas a la búsqueda e identificación de síntomas o síndromes que puedan clasificarse dentro de alguna de las categorías nosológicas de diagnóstico.⁶⁷³ Por su parte, un psiquiatra con inclinación hacia el modelo psicoanalítico, seguramente preferirá una entrevista más espontánea, en la cual aplicará técnicas de asociación libre o de interpretación de los sueños, buscando actualizar en el paciente pensamientos o sentimientos reprimidos en el inconsciente, e identificar el momento o etapa de formación en que pudo tener lugar el episodio que generó el trastorno motivo de la consulta u hospitalización;⁶⁷⁴ o si se trata de un psiquiatra fuertemente influenciado por el conductismo, seguramente tenderá a realizar entrevistas con cuestionarios cerrados, previamente elaborados, orientados a identificar los patrones comportamentales que deben ser objeto de modificación mediante ejercicios o talleres aplicados de modo terapéutico.⁶⁷⁵

Ahora bien, debido a que la literatura sobre este tema es prácticamente inabarcable, resulta imposible reconstruir aquí, de manera completa, la teoría sobre la entrevista clínica en psiquiatría. No obstante, intentaré esbozar los rasgos esenciales de la teoría general de la entrevista, en orden a mostrar algunas dificultades que incrementan el margen de error en el diagnóstico.

Para comenzar, es importante tener presente que el diagnóstico de la enfermedad mental se lleva a cabo a partir de la información contenida en la historia clínica del paciente, y no sólo sobre la entrevista.⁶⁷⁶ Sin embargo, la entrevista es una pieza fundamental para el diagnóstico, porque de ella se extrae la mayor cantidad de información que se registra en la *anamnesis*, la que a su vez es una parte medular de la historia clínica. La anamnesis es el

⁶⁷² Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, págs. 79 y 80.

⁶⁷³ Una descripción del método de recolección y medición de datos en el modelo médico o biológico está disponible en DIESENHAUS, Herman I. y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*, pág. 69.

⁶⁷⁴ Una descripción del método de recolección y medición de datos en el modelo psicoanalítico, está disponible en *ibíd.*, pág. 83.

⁶⁷⁵ Una descripción del método de recolección y medición de datos en el modelo conductista, está disponible en *ibíd.*, pág. 121.

⁶⁷⁶ Para una presentación general de la importancia historia clínica y su relación con la entrevista, cfr. LITTMANN, Sebastián K. y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*, pág. 81.

conjunto de datos clínicos e histobiográficos del paciente que tienen relevancia para el diagnóstico, y que son recogidos, clasificados y sistematizados por el psiquiatra como parte de la historia clínica.⁶⁷⁷ La anamnesis es el producto de una exploración exhaustiva de la vida del paciente que realiza el psiquiatra, con el propósito de obtener información relativa a sus datos de filiación, el motivo de la consulta o de su hospitalización, la historia de su enfermedad actual, sus antecedentes personales desde el nacimiento hasta la actualidad, y sus antecedentes familiares e interpersonales, entre otros. Los mecanismos a disposición del psiquiatra para explorar la vida del paciente pueden variar, pero la entrevista cumplirá siempre una función medular para ese propósito.

En casos muy graves, como cuando el trastorno mental no permite una comunicación adecuada con el paciente, o cuando éste no se ha responsabilizado o conscientizado de su enfermedad (p. ej., porque la niega), la entrevista con las personas de su entorno familiar cobra una enorme importancia, sin que pueda decirse que la reemplaza o sustituye por completo.⁶⁷⁸ Hay elementos de juicio muy importantes para el diagnóstico de la enfermedad que sólo puede ofrecerlos el paciente, y los familiares apenas sí pueden aportar algunos datos relevantes. Por ejemplo, la manera como el paciente vivencia su propia enfermedad, la manera en que él se ve a sí mismo y cómo se relaciona con su trastorno, es información que sólo el paciente puede ofrecer al psiquiatra. Con todo, la entrevista a los familiares es también importante, pues ofrece al profesional otra perspectiva de la enfermedad que le permite ilustrarse mejor sobre algunos aspectos como, por ejemplo, la manera en que el trastorno afecta las relaciones interpersonales del paciente.

Como he dicho, las técnicas y procedimientos para llevar a cabo la entrevista dependen mucho del profesional a cargo, y no hay una sola que pueda catalogarse como predominante. No obstante, y sin pretensión alguna de exhaustividad, podría decirse que toda entrevista psiquiátrica debe estar estructurada, como mínimo, en cuatro etapas: prolegómeno, apertura, desarrollo y conclusión.⁶⁷⁹ A continuación intentaré resumir el contenido de cada una de estas cuatro fases, no sin antes aclarar que las circunstancias que pueden tener lugar en una entrevista son incalculables, de modo que no se dan dos entrevistas iguales por más protocolos y controles que pretendan aplicarse.⁶⁸⁰

⁶⁷⁷ Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 81.

⁶⁷⁸ Cfr. ELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 42.

⁶⁷⁹ Sobre los propósitos y reglas generales de la entrevista, cfr. LITTMANN, Sebastián K. y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*, pág. 81. Sobre este mismo tema, puede consultarse también GOODWING, Donald y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*, pág. 313. Por otra parte, para una exposición de la información que debe buscarse a lo largo de la entrevista, y la forma en que ésta puede interpretarse, cfr. HÉCTOR, R. Can y LITTMANN, Sebastián K. *The Examination: Mental State*, pág. 91. Una presentación detallada de la técnica de entrevista puede conseguirse en GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 25, o en VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 76.

⁶⁸⁰ Para una explicación acerca de los diferentes aspectos psíquicos, biográficos y biológicos del paciente que deben explorarse en la entrevista y en el examen inicial del paciente, puede

(i) El prolegómeno es la fase anterior al momento de la entrevista, y comprende el periodo entre el momento en que el paciente recibe la primera información acerca del psiquiatra, y el momento de la entrevista. En los casos de atención ambulatoria o consulta externa, durante el prolegómeno el paciente o su familia recibe una serie de información acerca del psiquiatra, se hace una expectativa de él, y se toma la decisión de solicitar su intervención.⁶⁸¹ Es una fase muy importante, porque allí se crean las primeras bases de la confianza que debe existir en la relación paciente-doctor.

(ii) Una vez llegado el momento de la entrevista, lo primero que debe tener lugar es la introducción, necesaria para facilitar la presentación mutua de los interlocutores. Es el momento en el que el paciente conoce a su psiquiatra, y éste a su paciente. Se trata del momento de descarga de toda la ansiedad creada por la expectativa de la entrevista, especialmente por parte del paciente.⁶⁸² Su importancia en psiquiatría radica en el hecho de que allí se construye lo que se denomina: <<primera impresión>>, y que consiste en esa imagen que los demás se forman de nosotros en el primer contacto, a causa del contenido de lo que comunicamos más o menos involuntariamente mediante nuestra gestualidad, nuestra postura y el lenguaje no verbal.⁶⁸³

Por otra parte, la introducción también es el momento en el cual el psiquiatra lleva a cabo la denominada <<limpieza de campo>>, consistente en informar rápidamente al paciente lo poco que se sepa de él, y en pedirle que suministre toda la información que considere importante para que el médico pueda hacerse cargo de su problema.⁶⁸⁴

(iii) A continuación, el psiquiatra debe permitir que el paciente se exprese libremente, y manifieste todo cuanto considere necesario. La libertad del paciente para abordar cualquier tema no debe ser, sin embargo, absoluta. El psiquiatra debe prestar especial atención a cuidar los límites materiales de la entrevista, para evitar que el paciente divague sobre asuntos que no son psiquiátricamente relevantes. La actividad de velar porque el paciente se mueva libremente, pero dentro de los temas que resultan de interés psiquiátrico, se logra mediante el establecimiento del <<campo de la entrevista>>, y es un presupuesto muy importante del éxito del diagnóstico.⁶⁸⁵

consultarse: ULETT, George y SMITH, Kathleen. *A synopsis of contemporary psychiatry*, pág. 15 y ss.

⁶⁸¹ Cfr. RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 3.

⁶⁸² Cfr. LITTMANN, Sebastián K. y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*, pág. 81.

⁶⁸³ Sobre la importancia que tiene la comunicación no verbal durante la entrevista, y especialmente sobre aspectos como la apariencia, el comportamiento, la forma de hablar o la gestualidad, cfr. HÉCTOR, R. Ian y LITTMANN, Sebastián K. *The Examination: Mental State*, pág. 91. Sobre este mismo tema puede consultarse también GOODWING, Donald y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*, pág. 320, así como GELDER, Michael et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 32.

⁶⁸⁴ Cfr. GREBEN, Stanley. *Being with the Patient*, pág. 78.

⁶⁸⁵ GOODWING, Donald y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*, pág. 316.

Pero además, el psiquiatra también debe cuidar los límites temporales de la entrevista, en orden a asegurar que ésta no sea tan corta como para que el paciente no logre superar la barrera de la primera impresión y entrar en temas relevantes para su diagnóstico, o tan larga como para que se sienta exhausto, presionado y desanimado a continuar luego con la entrevista en otra u otras sesiones.⁶⁸⁶

Esta etapa puede ser especialmente compleja frente a pacientes renuentes a comunicarse. Por ejemplo, frente a pacientes excesivamente tímidos o con dificultades de concentración o comunicación, lograr que exterioricen sus ideas y sentimientos, o simplemente que relaten su propia biografía, puede ser un problema. También así respecto de pacientes que no son autoconscientes o autorresponsables de su enfermedad; por ejemplo, aquellos que no reconocen tener trastornos de adicción a sustancias o a actividades (v.g., ludopatía, alcoholismo, etc.). En estos casos, la entrevista con los miembros de su entorno familiar suele ser de ayuda.⁶⁸⁷

(IV) En el momento en que el psiquiatra considera que ha reunido la información necesaria y suficiente para formarse un juicio sobre el estado bio-psico-social del paciente, puede dar por terminada la entrevista. En esta etapa de conclusión, el profesional debe efectuar un *diagnóstico tentativo*, el cual le servirá para identificar la información que le hace falta, perfilar las actividades que debe llevar a cabo en orden a obtener esta información, y ordenar la práctica de los exámenes de laboratorio o pruebas de cualquier otro tipo que considere pertinentes para completar la historia clínica del paciente.⁶⁸⁸

En relación con las circunstancias que incrementan la probabilidad de error en el diagnóstico, es bastante importante llamar la atención respecto a que, pese a los enormes y valiosos esfuerzos realizados por la doctrina psiquiátrica, y a pesar de la abundante literatura que existe sobre el tema, en la práctica clínica cotidiana la entrevista sigue siendo una actividad muy poco sistemática y discretamente técnica. La dinámica de la práctica clínica, marcada fundamentalmente por la heterogeneidad predominante de los casos y de los pacientes, dificulta excesivamente apegarse a los protocolos de las técnicas de entrevista.⁶⁸⁹ La libertad que necesariamente debe ofrecerse al paciente para que se exprese, y la incalculable cantidad de variantes y circunstancias imprevisibles que pueden tener lugar dentro de una entrevista, hacen imposible que el psiquiatra se apegue a las técnicas de entrevista como si fueran un libreto.

⁶⁸⁶ Cfr. LITTMANN, Sebastian K. y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*, pág. 81.

⁶⁸⁷ Cfr. GOODWING, Donald y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*, pág. 313.

⁶⁸⁸ Para una presentación general, tanto de las técnicas para terminar la entrevista, como para la organización final de toda la información en la historia clínica, cfr. LITTMANN, Sebastián K. y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*, pág. 81.

⁶⁸⁹ Cfr. DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*, pág. 89.

Con la entrevista parece ocurrirles a los psiquiatras algo similar a lo que nos ocurre a los abogados con el interrogatorio a testigos: estudiamos las técnicas de interrogatorio en la facultad, la literatura sobre el tema abunda, todos reconocen la importancia de conocer y manejar dichas técnicas y, cuando estamos en medio de un juicio preparamos los interrogatorios exhaustivamente, bajo el cuidadoso rigor de alguna de esas técnicas. Sin embargo, llegado el día y la hora, y enfrentados de cara al testigo, el interrogatorio puede tomar rumbos imprevisibles, que envían los conocimientos teóricos a un segundo plano y hacen depender el éxito de la situación de la habilidad personal del abogado para mantener el control, improvisar y dirigir el testigo hacia los temas y respuestas que más benefician los intereses de su cliente. En algún sentido, la entrevista y el interrogatorio están condenados hasta cierto punto por la improvisación, lo que no deja de causar cierto malestar por la impotencia que se siente ante lo sobrecogedora que resulta la práctica frente a la teoría.

Ahora bien, la dificultad para desarrollar la entrevista con estricto y riguroso apego a alguna de las técnicas existentes no es la única causa del aumento de la probabilidad de error en el diagnóstico psiquiátrico. Además de ésta, podemos mencionar otras que se encuentran documentadas en la literatura psiquiátrica, también relacionadas con el desarrollo de la entrevista, y que a continuación paso a relacionar sin pretensión alguna de exhaustividad.⁶⁹⁰

a. Una de las causas más interesantes de error en la aplicación del método de evaluación multiaxial durante la entrevista tiene que ver con el papel que juega la experiencia del psiquiatra en el proceso de diagnóstico de la enfermedad. Ya sea por exceso o por defecto, la experiencia puede producir efectos negativos en la forma en que el psiquiatra asume la entrevista.⁶⁹¹

En los psiquiatras más jóvenes, la expectativa de las primeras entrevistas suele despertar una ansiedad comparable a la que puede sentir el paciente. El temor a equivocarse, a poner en evidencia su falta de experiencia, o a no poder ofrecer una ayuda satisfactoria a su paciente, hace que la entrevista se convierta para el psiquiatra inexperto en un factor estresante que puede desatar errores de juicio. En estos casos:

“El entrevistador puede recurrir, consciente o inconscientemente, a diferentes maniobras para tranquilizarse: usar formulas de relación reiterativas y repetitivas, no escuchar al paciente, recaer siempre en los mismos diagnósticos de forma repetida y prescribir medicación de forma indiscriminada, atribuyéndole y esperando de ella soluciones mágicas. Confundirse con el paciente, llegando a negar la enfermedad, o explorar áreas de la personalidad del paciente de forma obsesiva y minuciosa, porque es en ellas en las que el terapeuta tiene sus propios problemas, pueden ser otras tantas formas del

⁶⁹⁰ Cfr. ROSENHAN, D.L. *On Being Sane in Insane Places*, pág. 66; cfr. también ULETT, George y SMITH, Kathleen. *A synopsis of contemporary psychiatry*, pág. 14; RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 1.

⁶⁹¹ Cfr. SMITH, William. *A Model for Psychiatric Diagnosis*, pág. 49.

entrevistador de aliviar incorrectamente su ansiedad; todas dan al traste con la finalidad diagnóstica de las entrevistas clínicas".⁶⁹²

De igual forma, los psiquiatras más experimentados pueden llegar a incurrir en errores derivados del exceso de confianza en su propio juicio. La sensación de estar en presencia de pacientes afectados con trastornos ya conocidos y manejados anteriormente, puede llevar al psiquiatra a omitir ciertos exámenes y a no prestar el debido cuidado a las particularidades y detalles del caso. En estas situaciones el profesional puede pecar por emitir un diagnóstico equivocado y por recomendar mecánicamente un tratamiento que en el pasado ha resultado exitoso para otros pacientes, sin percatarse de que la patología que enfrenta puede ser diferente.⁶⁹³

Finalmente, factores como la existencia de entornos competitivos entre psiquiatras colegas, la necesidad de explicar las decisiones a los superiores inmediatos, la diversa procedencia de los psiquiatras o la constatación de estar en presencia de un caso que se sale de los estándares comunes y para el cual no se tiene una solución pero sí la sospecha de que otro podría hacerlo mejor, afectan por igual a psiquiatras expertos y noveles, afectando la confiabilidad de sus juicios.⁶⁹⁴

b. Sumado al anterior, uno de los factores más importantes que incrementa la probabilidad de error en los diagnósticos tiene que ver con las fallas en el origen de la información durante la entrevista.⁶⁹⁵ Como ya he tenido ocasión de señalar, la introspección sigue siendo, después de tantos años de evolución de la psiquiatría, la vía más común para acceder al fenómeno psíquico.⁶⁹⁶ Esto significa que, en gran parte, lo que el psiquiatra llega saber de la enfermedad durante la entrevista está determinado por el éxito que tenga su paciente durante el proceso de autoobservación interior de sus propios actos o estados de ánimo o de conciencia. Es cierto que el psiquiatra debe ser el guía del paciente durante ese proceso, y que por tanto tiene una cuota de participación muy alta en el éxito o el fracaso del mismo. Sin embargo, quien debe llevar a cabo esta introspección es el propio paciente, y en ocasiones la ayuda del psiquiatra no es suficiente para superar las dificultades que éste pueda tener para identificar su malestar, relacionarlo con aspectos de su personalidad o con

⁶⁹² Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 2.

⁶⁹³ Cfr. SMITH, William. *A Model for Psychiatric Diagnosis*, pág. 49.

⁶⁹⁴ En relación con la incidencia que tiene la procedencia de los psiquiatras en el ambiente forense norteamericano, puede consultarse DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*, pág. 89. Este autor sostiene que un factor importante que incide en la diversidad de diagnósticos, es el hecho de que algunos psiquiatras han sido formados en universidades en el exterior, y ello genera problemas de entendimiento y comunicación cuando no tienen suficiente experiencia en el medio en el cual ejercen.

⁶⁹⁵ Cfr. RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 1. Cfr. también SMITH, William. *A Model for Psychiatric Diagnosis*, pág. 49.

⁶⁹⁶ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 77.

sucesos biográficos de su pasado y describirlo exitosamente durante la entrevista:

“debemos tener en cuenta que por regla general el paciente vive su trastorno como la imposición de un malestar sobre el que no tiene control ni entendimiento; incluso aquellos pacientes con un mayor nivel de conciencia presentan dificultades para vincular o relacionar el trastorno con aspectos de su personalidad o con acontecimientos de su existencia”.⁶⁹⁷

Al efecto, es importante entender que una cosa es que el paciente pueda saber qué es lo que está mal en su interior, y otra muy distinta que pueda comunicarla con éxito a su psiquiatra. El problema al que me refiero ahora abarca las dos perspectivas: por un lado, las dificultades que el paciente enfrenta para establecer exactamente en qué consiste su malestar, y por otro, los inconvenientes que tiene para comunicarlo exitosamente al psiquiatra.

Frente a lo primero, es interesante que la doctrina psiquiátrica dominante reconozca, de forma casi unánime, que la manera en que el paciente se relaciona con su enfermedad, y la forma como él se ve a sí mismo desde aquella, tiene importantes consecuencias en el diagnóstico, curso y tratamiento de los trastornos mentales. En la literatura especializada muchos autores suelen utilizar el término <<*insight*>>,⁶⁹⁸ para referirse de modo amplio y general al conocimiento que el propio paciente puede llegar a tener de su condición mental. A pesar de que la definición de este concepto sigue siendo vaga en la literatura, es de enorme importancia hacer referencia a él, por cuanto la doctrina psiquiátrica mayoritaria acepta que el estudio y valoración del *insight* es fundamental para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales.

Recientemente, por ejemplo, algunos autores han intentado estudiar el *insight* en pacientes diagnosticados con psicosis, llegando a la conclusión de que éste es un constructo del propio paciente, en el cual entran en juego factores personales como su inteligencia, su personalidad y su nivel de educación.⁶⁹⁹ De tal manera que la forma en que cada paciente se relaciona con su propia enfermedad, la conciencia que adquiere de ella y la forma como se ve a sí mismo desde aquella, no es siempre la misma, sino que depende de factores biográficos que definen al individuo. Por esta razón, es común encontrar en una misma categoría nosológica pacientes que poseen absoluta claridad acerca de su trastorno mental y, junto a ellos, otros que no son conscientes de su enfermedad o que no se responsabilizan de ella. Cuando ello ocurre, las posibilidades de éxito en el diagnóstico y tratamiento pueden variar ostensiblemente de un paciente a otro. Por ejemplo, el paciente con un grado de *insight* alto está en condiciones de ofrecer al psiquiatra más y mejores

⁶⁹⁷ *Ibíd.*

⁶⁹⁸ Es interesante el hecho de que la definición del término <<*insight*>> siga siendo materia de arduas discusiones, no obstante haber sido introducido al vocabulario clínico psiquiátrico desde finales del siglo XIX. Al respecto, cfr. DOMÍNGUEZ PACHÓN, A.I., *Evaluación del insight en la psicosis*, pág. 137.

⁶⁹⁹ *Ibíd.*

elementos de juicio para que éste se haga cargo de su problema. En cambio, el paciente sin insight, o con un insight bajo, lo que logra es dificultar de manera ostensible el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad, por cuanto no comunica satisfactoriamente al psiquiatra la información necesaria para que éste pueda hacerse cargo de su problema. De esta forma, es claro que el insight del paciente es medular en el éxito del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales.

Respecto a lo segundo, es importante señalar que la entrevista está sometida a las mismas dificultades que puede tener cualquier proceso comunicativo, para la comprensión del sentido de las elocuciones. Por esta razón, en la entrevista pueden darse circunstancias que generan interferencias indeseables en la comunicación, lo cual afecta de forma particular el proceso de intercambio de información entre el paciente y el psiquiatra. Debido a esta circunstancia, algunos autores consideran que el juicio que hace el psiquiatra sobre el insight de un paciente es, a su vez, un constructo clínico del médico que está influenciado no sólo por “*factores individuales del clínico, sus actitudes, conocimientos, experiencias previas, formación teórica etc.*”,⁷⁰⁰ sino también, y muy principalmente, por la naturaleza y las dificultades propias de la interacción entre paciente y doctor. Como constructo clínico, el dictamen del médico sobre el insight depende de un proceso de interacción comunicativa que es diferente en cada caso.⁷⁰¹ La manera particular en que se relacionan e interactúan el médico y el paciente define en gran parte la percepción que el psiquiatra se hace sobre el insight y, por consiguiente, sobre el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad mental.

En resumen, el éxito y la probabilidad de error en la valoración del insight, para efectos del diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, no sólo debe tener en cuenta los aspectos personales del paciente que condicionan su propia percepción de, y relación con, la enfermedad, sino también los factores que determinan la naturaleza de la relación que se establece entre éste y su médico. En consecuencia —y esto es lo importante—, existen factores perturbadores provenientes del propio paciente y/o de la naturaleza de la relación que se establece entre éste y su psiquiatra, que incrementan la probabilidad de error en el dictamen médico sobre el insight, lo que a su vez disminuye la fiabilidad del diagnóstico de las enfermedades mentales. Dicho en otras palabras, tanto los factores personales del paciente que condicionan su insight, como los que determinan la naturaleza de su relación con el médico y la evaluación clínica del insight, pueden producir fallas que incrementan las probabilidades de error en el diagnóstico, ya que en cualquiera de estos casos el psiquiatra puede dejar de recibir los elementos de juicio necesarios para emitir un diagnóstico bien informado.

⁷⁰⁰ *Ibíd.*

⁷⁰¹ ACHENBACH, Tomas M. *Assessment of Psychopathology*, pág. 48.

c. Ahora bien, la tercera causa de incremento de la probabilidad de error en el diagnóstico no tiene que ver con las limitaciones del paciente, sino con las del psiquiatra.⁷⁰² Suponiendo que el paciente pueda superar los problemas que enfrenta para identificar y relacionar su propio malestar con aspectos de su personalidad o con ciertos eventos de su pasado, y transmitirlos con éxito al psiquiatra, queda aún el problema epistemológico relacionado con la forma en que el profesional comprende e interpreta los datos suministrados por su paciente.⁷⁰³

En la literatura psiquiátrica se insiste en que el éxito del diagnóstico depende de la capacidad que tenga el profesional para comprender a, y empatizar con, el paciente.⁷⁰⁴ Sin embargo, esto parece en principio contradecir hasta cierto punto uno de los postulados más importantes de la psiquiatría, como lo es el establecimiento de una relación estrictamente profesional con el paciente.⁷⁰⁵ La doctrina dominante se decanta por un tipo de relación intermedia, en la que el médico puede asumir una actitud más próxima con el paciente, pero sin apropiarse de sus problemas, sin dejarse afectar por ellos, sin confundir la naturaleza de la relación y, lo que es más importante, manteniendo la objetividad y la imparcialidad que se requiere para emitir juicios clínicos rigurosamente científicos.⁷⁰⁶

“La entrevista es siempre un instrumento de ida y vuelta, un episodio relacional, en el que el profesional recibe información del paciente, pero en la que, así mismo, el paciente recibe elementos que incidirán en él y en el curso de su enfermedad. Sabemos que el sufrimiento y confusión del paciente le hacen adoptar una relación desconfiada y distante con su enfermedad, lo que queda reflejado en la narración aséptica y a menudo disociada que nos hace de la misma; en esas circunstancias, si el entrevistador prioriza la recopilación de datos, en aras de la confección de una anamnesis e historia clínica exhaustivas, reduciendo al paciente a un mero mediador entre su enfermedad y el médico, es probable que el paciente intuya en éste el mismo temor que a él le inspiran sus dificultades y confirme como correcta y única posible, dada la autoridad que le confiere, esa forma de relacionarse con aquéllas. Por contra, si con una actitud más próxima logramos darle a entender al paciente que podemos hacernos cargo de las vivencias que deposita en nosotros con su discurso, le estamos ofreciendo un modo más sano e integrador (y la posibilidad de introyectarlo) de relacionarse con su enfermedad. En la entrevista con el

⁷⁰² RAKOFF et al. (*The Patient and the Physician*, pág. 1) han remarcado la tendencia de los psiquiatras a dividir o escindir sus pacientes en el proceso de diagnóstico, lo cual dificulta comprender la enfermedad mental desde una perspectiva holística.

⁷⁰³ Cfr. SMITH, William. *A Model for Psychiatric Diagnosis*, pág. 49. Para una referencia directa a este problema, desde la perspectiva desde la cual se le enfoca en este trabajo, consultar GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, Pág. 63.

⁷⁰⁴ Un breve estudio sobre el rol del paciente vs. el rol del psiquiatra, puede encontrarse en RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 3.

⁷⁰⁵ *“When the physician and the patient are together, there are three aspects to their relationship: the real relationship of two human beings, each with his own specific personal characteristics; the therapeutic or working alliance which develops between the two people, a cooperative attitude which enables them to work together; and, the transference relationship, in which their dealing with each other are affected by the residual unresolved personal conflicts which exist in each of them”* (GREBEN, Stanley. *Being with the Patient*, pág. 77).

⁷⁰⁶ *“The physician, ideally, deal whit his patient in the following ways: he is respectful, concerned, interested, empathetic, objective but not distant, scientific, but not de-humanized, helpful, friendly but not effusive, serious but not severe, courteous supportive. No physician, of course, achieves the ideal, but being aware of these factor offers the physician a goal toward which he can work”.* (*Ibíd*).

*enfermo mental, sea cual sea el objetivo de la misma, tenemos ante nosotros a alguien que nos puede dar la clave de su desajuste pero también a alguien que sufre por dicho desajuste; por tanto nuestra actitud debe ser siempre de respeto, acogimiento y consuelo, haciendo compatibles estos aspectos con un trabajo objetivo de investigación clínica”.*⁷⁰⁷

Al respecto, cabe recordar que precisamente una de las aportaciones más valiosas del psicoanálisis consistió en haber puesto de relieve la utilidad que para el diagnóstico puede tener el autoanálisis que hace el psiquiatra sobre la manera en que la información suministrada por el paciente le impacta. El psicoanálisis nos enseñó que cierto grado de empatía con el paciente, entendida como ponerse por un momento *en sus zapatos* para tratar de sentir lo que él siente, y ver el mundo como él lo ve, ofrece perspectivas muy útiles para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales.⁷⁰⁸

*“El entrevistador sufre el impacto de las comunicaciones del paciente, produciéndole una serie de reacciones. Algunas de ellas podrían atribuirse a la particular personalidad del terapeuta, pero el resto son características del paciente y podemos afirmar que corresponden a la estructura de su personalidad. Estas impresiones son un elemento a tener en cuenta en el momento de elaborar el diagnóstico y la indicación de tratamiento. Por tanto, en la entrevista psicoanalítica, a la observación se suma la autoobservación. El entrevistador analítico debe actuar algo desdoblado, de modo que una parte del mismo debe identificarse con el paciente y sentir como si estuviera en su lugar. Por otro lado, debe ser observador de lo que sucede, además, debe controlar y evitar la ansiedad provocada por el encuentro desorganice la investigación”.*⁷⁰⁹

El problema es encontrar ese justo punto medio; hallar ese lugar en el que el psiquiatra logra integrarse y empatizar con la problemática del paciente, sin empañar su buen juicio. Debe tenerse en cuenta que el psiquiatra no puede despojarse de su condición de ser humano, ni de toda la imperfección inherente a ella, y por ello es apenas lógico y natural que el dolor y el sufrimiento de su paciente puedan afectarlo más allá de lo estrictamente profesional. Frente a casos sumamente dramáticos, es inhumano exigir al psiquiatra que rehúse sentir compasión por su paciente, que sufra un poco con él, y que algo de esa pesada carga descansa un también sobre sus hombros. Al fin y al cabo, fue esa misma compasión la que hizo que Pinel se abocara al estudio de la locura desde una perspectiva más humanitaria, dando origen a buena parte de la psiquiatría moderna.

Los profesionales duros y fríos, incapaces de conectarse empáticamente con los demás, no son buenos ni deseables como psiquiatras. Además, aunque aquello fuera posible no sería conveniente, ya que la psiquiatría se ocupa de problemas humanos que causan dolor, y por eso es necesario que personas con capacidad para entender a sus semejantes se hagan cargo de ellos.

Lamentablemente, en ocasiones la relación con el paciente impacta de tal forma al psiquiatra que su juicio se empaña y conduce a graves errores de

⁷⁰⁷ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 75.

⁷⁰⁸ Sobre la importancia de la empatía específicamente en el diagnóstico psiquiátrico forense, puede consultarse American Psychiatric Association. *Issues In Forensic Psychiatry*, pág. 203.

⁷⁰⁹ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 80.

diagnóstico, pronóstico o tratamiento.⁷¹⁰ No se trata sólo de sentimientos de compasión. A veces también el psiquiatra desarrolla sentimientos de animadversión, rabia, celos o incluso amor, que pueden llevarlo a tomar decisiones equivocadas.

“Se puede desarrollar una relación emocional simbiótica entre el médico y el paciente que puede reflejar la situación que existió en la infancia del paciente. A menos de que el médico esté al tanto de la existencia de tal relación y de sus implicaciones, tanto para él como para el paciente, pueden surgir obstáculos para un buen tratamiento. Dicha situación puede dejar, tanto al paciente como al médico, totalmente frustrados y aun incapacitados porque ellos acaban reaccionando solamente a los aspectos negativos de la personalidad de uno y de otro y se ciegan ante los rasgos positivos. Las excesivas demandas y expectativas del paciente pueden amenazar tanto el médico como para despertar deseos semejantes (la mayor parte de ellos inconscientes) dentro de sí mismo. Puede sentirse tentado a castigar al enfermo por los sentimientos, que sin saberlo, almacena dentro de su propia mente. Estos sentimientos secretos pueden a veces ser condenados y disfrutados, y en otras ocasiones ser motivo de violenta desaprobación. No puede esperarse buenos resultados si el médico alternativamente mira y castiga a su paciente para satisfacer sus propias necesidades emocionales. Se crea una situación indeseable cuando el médico inconscientemente desaprueba sus propias acciones, pero percibe esa desaprobación como si viniese del paciente. En este caso reñirá con el paciente en vez de consigo mismo. Cuando un médico es demasiado celoso en la búsqueda de la aprobación de su pacientes, él puede estar intentando neutralizar su propia desaprobación.”⁷¹¹

Ahora bien, todas estas dificultades inherentes a la entrevista a las que se ha hecho referencia, conducen a que *el diagnóstico de la enfermedad mental, a pesar de los enormes esfuerzos realizados por la doctrina psiquiátrica, continúe siendo aun hoy predominantemente intuitivo*. Lo que ocurre es que todos estos problemas que se presentan en el curso de la entrevista generan espacios de indeterminación e incertidumbre que deben llenarse de alguna forma, ya que el psiquiatra está en la obligación de emitir un diagnóstico y ofrecer una solución a su paciente. El paciente espera que el psiquiatra se haga cargo de sus problemas mentales y que le ofrezca algún alivio a su sufrimiento. El médico, por su parte, tiene una responsabilidad profesional con su paciente, y no debe rehusarse a tratarlo por el hecho de no estar cien por ciento seguro de la veracidad de los elementos de juicio a su disposición, los cuales fueron obtenidos en el curso de una entrevista posiblemente afectada por algunos de los factores perturbadores ya mencionados.⁷¹²

El psiquiatra sabe que existe la posibilidad de que la entrevista haya sido afectada por alguna de las circunstancias mencionadas, y, por ende, debe ser consciente de que existe la probabilidad de se equivoque al emitir su diagnóstico. No obstante, el profesional debe paliar de alguna forma esa probabilidad de error, y arriesgarse a tomar la mejor decisión posible en esas condiciones de incertidumbre, las que por lo demás son inevitables. La cuestión es ¿de qué forma los psiquiatras clínicos pueden lidiar con la incertidumbre, y

⁷¹⁰ “Every person has residual, unresolved conflicts which continue to affect his behaviour as an adult. This applies both to physician and to patients. One physician, for example, is made excessively angry by ungrateful patients. Another physician feels great distaste for obese patients. Another physician feels helpless in dealing with an aged, failing patients” (GREBEN, Stanley. *Being with the Patient*, pág. 77).

⁷¹¹ SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 7.

⁷¹² Cfr. RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*, pág. 2.

cómo hacen para decantarse por un diagnóstico en particular? De acuerdo con algunos autores, esa incertidumbre se supera mediante el recurso a la intuición; esto es, haciendo caso a la percepción o sensación íntima e instantánea de que determinado diagnóstico puede ser correcto, aun cuando se sabe que no se cuenta con evidencia empírica y objetiva que permita corroborarlo en el acto. En la literatura psiquiátrica se menciona que el carácter intuitivo del diagnóstico se hace evidente cuando observamos que al valorar la importancia del *síntoma* de la enfermedad, los psiquiatras normalmente realizan una “*calibración del signo patológico a dos niveles*”: superficial y profundo.

*“a) superficial, que permite la estructuración de definiciones operativas e instrumentos diagnósticos, y b) profunda, que se elabora desde algoritmos o imperceptibles elementos de diagnóstico, que dan lugar a reglas de decisión profunda y se transmiten por tradición oral, ya que se basan no sólo en la estructura física del signo psicopatológico sino en relación al resto de funciones, a la conducta general del sujeto y al marco externo en el que se manifiesta el fenómeno”.*⁷¹³

La “*calibración*” del síntoma a un nivel profundo, opera en la práctica como un juicio que se basa principalmente en reglas de la experiencia adquiridas de modo heurístico, y que se realiza gracias a una habilidad que se aprende en parte a causa de las propias vivencias, y en parte mediante tradición oral. Se trata de un procedimiento de valoración de la información suministrada por el paciente, que ocurre a un nivel subconsciente en el psiquiatra, y en el cual se cruza, interrelaciona y articula de forma involuntaria una gran cantidad de saberes, competencias y habilidades adquiridos y/o desarrollados por el profesional a lo largo de su trayectoria.⁷¹⁴ La manera en que interactúan los saberes, las competencias y las habilidades profesionales del psiquiatra, es aprehendida por éste como producto de la observación e interacción permanente con la enfermedad mental en el ambiente clínico real. Se trata de una “*forma de pensar*” que los psiquiatras aprehenden y perfeccionan a medida que acumulan experiencias con los trastornos mentales, y que les permite observar, interpretar y comprender el fenómeno psíquico de una forma en la que ningún otro tipo de profesional puede hacerlo, pero que no es explícita, ni está organizada ni sistematizada como un conocimiento que pueda ser transmitido mediante un discurso completo, coherente y articulado. Por esta razón, la destreza para paliar la incertidumbre y “*calibrar*” el diagnóstico, no puede aprenderse sólo con la lectura de los manuales de psiquiatría, ni puede enseñarse a través de la cátedra magistral.

“El propósito del examen psiquiátrico es evaluar el funcionamiento psicológico y diagnosticar desordenes psiquiátricos. Para elegir suficiente información acerca de los desordenes en orden a diagnosticarlos, uno debe conocer sus signos y síntomas, curso y complicaciones. Por esto este capítulo está al final del libro.

Elegir la información clínica es un arte. Esta puede ser aprendida de una manera formal, pero sólo en parte. Para establecer la confianza y una buena relación entre el doctor y el paciente que proporcione

⁷¹³ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 3.

⁷¹⁴ En este sentido, cfr. GOODWING, Donald. y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*, pág. 312.

⁷¹⁵ *Ibíd.*

*información relevante, son esenciales la empatía, la intuición y el sentido común. Estos no pueden aprenderse en los libros”*⁷¹⁵.

Para ser aun más claros, puede decirse que esta “calibración” del diagnóstico se lleva a cabo recurriendo a una destreza conocida como “ojo clínico”, la cual continúa cumpliendo aún hoy un papel sorprendentemente importante en el proceso de identificación de las enfermedades mentales:

“En la práctica clínica se verifican constantemente estos presupuestos si consideramos que, al margen de la apariencia del síntoma, el clínico decide su presencia y su veracidad en función muchas veces de lo que en el argot médico se conoce como intuición u ojo clínico, que trasciende de la aparente realidad (gramática de la superficie), pues se elabora según las mencionadas reglas de decisión profunda”.⁷¹⁶

De esta forma, tomando en consideración todo lo expuesto hasta ahora, y a manera de conclusión, podría decirse que la entrevista se encuentra expuesta a una serie de problemas, los cuales empujan al psiquiatra a recurrir a su intuición profesional para efectuar su diagnóstico. Este recurso a la intuición, o al “ojo clínico” como suele decirse en el argot médico, no es en lo absoluto confiable e incrementa ostensiblemente la probabilidad de error en el diagnóstico de las enfermedades mentales. Por esta razón, puede decirse que la práctica de la entrevista en la psiquiatría clínica moderna tiene implícita una serie de factores que incrementan ostensiblemente la probabilidad de error y minan gravemente la confianza en la fiabilidad del diagnóstico de las enfermedades mentales.

3.2. Limitaciones estructurales del modelo categorial:

Uno de los aspectos que más controversia suscita actualmente en la psiquiatría tiene que ver con las deficiencias estructurales del modelo de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales. Un sector de la doctrina considera que el modelo categorial expresamente acogido tanto por el DSM-IV-TR como por el CIE-10, no es el más adecuado para la clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales. Para los críticos del modelo categorial, en la práctica este enfoque no responde satisfactoriamente a las necesidades clínicas de los psiquiatras, ya que la presencia de comorbilidad en los casos que deben atender cotidianamente dificulta clasificar al paciente en alguna de las categorías diagnósticas de los manuales.

El modelo categorial de clasificación de las enfermedades mentales ha sido hasta ahora aceptado por la comunidad psiquiátrica, porque en gran parte sigue de cerca el modelo médico tradicional de ordenación, basado en los síntomas y signos de las enfermedades.⁷¹⁷ Además, este modelo de

⁷¹⁶ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 3.

⁷¹⁷ “ *In the absence of a know etiology, one way to establish the validity of a mental disorders is to establish a “nomological network” of relationships between it and other constructs and observable behaviour. To extend that this can be achieved, the measure of behaviour in*

clasificación ha mostrado hasta cierto punto ser de gran utilidad, ya que permite diagnosticar, pronosticar y tratar con relativa efectividad, muchos de los trastornos mentales más comunes. Sin embargo, está claro que el modelo categorial presenta graves deficiencias en la identificación y clasificación de un significativo número de patologías, algunas de ellas de enorme importancia y gravedad.

Es usual encontrar en la literatura psiquiátrica críticas al sistema categorial de clasificación de las enfermedades mentales.⁷¹⁸ La más común de ellas tiene que ver con la heterogeneidad de los casos diagnosticados dentro de una misma categoría nosológica (a lo cual ya se ha hecho referencia⁷¹⁹), o con la dificultad para clasificar dentro de alguna de dichas categorías, ciertas enfermedades que presentan rasgos comunes a varias de ellas (comorbilidad).⁷²⁰

*“Los psiquiatras experimentados frecuentemente difieren entre sí en lo referente a cuales marbetes diagnósticos se deberían poner a la misma categoría de síntomas, muy a menudo porque atribuyen diferentes valores a uno o más de los síntomas que el atribuido por sus colegas. A la inversa, el mismo clínico puede diagnosticar la misma entidad patológica diferentemente en distintas ocasiones porque él mismo no necesariamente pondera los síntomas en igual forma cada vez que los observa”.*⁷²¹

En materia forense, uno de los casos tal vez más interesante es el de la denominada *personalidad antisocial*. Respecto a este tipo de patología, en la literatura disponible parece existir un consenso más o menos bien logrado sobre las características de los individuos que sufren este trastorno de la personalidad: son sujetos impulsivos, agresivos, irritables, distantes, reservados y con animadversión a la autoridad, lo cual les ocasiona dificultades para establecer relaciones de tipo sentimental, para lograr estabilidad laboral y para establecer relaciones de cooperación con figuras de autoridad, entre otras. Sin embargo, existen estudios que demuestran que en la práctica los psiquiatras tienen dificultades para clasificar a los individuos que presentan este tipo de patrones comportamentales. En muchos casos clínicos reales, a pesar de existir claridad conceptual sobre el diagnóstico diferencial de este tipo de trastorno, los psiquiatras no logran establecer con claridad si el paciente

question could be said to have construct validity” (RAINE, Adrian. *The Psychopathology of Crime*, pág. 24).

⁷¹⁸ Para una crítica al modelo categorial, con especial referencia al DSM, puede consultarse ACHENBACH, Tomas M. *Assessment of Psychopathology*, pág. 41.

⁷¹⁹ Ver *Supra* §III. 2.4.

⁷²⁰ Un estudio realizado en 1966 con el patrocinio de la *American Medical Association* concluyó que la causa del bajo nivel de acuerdo existente entre diferentes profesionales en psiquiatría frente ciertos casos, no se debe principalmente a problemas conceptuales de comprensión de las diferentes categorías nosológicas, sino a la dificultad para adecuar el caso clínico concreto a alguna de las categorías existentes, lo cual se debe en gran parte a la existencia de comorbilidad. Cfr. SMITH, William. *A Model for Psychiatric Diagnosis*, pág. 48.

⁷²¹ SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 52. En este mismo sentido cfr. ULETT, George y SMITH, Kathleen. *A synopsis of contemporary psychiatry*, pág. 82. También puede consultarse GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 65.

padece, por ejemplo, un trastorno de la personalidad antisocial o un trastorno de personalidad límite, ya que varios de los síntomas identificados, como por ejemplo la impulsividad, son comunes a ambos trastornos.⁷²²

Con todo, muchos psiquiatras consideran que el principal defecto del modelo categorial es otro: que contribuye muy poco en la práctica rutinaria a comprender cada una de las patologías individualmente consideradas que deben atenderse en la clínica real.⁷²³ En las demás ramas de la medicina, los conocimientos que se poseen sobre la estructura y funcionamiento del cuerpo humano, muchas veces permiten a los médicos asociar los síntomas de la enfermedad a determinado defecto orgánico de tipo genético, infeccioso, endocrino, traumático etc. La posibilidad de efectuar este tipo de razonamiento asociativo entre los síntomas y la estructura y función de los diferentes órganos, tejido y sistemas que componen nuestra anatomía, es sumamente útil en las demás ramas de la medicina para identificar la etiología de las enfermedades mentales, así como para predecir su curso de evolución. Por esta razón, las clasificaciones categoriales son sumamente útiles en los diagnósticos médicos para comprender cabalmente las enfermedades.

El caso de la psiquiatría es muy diferente, pues el conocimiento que poseemos sobre la base orgánica de la mayoría de los trastornos es muy precario. Salvo algunos pocos casos, en psiquiatría no es fácil asociar los síntomas de las patologías a defectos en la estructura o funcionamiento de algún órgano, tejido o sistema de la anatomía del paciente. La dificultad para asociar etiológicamente los síntomas de la enfermedad a un defecto de base orgánica, en la mayoría de los casos, representa un obstáculo para entender las causas o el curso de evolución de una patología a partir del estudio de sus síntomas. Por esta razón, el enfoque categorial tiene una utilidad muy limitada para ayudar a comprender completamente la enfermedad mental, y una capacidad de rendimiento relativamente baja para distinguirlas.⁷²⁴

Ya que los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales se han decantado expresamente por el modelo categorial, una parte de la doctrina psiquiátrica hace extensivas a ellos estas críticas. En el caso del DSM-IV-TR, el problema de la comorbilidad es uno de los más graves en la

⁷²² Cfr. CLONINGER, C Robert. et al. *Epidemiology an Axis I: Comorbidity of Antisocial Personality*, Pág. 12; así también, WIDIGER, Thomas A. y CORBIT, Elizabeth M. *Comorbidity of Antisocial Personality Disorder with other Personality Disorder*, pág. 75. También cfr. ZANARINI, Mary C. y GUNDERSON, John G. *Differential Diagnosis of Antisocial and Borderline Personality Disorder*, pág. 83.

⁷²³ Cfr. KANFER, Frederich H. y SASLOW, George. *Behavioural Analysis: an Alternative to Diagnosis Classification*, pág. 52.

⁷²⁴ Cfr. SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 53; Cfr. también RAINE, Adrian. (*The Psychopathology of Crime*, pág. 24), quien sostiene: “*In the absence of a know etiology, one way to establish the validity of a mental disorders is to establish a “nomological network” of relationships between it and other constructs and observable behaviour. To extend that this can be achieved, the measure of behaviour in question could be said to have construct validity*”.

práctica, pues muchos psiquiatras deben atender a diario pacientes que cumplen los criterios para ser diagnosticados en más de una categoría. Para paliar esta dificultad, el DSM-IV-TR incluye un apéndice A, en el cual se presentan unos diagramas de flujo llamados “árboles de decisión”, diseñados para ayudar al clínico en el proceso de diagnóstico.⁷²⁵ Estos árboles de decisión tienen como propósito ayudar al psiquiatra clínico a confirmar, descartar o diferenciar las diferentes categorías diagnósticas, a partir de la identificación progresiva y secuencial de las características clínicas de cada patología, las cuales se encuentran organizadas jerárquicamente en orden de relevancia psiquiátrica. Lamentablemente, a pesar de los esfuerzos realizados por la Asociación Americana de Psiquiatría por dotar al DSM-IV-TR de herramientas que permitan ayudar a los psiquiatras clínicos en el proceso de diagnóstico, estos árboles de decisión no parecen ser suficientes para resolver el problema de la comorbilidad que existe en la práctica.⁷²⁶

Además de lo anterior, también se ha cuestionado a los manuales de clasificación el hecho de que los síntomas descritos en los criterios diagnósticos no ayudan mucho en la práctica a comprender y tratar adecuadamente cada una de las enfermedades que en concreto deben atenderse en la clínica real. En opinión de un sector de la doctrina, los manuales hacen excesivo énfasis en ciertos aspectos de la enfermedad y descuidan otros que pueden llegar a tener enorme importancia para comprenderla o tratarla. Por ejemplo, para la evaluación de las variables de naturaleza psico-social y ambiental que tienen relevancia psiquiátrica, que normalmente se debe realizar en el eje IV del método multiaxial propuesto por el DSM-IV-TR, se recomienda registrar los estresantes negativos ocurridos dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de la entrevista. Aunque el DSM-IV-TR no limita la posibilidad de registrar estresantes negativos ocurridos antes de ese tiempo, el método de diagnóstico multiaxial no confiere a los estresantes tempranos la importancia que, según un sector de la doctrina, éstos pueden llegar a tener para explicar y tratar ciertos trastornos mentales.

“Las críticas hacia el sistema multiaxial provienen de diversas fuentes. Dado que el DSM-IV-TR incluye múltiples trastornos con síntomas solapados, el problema de la comorbilidad no se aborda de forma efectiva (Frances et al., 1990). En los contextos clínicos, rutinariamente, los pacientes cumplen los criterios sintomáticos para múltiples trastornos del Eje I (Sargeant et al., 1990). De modo similar, los pacientes con trastorno de la personalidad pueden cumplir criterios para más de un trastorno de la personalidad (Widger et al., 1986). La presencia de uno o más trastornos de la personalidad parece tener un efecto considerable en el tratamiento de los síndromes del Eje I asociados (Goldstein et al., 1996). Los expertos en diagnóstico de los trastornos de la personalidad han puesto énfasis en los enfoques dimensionales por encima de los categoriales. Las revisiones sobre la valoración de enfermedades médicas no revelan una taxonomía general para la evaluación de la relación entre trastornos médicos y psiquiátricos (Gruenberg et al., 1997). Utilizando el Eje IV en la actual evaluación multiaxial los clínicos identifican los estándares recientes que afectan los cuadros clínicos recientes. No obstante, en el DSM-IV-TR la atención que se presta a los estresantes tempranos sobre el desarrollo es limitada, incluso los malos tratos o abusos tempranos físicos, sexuales, o emocionales. Con respecto al Eje V del actual sistema multiaxial, una simple evaluación del rendimiento –la puntuación de la escala EEAG– viene

⁷²⁵ Sobre la forma de aplicar esos árboles de decisión en el examen psiquiátrico, puede consultarse GOODWING, Donald. y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*, pág. 316.

⁷²⁶ DSM-IV-TR, pág. 831.

influida principalmente por el cuadro sintomático. Por lo tanto, la evaluación del Eje V no implica centrarse específicamente en el rendimiento social y laboral como factores independientes”.⁷²⁷

Ahora bien, como alternativa al modelo categorial, viciado por las críticas acabadas de mencionar, un sector de la psiquiatría propone adoptar un modelo *dimensional* que “clasifica los casos basándose en la cuantificación de los atributos (más que en la asignación de categorías) y es de mayor utilidad en la descripción de los fenómenos que se distribuyen de manera continua y que no poseen límites definidos”.⁷²⁸ El enfoque dimensional, a diferencia del categorial, “no intenta clasificar sus casos, sino que sólo trata de entender los síntomas que se presentan en términos de su relación a la estructuración psicodinámica total del paciente”.⁷²⁹ Un modelo de diagnóstico de este tipo busca entender la enfermedad en términos de la forma como se comportan los síntomas que presenta el paciente, respecto de los cambios en los factores bio-psico-sociales que los afectan.⁷³⁰

A diferencia del modelo categorial, el enfoque dinámico no pone el acento en la descripción semiológica de la enfermedad, ni pretende comprenderla mediante la delimitación sintomática de la patología, y su comparación y/o diferenciación con otras que presentan cuadros clínicos similares. Su objetivo es comprender la enfermedad en el marco del estudio de la relación entre los síntomas del paciente y los factores bio-psico-sociales que lo determinan. O sea, pone el acento en la observación de la forma como reaccionan los síntomas a los cambios en el entornos biológico, psicológico y social del paciente.

Por ejemplo, existen autores que proponen aplicar un modelo dimensional para clasificar y diagnosticar los trastornos de la personalidad identificados en el DSM-IV. El análisis dimensional propuesto para este tipo de patologías no pretende agrupar los trastornos de la personalidad en diferentes clases o categorías, ni aspira a tender fronteras o límites claramente definidos entre ellos. Por el contrario, reconoce que la comorbilidad es un hecho y propone tratar los diferentes trastornos como un solo continuo que va presentando diferentes matices y en el que son posibles diferentes escalas de grises.⁷³¹

⁷²⁷ GOLDSTEIN, Reed D. y GRUENBERG, Alan M. *Evaluación Multiaxial en el siglo XXI*, pág. 146.

⁷²⁸ DSM-IV-TR, pág. XXX.

⁷²⁹ SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 53.

⁷³⁰ Un estudio comparativo entre los enfoques categorial y dimensional, en el que se subrayan los pro y los contra de cada uno de ellos, puede encontrarse en LORR, M. *Classifying Psychotics: Dimensional and Categorical Approaches*, Pág. 331. Una clara y concisa definición de los dos enfoques puede obtenerse en GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*, pág. 61.

⁷³¹ Por ejemplo, cfr. LORR, M. *Classifying Psychotics: Dimensional and Categorical Approaches*, pág. 331; TIRAPU USTÁRROZ. *Propuesta de un modelo dimensional para los trastornos de la personalidad*, pág. 260; FRANCES, Allen y WIDIGER, Thomas A. *Methodological Issues in Personality Disorder Diagnosis*, pág. 381.

El enfoque dimensional de los trastornos de la personalidad toma como punto de partida la idea de que este tipo de patologías “*hunden sus raíces en la personalidad normal representando variantes de la misma*”.⁷³² Por esta razón, la propuesta consiste fundamentalmente en anclar el análisis de este tipo de trastornos en el estudio de la forma y la intensidad en que las diferentes dimensiones de la personalidad del individuo se encuentran afectadas. Para definir cuáles son esas dimensiones, se propone continuar la tradición vigente en el DSM-IV-TR, que “*señala que un trastorno de la personalidad es un patrón permanente de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto y que se manifiesta en dos o más de las siguientes áreas: a) cognición; b) respuesta emocional; c) actividad interpersonal, y d) control de los impulsos*”.⁷³³ La idea es que el diagnóstico sea un análisis de tipo dimensional, consistente en la evaluación de la manera en que los factores bio-psico-sociales de relevancia psiquiátrica afectan las diferentes áreas o dimensiones de la personalidad del paciente: “*las dimensiones estilo cognitivo (dependencia-independencia de campo), emoción prevalente (ira-miedo), estilo interpersonal (sumisión – dominancia) y control de los impulsos (impulsión - compulsión)*”.⁷³⁴

Un análisis de este tipo no ofrece una diferenciación nítida entre las diferentes patologías de la personalidad, pero brinda otro tipo de elementos útiles para el abordaje de la enfermedad como el patrón de reacción psíquica probable del paciente. Mediante el estudio de la forma en que un mismo estímulo afecta las diferentes dimensiones de la personalidad, el enfoque dimensional permitiría, por ejemplo, diferenciar patrones de comportamiento frente a emociones primarias. Por ejemplo, el enfoque dimensional permite establecer que frente a una emoción como la ira cada una de las dimensiones de la personalidad responde de una manera distinta, dependiendo de los rasgos característicos de la personalidad del paciente. Así, un paciente con patrones de *ira-exploración* muestra frente a la ira una tendencia a la impulsión en su dimensión de control de los impulsos, mientras que un paciente con patrones *miedoso-evitativos* exhibe una tendencia a la compulsión en esa misma área. Por su parte, en la dimensión interpersonal la ira desatará en el paciente *explorador-impulsivo* una necesidad de dominio y en el paciente *miedoso-compulsivo* una tendencia a la sumisión. Además, esa misma ira afectará la dimensión cognitiva de cada uno de los pacientes en diferente forma: en el primero producirá una alta dependencia del campo, debido a su necesidad de control externo, y en el segundo una baja dependencia del campo, ya que su personalidad tiende a exacerbar la necesidad de control interno.⁷³⁵

⁷³² TIRAPU USTÁRROZ. *Propuesta de un modelo dimensional para los trastornos de la personalidad*, pág. 260.

⁷³³ *Ibíd.*, pág. 255.

⁷³⁴ *Ibíd.*, pág. 254.

⁷³⁵ *Ibíd.*, pág. 260.

Pese a lo sugerente que resulta la propuesta de sustituir el enfoque categorial por uno dinámico, este cambio encuentra aún bastante resistencia en buena parte del foro psiquiátrico. El principal problema del enfoque dinámico, como lo ha anotado un sector de la doctrina, es *“establecer cuáles son las dimensiones básicas sobre las que estar de acuerdo”*.⁷³⁶ Las diferentes propuestas para un modelo dinámico de diagnóstico presentadas hasta ahora no han sido acogidas en la práctica por cuanto *“aún no se conoce lo suficiente para justificar la aceptación de cualquiera de ellas en lugar de los puntos de vista tradicionales del modelo médico”*.⁷³⁷ Además, los modelos categoriales aún tienen frente a ellos un horizonte de exploración relativamente fértil, en el cual puede eventualmente encontrarse una mejor solución para su principal problema (la comorbilidad), distinto del de un cambio radical de metodología de clasificación y diagnóstico. En la actualidad *“se están realizando esfuerzos continuos para incrementar al máximo la confiabilidad del diagnóstico a partir de los signos y síntomas, basándose en alteraciones de los procedimientos corrientemente empleados, que permitan una estimación definitiva de la validez del diagnóstico”*.⁷³⁸

Por otra parte, en lo que hace a la práctica clínica cotidiana, no hay razones para pensar que en el corto o mediano plazo pueda producirse un giro desde lo categorial hacia lo dimensional. Los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales, vitales en la práctica psiquiátrica real, ya se han decantado por el modelo categorial, pues pese a todas sus limitaciones este enfoque sigue siendo más útil que el dimensional en muchos aspectos:

“A pesar de que este sistema aumenta la fiabilidad y proporciona mayor información clínica (ya que define atributos clínicos que pueden pasar desapercibidos en un sistema de categorías), posee serias limitaciones; por esta razón es menos útil para la práctica clínica y la investigación que el sistema de categorías. Las descripciones dimensionales numéricas resultan menos familiares y claras que los nombres de las categorías de los trastornos mentales. Es más, aún no existe acuerdo para la elección de las dimensiones óptimas que deben utilizarse para clasificar. Sin embargo, es posible que el aumento de la investigación y la familiaridad con los sistemas dimensionales conduzca a una mayor aceptación tanto como método de transmisión de información como herramienta de investigación”.⁷³⁹

En cualquier caso, lo que queda claro es que *la psiquiatría contemporánea no cuenta aún con un modelo de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales que sea totalmente satisfactorio, habida cuenta que cualquiera de los dos enfoques predominantes presenta problemas y críticas que no parecen tener solución por ahora.*

⁷³⁶ CABALLO, Vicente. *Reseña de “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” de American Psychiatry Association*, pág. 507.

⁷³⁷ SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 53.

⁷³⁸ *Ibíd.*

⁷³⁹ DSM-IV-TR, pág. XXX.

4. Reflexiones sobre el alcance del dictamen psiquiátrico forense.-

Hasta ahora he intentado exponer de forma general los principales problemas que afectan la fiabilidad del diagnóstico psiquiátrico. Tomando estas consideraciones como marco de referencia quisiera ahora ocuparme de reflexionar sobre aquella parte del método predominante para la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental (método mixto⁷⁴⁰), que se refiere al diagnóstico bio-psicológico del estado mental del procesado.

Es fácil constatar que la mayoría de los códigos penales en Europa y América ha adoptado un concepto de inimputabilidad referido a la capacidad psíquica del autor del injusto. Como ya se ha tenido ocasión de explicar, dichas legislaciones hacen recaer la imputabilidad del individuo en su capacidad para comprender el sentido de su conducta y para autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Si se tiene en cuenta que no todas las enfermedades mentales afectan de la misma forma y con la misma intensidad las funciones y/o capacidades psíquicas superiores (cognición, volición afectiva, etc.), resulta casi obvio que para la declaratoria de inimputabilidad por trastorno mental no es suficiente que se constate el hecho de que el sujeto sufre alguna de las patologías contenidas en los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales, tales como el DSM-IV-TR o el CIE-10. Se requeriría, además, demostrar que esa concreta patología que afecta al autor del injusto, limita hasta tal punto sus funciones psíquicas superiores que elimina su capacidad para comprender el sentido de sus acciones o para autodeterminarse conforme a dicha comprensión.⁷⁴¹

Pues bien, dando por sentado lo anterior, la cuestión que debemos responder ahora es la relativa a si la psiquiatría está en condiciones de decirnos con seguridad, más allá de toda duda razonable, cuándo un sujeto afectado por un trastorno mental tiene o no la capacidad de comprender el sentido de su conducta o de determinarse conforme a dicha comprensión. En el supuesto que ello sea posible habrá que establecer también cómo, o por qué métodos, puede la psiquiatría hacer tal cosa.

⁷⁴⁰ Ver *Supra* §II.2.

⁷⁴¹ “Lo antedicho nos permite deducir que en toda pericia psiquiátrica, hay que establecer siempre primero el diagnóstico, en base fundamentalmente al mayor o menor compromiso de las funciones psíquicas, especialmente las relativas al pensamiento (juicio), a la inteligencia y a la conciencia en general, lo que en las conclusiones médico-legales definirá la aptitud o inaptitud del individuo para el libre ejercicio de sus derechos civiles o su imputabilidad o inimputabilidad en caso de delito. Esta tarea un tanto compleja, que requiere de formación y experiencia, pero procediendo en orden y con un buen criterio clínico, juicio crítico y analítico adecuados, resulta factible de realizar” (GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos. *Psiquiatría Forense*, pág. 121).

Para abordar adecuadamente esta cuestión, considero necesario dividir el análisis del dictamen psiquiátrico forense en dos partes:⁷⁴² por un lado, el concepto psicopatológico emitido por el psiquiatra sobre el estado de salud mental del procesado, y por otro, el concepto médico-legal del psiquiatra sobre el estado de afectación de las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado.⁷⁴³ Esta división es de trascendental importancia, pues como intentaré exponer a continuación, cada una de estas partes corresponde a conceptos psiquiátricos de contenido diferente, a los cuales llega el perito mediante la utilización métodos distintos. Además, esta división será muy útil más adelante para entender el nuevo enfoque que se propone en este trabajo, consistente en comprender la prueba pericial de la inimputabilidad desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa.

4.1. Contenido y validez científica del concepto psicopatológico forense:

Para poder emitir cualquier clase de opinión válida sobre el estado mental de una persona acusada de cometer un delito, el psiquiatra forense debe comenzar por indagar acerca de la existencia o no de patologías psiquiátricamente relevantes que afecten al procesado. Este tipo de valoración es de la misma naturaleza que el proceso de diagnóstico al que debe someterse cualquier paciente psiquiátrico, y por ello debe llevarse a cabo de la misma forma en que se hace en la práctica clínica rutinaria: mediante el método de evaluación multiaxial. Este tipo de evaluación procura no sólo identificar los síntomas exteriores de la patología, sino también analizar los factores bio-psico-sociales de relevancia psiquiátrica que afectan al paciente. El éxito de la evaluación multiaxial depende de que el psiquiatra obtenga información correcta y suficiente sobre el estado de salud, la vida y el entorno social del procesado. Dicha información se obtiene principalmente a través de la entrevista con el procesado, y/o con sus familiares, pero también mediante la

⁷⁴² Aunque en el derecho anglosajón el forense comparece al juicio como testigo experto, y su concepto se incorpora al proceso como una prueba mediante su declaración, es usual que antes del testimonio el forense presente un reporte escrito de su dictamen (*written report* o *psychiatric court report*). Este reporte es asimilable al informe o dictamen escrito que presentan los psiquiatras forenses en nuestro derecho, y por ello la bibliografía anglosajona que se ocupa del estudio de la estructura de ese reporte escrito es útil también para intentar comprender la estructura del dictamen pericial psiquiátrico en nuestro derecho. Para una relación de los diferentes modelos existentes acerca de la estructura del dictamen pericial psiquiátrico en la doctrina anglosajona, puede consultarse: BOWDEN, Paul. *The Written Report and Sentences*, pág. 183; CHISWICK, Derek. *The Psychiatric Court Report: Scotland*, pág. 199, o también MCGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79.

⁷⁴³ En la literatura psiquiátrica especializada esta distinción ya existe, y se ha propuesto como una fórmula para abordar el estudio del contenido y alcance del dictamen forense. Al respecto, cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 944; Cfr. también GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos. *Psiquiatría Forense*, pág. 113; MCGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79; DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*, pág. 91.

práctica de pruebas de laboratorio y la realización de cualesquiera otros exámenes médicos o psicológicos que el clínico considere necesarios.

Con la ayuda de la evaluación multiaxial, el psiquiatra debería poder clasificar el cuadro clínico que presenta el procesado, en alguna de las categorías contenidas en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales, tales como el DSM-IV-TR o el CIE-10.⁷⁴⁴ Efectuar una clasificación adecuada permite al especialista acceder a información útil sobre aspectos como: el curso probable de evolución de la patología, los subtipos de esa enfermedad, su prevalencia, los trastornos asociados, sus diferencias con otras enfermedades, etc. Con base en esta información, y en la que el psiquiatra posee sobre los factores bio-psico-sociales que afectan al procesado, puede el profesional proceder a hacer su pronóstico de la enfermedad y definir cuál es el tratamiento que, en su concepto, mejor permite hacerse cargo de la enfermedad.

Para que el dictamen emitido tenga validez clínica, y sobre todo científica, se requiere que los elementos de juicio que soportan el concepto del psiquiatra sobre el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento de la enfermedad se encuentren sustentados en información, datos o evidencias que puedan considerarse científicamente válidos. Es decir, la validez científica del concepto profesional emitido por un psiquiatra en un caso particular depende de que cuente con elementos de juicio que hayan sido obtenidos mediante procedimientos que garanticen el cumplimiento de los estándares científicos del conocimiento. Normalmente, los elementos de juicio que sustentan el dictamen psicopatológico del perito forense provienen principal, aunque no exclusivamente, de tres fuentes: (i) los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales; (ii) los resultados de las pruebas de laboratorio y demás exámenes físicos y/o psicológicos practicados al procesado; y (iii) la anamnesis, que hace parte de la historia clínica y que se nutre principal, aunque no exclusivamente, de la información suministrada durante la entrevista.

En el caso de la información contenida en los manuales de clasificación y diagnóstico (criterios diagnósticos, subtipos de la enfermedad, curso de evolución probable, prevalencia, etc.), debe recordarse que ésta proviene de estudios documentados en la literatura existente, de estudios de epidemiología psiquiátrica elaborados por instituciones públicas o privadas, o de estudios psiquiátricos realizados por las propias organizaciones encargadas de la elaboración de dichos manuales. El valor científico de esta información está dado porque dichos estudios se llevan a cabo mediante procedimientos de estadística inferencial que son sometidos a la revisión y control de un grupo de científicos expertos. Dadas las políticas que orientan la elaboración de estos manuales, se supone que la información allí consignada sólo se publica cuando el grupo de expertos que participa en la elaboración del manual llega a un

⁷⁴⁴ GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos. *Psiquiatría Forense*, pág. 119.

consenso sobre la validez de los procedimientos utilizados en los estudios psiquiátricos respectivos. De esta manera, puede confiarse en que la información que se consigna en los manuales ha sido obtenida mediante procedimientos considerados científicamente válidos, y por eso tiene un aceptable porcentaje de probabilidad de ser correcta.

En relación con la información sobre los factores bio-psico-sociales que afectan al procesado, su validez depende de que los procedimientos utilizados para obtenerla hayan sido aplicados con riguroso apego a estándares metodológicos de calidad y confiabilidad avalados por la comunidad científica de la respectiva especialidad. Por ejemplo, la validez científica de la información contenida en los exámenes de laboratorio sobre el estado de salud físico del paciente depende de que el gabinete encargado de llevar a cabo las pruebas pertinentes cumpla con los estándares de calidad y confiabilidad exigidos por la comunidad científica de la respectiva especialidad.⁷⁴⁵ En estos casos se supone que la validez científica de la información se sustenta no sólo en el respeto a los protocolos de laboratorio, sino también en el hecho de que el gabinete cuente con los equipos necesarios para efectuar el examen, que esos equipos se encuentren debidamente calibrados, que el procedimiento no esté sometido a riesgos de contaminación, etc.

Y finalmente, la validez de la información sobre los aspectos psíquicos y sociales del procesado se sustenta, por un lado, en la calidad de las técnicas y procedimientos utilizados por el propio psiquiatra durante la entrevista, y por otro, en la existencia de evidencias que las respalden. Se supone que tanto la descripción de los procedimientos seguidos durante la entrevista, como la relación de las observaciones y evidencias halladas durante la misma, se encuentran compendiadas, clasificadas y sistematizadas en la anamnesis. Por esta razón, la historia clínica debe contener la evidencia que demuestra cuáles fueron los procedimientos y técnicas de entrevista utilizados por el psiquiatra, y las pruebas que sustentan la información consignada en la anamnesis.⁷⁴⁶ Llegado el caso, la historia clínica debe permitir verificar si los procedimientos y técnicas utilizados por el perito corresponden a los avalados por la comunidad psiquiátrica y si los datos e informaciones que presenta como apoyo a sus conclusiones son consecuentes con las observaciones o hallazgos producidos durante la entrevista.

Ahora bien, en los primeros apartados de este capítulo he presentado las razones por las cuales puede afirmarse que la información, los datos y la evidencia en que se sustenta el diagnóstico psiquiátrico no son cien por ciento confiables. Ya me he ocupado de explicar cómo es que todos esos elementos de juicio se encuentran expuestos en alguna medida a una probabilidad de error. Por esta razón resulta oportuno que, llegado este punto, se explique

⁷⁴⁵ Sobre el alcance de las pruebas o exámenes de laboratorio en el ámbito de la psiquiatría forense, puede consultarse *ibíd.*, pág. 120.

⁷⁴⁶ Cfr. LITTMANN, Sebastian K., y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*, pág. 81.

cómo es que el dictamen psicopatológico forense, a pesar de la existencia de una probabilidad de error más o menos amplia en los elementos de juicio que lo sustentan, puede considerarse una fuente de conocimiento científico sobre el estado de salud mental del procesado.

Es cierto que el conocimiento científico tiene una pretensión de veracidad y universalidad que es consustancial a él. Sin embargo, esta pretensión de veracidad no implica que sólo el conocimiento verdadero pueda ser científico. Justamente, una de las propiedades del conocimiento científico es ser susceptible de revisión. La ciencia, por definición, no sólo no se opone a que sus teorías sean sometidas innumerables veces a diferentes tipos de pruebas para confirmar o descartar la veracidad, sino que de hecho promueve este tipo de prácticas por ser inherente a su finalidad: el conocimiento. Lo que diferencia al conocimiento científico de otro tipo de saberes es su confianza y apego a la razón, y con ello al método. Las teorías científicas, a diferencia de otros tipos de teorías, pueden ser verificadas mediante la realización de pruebas que confirmen o nieguen su validez. De esta manera, cuando una teoría no supera las pruebas racionalmente diseñadas para comprobar su veracidad, se concluye que ésta no constituye conocimiento científico y deben originarse nuevas investigaciones. Tan sólo la disposición del conocimiento científico a su revisión constante y permanente permite que la confianza en las teorías vigentes no se convierta en un obstáculo para el logro de los propios objetivos de la ciencia: la producción del conocimiento y el progreso de la humanidad.

A mi juicio, no es el hecho de ser infalible lo que caracteriza el saber científico. Es la existencia de la posibilidad de comprobar su veracidad, a través de algún método racional y objetivo, lo que hace que un conocimiento pueda adquirir ese estatus. Por esta razón, una teoría sólo constituye conocimiento científico cuando sus afirmaciones son susceptibles de comprobación mediante un método definido bajo criterios racionales y objetivos de decisión.⁷⁴⁷

Si se acepta esta postura, puede decirse que el diagnóstico de las enfermedades mentales, cuando se realiza siguiendo los procedimientos reconocidos por la comunidad psiquiátrica, constituye de alguna forma conocimiento científico. En el caso del diagnóstico psicopatológico sobre la salud mental de una persona acusada de cometer un delito, obsérvese que

⁷⁴⁷ No es del caso entrar ahora en esa acalorada discusión que existe en el ámbito de la filosofía de las ciencias, en relación con el sentido de las expresiones <<racional>> u <<objetivo>>. Soy consciente que se trata de palabras con una connotación epistemológica muy compleja, en relación con los cuales hay un debate profundo. Por esta razón me tomaré la licencia de dar por descontado el marco teórico de este debate, y me limitaré a señalar que para los efectos de este trabajo, entendiendo que los criterios que definen el método son <<racionales>> cuando responden a una estructura lógica distinguible y guiada por principios y reglas de decisión claramente determinados, y que son <<objetivos>> cuando no dependen exclusivamente de las impresiones, gustos, opiniones o creencias personales e incontrastables del investigador, sino de elementos de juicio revisables por cualquier persona que efectúe la prueba según el método.

éste no depende solamente de los factores subjetivos que determinan el concepto personal del psiquiatra. Es cierto que el diagnóstico puede estar viciado por algunos factores subjetivos que afectan al profesional, como por ejemplo la influencia prevalente de cierta corriente de pensamiento psiquiátrico, su entorno cultural o incluso sus creencias filosóficas, políticas o religiosas. No obstante, el dictamen psicopatológico está enmarcado por un mínimo de racionalidad y objetividad, dado no sólo por el conjunto de principios y reglas metodológicas que debe respetar, sino también por la existencia de criterios de decisión que no dependen de él, sino de los acuerdos a los que en determinado momento llega la comunidad psiquiátrica sobre un punto en particular. De esta forma, cualquiera que sea el sentido del diagnóstico psicopatológico emitido por el perito forense, la psiquiatría cuenta con métodos aceptablemente racionales y objetivos para corroborar su acierto. Llegado el caso, el dictamen del psiquiatra forense sobre el estado psicopatológico del procesado puede ser sometido a comprobación para establecer, mediante un método aceptablemente racional y objetivo, si sus conclusiones son o no correctas.

Al hilo de esta perspectiva, parece plausible señalar, a manera de corolario, que *la existencia de los mecanismos para la comprobación de los diagnósticos psicopatológicos permite afirmar que a pesar del margen más o menos amplio de probabilidad de error al que se encuentran expuestas sus conclusiones, la psiquiatría contemporánea está en capacidad de producir conocimiento científico sobre el estado de salud mental de una persona acusada de cometer un delito.*

Ahora bien, si aceptamos esta conclusión podemos decir que la psiquiatría es capaz de ofrecer al derecho penal en general, y a los operadores de la justicia en cada caso particular, respuestas científicas para ciertas preguntas. Estas cuestiones a las que la psiquiatría puede responder científicamente podrían reducirse para los fines de este trabajo, y sin pretensión alguna de rigurosa exhaustividad, a las siguientes preguntas: **i)** si el sujeto padece alguna anomalía física u orgánica identificada y asociada a alguna enfermedad mental; **ii)** si el sujeto presenta un cuadro clínico que se adecue a los criterios diagnósticos de alguna de las patologías descritas en los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales reconocidos y avalados por la comunidad psiquiátrica; **iii)** en algunos pocos casos, podría ofrecernos información científica acerca de la etiología probable de la patología; **iv)** cuál es el pronóstico probable de evolución futura de la enfermedad mental identificada; y finalmente **v)** si existe tratamiento psicológico, farmacológico o cualquiera otro de distinta naturaleza que pueda ayudar a tratar la enfermedad en sus causas o en sus síntomas.

En conclusión, puede decirse que la psiquiatría está en condiciones de contestar científicamente a estas preguntas, ya que en relación con cualquiera de ellas se dispone de un método aceptablemente racional y objetivo para comprobar la veracidad de sus respuestas. *A contrario sensu*, cualquier

pronunciamiento más allá de los que está en condiciones de demostrar con los métodos y elementos de juicio de que dispone, no es realmente un dictamen científico sino una opinión profesional del perito.⁷⁴⁸

4.2. Contenido y validez científica del concepto médico-legal sobre las funciones psíquicas superiores del procesado:

Dado que de la comprobada existencia de un trastorno mental no se deduce la inimputabilidad, el concepto psicopatológico sobre el estado de salud mental del procesado no es suficiente en materia penal. Además de eso, el juez requiere tener certeza acerca de la gravedad e intensidad en que se encontraban afectadas, al momento de cometer el injusto, las facultades mentales superiores de comprensión y volición en el acusado. Esto nos lleva a la segunda parte del dictamen psiquiátrico forense, consistente en el concepto médico-legal sobre la capacidad del procesado para comprender el sentido de su conducta y determinarse conforme a dicha comprensión.

Para abordar esta cuestión con algún rigor es importante diferenciar varias circunstancias: (i) por un lado, debe considerarse el supuesto en el que el diagnóstico psicopatológico concluye que el procesado no padece al momento de la valoración trastorno mental alguno; y (ii) por otra parte, está el evento en el cual el diagnóstico psicopatológico practicado determina exactamente lo contrario, o sea, que el acusado padece al momento de la valoración psiquiátrica un trastorno mental. En lo que sigue intentaré abordar por separado cada una de estas diferentes hipótesis, para determinar si hay posibilidad de que la psiquiatría responda a la cuestión de la capacidad de comprensión y autodeterminación del acusado, desde una perspectiva rigurosamente científica.

4.2.1. Validez del dictamen sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado, cuando este no presenta patología alguna:

El examen médico-legal practicado por el psiquiatra forense a la persona acusada de cometer un delito, como se ha explicado, se lleva a cabo en la práctica a través del método de evaluación multiaxial. La columna vertebral de este método de evaluación bio-psico-social consiste en establecer si el procesado presenta el cuadro clínico de una patología psiquiátricamente relevante y determinar a cuál de las categorías nosológicas contenidas en los manuales diagnósticos pertenece. La determinación de la clase de enfermedad que padece el procesado le permite al psiquiatra hacer uso de la información contenida en los manuales diagnósticos sobre la correspondiente patología, en

⁷⁴⁸ En este mismo sentido, cfr. ROBERTS, Paul. *Will you stand up in court? On the admissibility of psychiatric and psychological evidence*, pág. 71; también cfr. NEDOPIL, Norbert. *The Boundaries of courtroom expertise*, pág. 497.

orden a emitir un concepto más y mejor informado sobre la naturaleza e intensidad de la afectación mental.

Sin embargo, no siempre la evaluación psicopatológica del procesado arroja resultados positivos, en el sentido que no siempre pueden encontrarse elementos de juicio que indiquen que padece algún trastorno mental. En la práctica forense cotidiana es perfectamente posible que luego de realizar el estudio bio-psico-social del acusado, el psiquiatra concluya que no se observa en éste el cuadro clínico correspondiente a alguna de las enfermedades descritas en los manuales de clasificación y diagnóstico de los trastornos mentales. En estos casos el diagnóstico psiquiátrico forense puede decantarse por afirmar que, al momento de la evaluación, el procesado se encuentra en condiciones de salud mental “normales”.

Por supuesto, una conclusión en ese sentido no contribuye suficientemente a determinar la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, por dos razones: en primer lugar, porque lo importante a efectos de establecer la capacidad de culpabilidad del acusado no es determinar cuál era su estado de salud mental al momento de la evaluación psiquiátrica, sino al ejecutar el injusto;⁷⁴⁹ y en segundo lugar, porque como se sabe, es perfectamente posible que el procesado no se encuentre afectado al momento de la evaluación psiquiátrica por trastorno mental alguno, y que sin embargo sí lo hubiera estado al momento de ejecutar el injusto. Esto último, especialmente, cuando la dinámica real de la administración de justicia abre una distancia temporal importante entre la ejecución del hecho punible y la evaluación psiquiátrica forense.

Pues bien, a esta altura estimo que no hace falta una explicación adicional, acerca de que “*la coincidencia temporal entre la existencia del trastorno y los hechos sometidos a análisis medicolegal*”,⁷⁵⁰ debe existir para que pueda hablarse de inimputabilidad. Sin embargo, no sobra recordar que al interior del proceso penal, no es suficiente establecer que el procesado padece en la actualidad, o padecía para la época de la comisión del injusto, una patología reconocida en los manuales de diagnóstico como enfermedad mental. Ni siquiera es suficiente afirmar que dicha patología, en la actualidad, limita de forma grave la capacidad del acusado para comprender el sentido de sus acciones, o para determinarse conforme a dicha comprensión. Aun cuando se acepte que la psiquiatría está en condiciones de responder científicamente semejantes interrogantes, queda pendiente el problema de que lo importante para efectos de la imputabilidad es saber si dichas funciones psíquicas superiores se encontraban afectadas en el momento de ejecutar el injusto.

⁷⁴⁹ Cfr. por ejemplo, McGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79, o también VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 941.

⁷⁵⁰ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 941.

Ciertamente, el diagnóstico del estado mental actual del procesado tiene una enorme relevancia dentro del proceso penal, como por ejemplo cuando se necesita valorar la procedencia y el alcance de eventuales medidas de seguridad. No obstante, dicha información no contribuye en gran medida a establecer la capacidad de culpabilidad del acusado. Lo que se necesita saber para resolver esto último, repito, es el estado de sus capacidades de comprensión y autodeterminación al momento de la ejecución de la conducta constitutiva del injusto. Por esta razón, la conclusión del psiquiatra forense sobre el estado mental al momento de la evaluación psicopatológica contribuye muy poco a resolver el problema de la imputabilidad si su diagnóstico no se pronuncia acerca del estado mental del procesado al momento de ejecutar el injusto. Así pues, la cuestión a la que debemos responder es si la psiquiatría puede pronunciarse, con algún rigor científico, sobre el estado de salud mental del procesado en un momento anterior, a partir de la información obtenida en una evaluación realizada en la actualidad (lo que en todo caso tampoco es suficiente para efectos de establecer la inimputabilidad).

En términos generales, podría decirse que la respuesta a esta pregunta depende del contenido y alcance de la información obtenida en la evaluación realizada por el psiquiatra forense. En la literatura psiquiátrica disponible algunos autores afirman que cuando la evaluación indica que el procesado padece actualmente una patología reconocida, eventualmente podría indicarse cuál era su estado de salud mental al momento de ejecutar el injusto. Estos autores parten de la premisa que los trastornos mentales, al igual que cualquiera otra enfermedad, no surgen y desaparecen espontáneamente, sino que son un fenómeno que tiene un curso de evolución desde que aparecen sus causas hasta su remisión. Debido a esta circunstancia, si se conoce claramente cuál es el tipo de patología que afecta actualmente al procesado, y se conoce su curso de evolución normal, el psiquiatra podría determinar con bastante probabilidad de acierto cuál era el estado de esa patología para la época de la comisión del injusto.

Sobre el particular, vale la pena anotar que la información que suministran los manuales de clasificación y diagnóstico sobre el curso de evolución normal de la enfermedad es fundamental no sólo para la elaboración del pronóstico sobre el estado mental del procesado en el futuro, sino también para determinar cuál era éste en el pasado. Gracias a la aplicación del método multiaxial, el psiquiatra puede establecer a qué categoría diagnóstica pertenece el cuadro clínico que presenta el procesado, y con base en la información contenida en los manuales sobre el curso normal de evolución de esa clase de patologías hacerse a una idea de cuál ha sido el proceso de evolución de su trastorno, desde que apareció hasta la fecha del diagnóstico forense. De esta forma, el psiquiatra podría, con ciertas restricciones y bajo ciertas condiciones, llegar a responder con rigor científico aceptable cuál era el estado mental del acusado al momento de ejecutar la conducta. Por lo demás, es claro que en estos casos la identificación de los síntomas que conforman el cuadro clínico del procesado es absolutamente imprescindible, ya que ésta es la base para la clasificación

nosológica de la patología, la que a su vez le permite al psiquiatra ubicar la información estadística que ofrecen los manuales diagnósticos sobre el curso normal de evolución de la enfermedad, la que a su turno le orienta sobre el estado mental probable al momento de la ejecución del delito.

No obstante, la cuestión que nos ocupa ahora es algo diferente, porque lo que caracteriza el supuesto que estamos estudiando es precisamente que aquí la evaluación psicopatológica no ha hallado enfermedad mental alguna en el procesado. Cuando el procesado presenta un cuadro clínico que corresponde a alguno de los trastornos mentales documentados, el psiquiatra forense puede aproximarse a su estado de salud en un momento anterior, valiéndose para ello de la información que ofrecen los manuales sobre el curso de evolución normal de la enfermedad. Pero cuando el diagnóstico psicopatológico concluye que el psiquiatra no ha encontrado síntomas que correspondan a alguna de las enfermedades mentales clasificadas en los manuales diagnósticos, la situación es completamente diferente. En estos supuestos la psiquiatría no puede, y no debe, responder a la pregunta sobre si el acusado tenía, al momento de ejecutar el injusto, capacidad de comprender el sentido de la ilicitud de su acción y determinarse conforme a esa comprensión, ya que sencillamente carece de los elementos de juicio necesarios para emitir un concepto sobre ese tema.

En efecto, si el procesado no muestra en la actualidad síntomas propios de alguna patología reconocida, el psiquiatra forense carecería de los datos necesarios para clasificar el trastorno en alguna de las categorías nosológicas de los manuales de diagnóstico. En este caso, el perito forense tampoco contaría con la información estadística sobre el curso de evolución normal de la enfermedad, la que a su vez es indispensable para determinar, con alguna probabilidad de acierto aceptable, cuál era el estado mental del procesado al momento de ejecutar la conducta constitutiva del injusto. Dicho en otras palabras, si el procesado no muestra en el presente los síntomas propios de alguna de las categorías nosológicas, el psiquiatra no puede pronunciarse sobre la preexistencia de una enfermedad mental en el pasado, por cuanto carece de elementos de juicio válidos para fundamentar un concepto sobre ese tema. Por esta razón, parece plausible sostener que el psiquiatra no puede emitir concepto alguno sobre el estado mental del procesado al momento de ejecutar el injusto, allí donde no es posible identificar en la actualidad los síntomas propios de una enfermedad mental:

*“en los casos en los que no existe patología, nosotros no somos partidarios de afirmar categóricamente que el inculpado <<es plenamente imputable>>, lo cual supone negar la posibilidad de que pudieran existir factores latentes o transitorios que no hemos podido apreciar durante la exploración. Por ello, en tales casos somos partidarios de formular afirmaciones tales como <<no se ha detectado patología que afecte las bases psico-biológicas de la imputabilidad>> o que afecte <<las capacidades de conocer y de obrar>> u otras similares”.*⁷⁵¹

⁷⁵¹ Cfr. *ibíd.* En este mismo sentido, cfr. McGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79.

Ahora bien, es verdad que a través del proceso penal pueden obtenerse medios de prueba como testimonios o documentos, relativos al comportamiento o al estado de salud físico del procesado al momento de ejecutar el injusto. Incluso, el mismo *modus operandi*, o el grado de ensañación con la víctima, pueden decir mucho sobre el estado psíquico del procesado al momento de la comisión del delito. No obstante, como intentaré demostrar en el apartado siguiente, ese tipo de diagnósticos, dictámenes o conceptos psiquiátricos forenses no son fuente de conocimiento científico sobre el estado de salud mental del procesado al momento de la ejecución del injusto. No al menos en el sentido de las ciencias empíricas.

Finalmente, sólo quisiera llamar la atención respecto a que la información estadística sobre el curso de evolución probable de la enfermedad únicamente puede ofrecer al psiquiatra elementos de juicio válidos para emitir una opinión científica sobre la preexistencia o no del trastorno mental al momento de la ejecución del hecho punible. Sin embargo, con esto no se ha dicho nada aún sobre el punto más neurálgico del debate sobre la inimputabilidad. El psiquiatra forense debería, además, aclarar si esa enfermedad, preexistente para la época de la ejecución del injusto, afectó la capacidad del procesado para comprender el sentido de su acción, o para determinar conforme a dicha comprensión. Entonces, suponiendo que la psiquiatría esté en condiciones de aclararnos si el procesado padecía algún trastorno mental al momento de ejecutar el injusto, deberíamos ocuparnos de indagar sí, y en dado caso por qué métodos, ella podría también respondernos la pregunta acerca de si esa enfermedad preexistente afectó además las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado en ese mismo momento.⁷⁵²

4.2.2. Validez del dictamen sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado, cuando éste ha sido diagnosticado con alguna patología:

El propósito de la evaluación psicopatológica es determinar si la persona acusada de cometer un delito, se encuentra afectada por algún trastorno mental. Sin embargo, como se ha dicho, este tipo de diagnóstico no es

⁷⁵² Queda también pendiente la cuestión de si la psiquiatría está en condiciones de decir algo sobre la capacidad de comprensión y autodeterminación de las personas que son consideradas “normales” o “sanas” mentalmente hablando. O sea, si aun cuando se compruebe que la persona no padece patología alguna, la psiquiatría puede determinar si ésta tenía la capacidad de comprender el verdadero sentido de sus acciones (pregunta de naturaleza epistemológica) y de decidir libre y voluntariamente su realización (pregunta de naturaleza axiológica). Sin embargo, he preferido eludir conscientemente esta pregunta, por cuanto ello refiere inmediatamente al problema filosófico del libre albedrío, el cual excede por mucho los propósitos y alcances de este trabajo. Sobre algunos aspectos puntuales de esta discusión, referidos específicamente al tema forense, aunque no es un estudio exhaustivo de ella, puede consultarse WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 266.

suficiente para efectos de decretar judicialmente la inimputabilidad. Por esta razón, una vez establecida la existencia de un trastorno mental, el perito forense debería determinar si esa patología pudo afectar las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto, en la forma en que lo sugiere el concepto de imputabilidad (aspecto cualitativo). Además, luego debería proceder a establecer con qué intensidad, o en qué medida, esa afectación de sus capacidades cognitiva y volitiva le impedía comprender el sentido de la ilicitud de su acción o determinarse conforme a dicha comprensión (aspecto cuantitativo). Para responder a estas dos últimas cuestiones no es suficiente el diagnóstico psicopatológico. Por esta razón, el psiquiatra forense debe llevar a cabo una valoración adicional, consistente en una evaluación médico-legal orientada a establecer el estado de las capacidades de comprensión y autodeterminación de la persona acusada de cometer un delito, al momento de ejecutar el injusto. Las condiciones y limitaciones propias de esta evaluación médico-legal son el tema que intentaré abordar a continuación.

Como punto de partida es importante señalar que un sector de la psiquiatría, especialmente en el ambiente anglosajón, pero también en nuestra tradición, niega categóricamente de entrada que la psiquiatría contemporánea, con las herramientas de que dispone, pueda responder desde el ámbito de las ciencias empíricas —que es el suyo propio— la pregunta acerca de si el procesado, al momento de ejecutar la conducta constitutiva del injusto, tenía la capacidad de comprender el sentido de la ilicitud de su conducta o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Incluso para algunos que se han ocupado con particular atención de los temas forenses, la psiquiatría no está en condiciones de responder las preguntas que se le formulan en relación con los presupuestos sustanciales de la inimputabilidad. Son varios los autores que afirman que la capacidad de comprender el sentido de la conducta, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, son asuntos en relación con los cuales la psiquiatría no puede dar respuesta, por cuanto ellos suponen una serie de valoraciones que son ajenas a su objeto, y que no pueden abordarse con su método. Desde esta perspectiva, la opinión que puede llegar a emitir un psiquiatra sobre la capacidad de comprensión o autodeterminación de un procesado, no sólo carece por completo de valor científico, sino que puede ser incluso inmoral.

“Forzar un psiquiatra a hablar en términos de habilidad para distinguir entre lo bueno y lo malo, y de responsabilidad legal es —permítanos admitirlo abierta y francamente— forzarlo a violar el juramento Hipocrático, así como a violar el juramento hecho por él como un testigo a decir la verdad y no más que la verdad, forzarlo a perjurar en detrimento de la justicia. Por lo que sea, si no perjura, si un médico habla de lo bueno o lo malo, y de responsabilidad criminal, y de comprensión de la naturaleza y la calidad del acto criminal cometido, cuando él, el psiquiatra, realmente no sabe absolutamente nada acerca de tales cosas, cuando ellas le son presentadas a él en términos de cuestiones hipotéticas, basadas en asunciones legales y psiquiatría hipotética... es bastante obvio que es algo inmoral.”⁷⁵³

⁷⁵³ La traducción es mía. Palabras de Gregory Zilboorg M.D. Cit. por WEIHOFEN, *Psychiatry and the Law of Criminal Insanity*, pág. 52.

Los sectores más radicales llegan a sostener incluso que la psiquiatría no tiene absolutamente nada que decirle al derecho penal, por lo que proponen excluir esta ciencia de los debates judiciales.⁷⁵⁴ De hecho, actualmente es posible encontrar en la doctrina anglosajona, cada vez con más frecuencia, artículos en los que se sugiere la reelaboración del modelo de colaboración existente entre estas disciplinas,⁷⁵⁵ o en los que se pronostica, incluso, el fin del trastorno mental (*insanity*) como causal excluyente de responsabilidad criminal.⁷⁵⁶

*“En el terreno del derecho penal, el jurista profesional pierde por su parte su responsabilidad al abandonar crecientemente al psiquiatra la decisión de los hechos delictivos, especialmente graves, tarea que el racionalismo impone al mismo psiquiatra y que éste, valiéndose de los medios de la auténtica ciencia natural, en modo alguno está en condiciones de realizar”.*⁷⁵⁷

Por lo demás, parece justo admitir que le asiste en parte la razón a los defensores de esta postura, pues no deja de causar cierta perplejidad lo contradictorio que resulta apelar a una ciencia que intenta explicar el comportamiento humano desde una perspectiva determinista (psiquiatría), para indagar si la persona acusada de cometer un delito obró con libertad y conciencia al momento de ejecutar el injusto. Ya algunos autores se han pronunciado sobre el hecho de que el objeto de la psiquiatría y la psicología, como ciencias empíricas, es explicar el comportamiento en términos causales, lo cual implica necesariamente la adopción de una postura determinista frente al debate sobre el libre albedrío. En consecuencia, es por lo menos inquietante que en el marco de un proceso penal, donde la capacidad del sujeto para obrar de forma consciente y voluntaria es condición ineludible para poder atribuir responsabilidad (culpabilidad), se recurra a un psiquiatra para determinar el grado de libertad con que pudo haber obrado el sujeto.⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ Hay autores que sostienen que psiquiatría y derecho penal son de hecho incompatibles, pues mientras la psiquiatría se preocupa por el bienestar del delincuente, a quien concibe como un paciente, el derecho penal se preocupa por el bienestar de la comunidad. Al respecto, cfr. TAPPAN, Paul W. *Medico-legal Concepts in Criminal Law*.

⁷⁵⁵ En este sentido puede consultarse, por ejemplo, YANNOULIDIS. *Mental Illness, Rationality and Criminal Responsibility*; o también PERLIN, *Psychodynamics and the Insanity Defence: “Ordinary Common Sense” and Heuristic Reasoning*; WILLIAMS. *Reduction in the Protection of Mental Ill Criminal Defendants: Kansas Upholds the Replacement of The M’naughten Approach with the Mens Rea Approach, Effectively Eliminating the Insanity Defence*; DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*. En castellano pueden consultarse: URRUELA. *Hacia un Nuevo Modelo de Cooperación Entre Derecho Penal y Psiquiatría en el Momento de Enjuiciamiento de la Inimputabilidad en Virtud de Anomalía o Alteración Psíquica*; o también ECHEBURRIA, *Psicopatología y Criminología, una Difícil Interdisciplinariedad*; MALDONADO, *Problemas Médico-Legales en la Culpabilidad*; HIGUERA, *La Prueba Pericial Psiquiátrica en los Procedimientos Judiciales Penales y la Medicina Forense en España: Una Respetuosa Llamada <<Urgente>> de Atención*; o también, finalmente, PEDRAZ, *Apuntes Sobre la Prueba Pericial en el Proceso Penal. Particular Consideración de la Pericia Psiquiátrica*.

⁷⁵⁶ Así, por ejemplo, pueden consultarse autores como SPRING, *The End of Insanity*; o SLOBOGIN, *An End to Insanity Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases*.

⁷⁵⁷ WEBER, *Economía y Sociedad*, pág. 659.

⁷⁵⁸ Cfr. WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 266.

En cualquier caso, debe aclararse que esta posición corresponde sólo a un sector de la doctrina psiquiátrica. Al lado de quienes defienden esta tesis “pesimista”, es posible encontrar un nutrido grupo de autores que se decantan por la idea de que la psiquiatría puede, en algunos casos, dar respuesta a las preguntas sobre la capacidad de comprensión y autodeterminación de un sujeto acusado de cometer un delito.⁷⁵⁹ De hecho, la posición oficial de la Asociación Americana de Psiquiatría al respecto es la siguiente.⁷⁶⁰

Insanity Defense *POSITION STATEMENTS*

Approved by the Board of Trustees, December 2007
Approved by the Assembly of District Branches, November 2007

"Policy documents are approved by the APA Assembly and Board of Trustees... These are ...position statements that define APA official policy on specific subjects..." APA Operations Manual

The insanity defense¹ is deeply rooted in Anglo-American law. Although the specific standard by which legal insanity is determined has varied over time and across jurisdictions, the insanity defense has always been grounded in the belief that there are defendants whose mental conditions are so impaired at the time of the crime that it would be unfair to punish them for their acts.

Recognizing that the insanity defense plays a critical role in the administration of criminal justice in the United States, the American Psychiatric Association endorses the following positions:

1) Serious mental disorders² can substantially impair an individual's capacities to reason rationally and to inhibit behavior that violates the law. The APA strongly supports the insanity defense because it offers our criminal justice system a mechanism for recognizing the unfairness of punishing persons who exhibit substantial impairment of mental function at the time of their actions.

2) The APA does not favor any particular legal standard for the insanity defense over another, so long as the standard is broad enough to allow meaningful consideration of the impact of serious mental disorders on individual culpability.

¹*By the term "insanity defense," we include verdicts of "not guilty by reason of insanity," "guilty but not criminally responsible," and related formulations.*

²*"Serious mental disorder" is meant to encompass not only major psychiatric disorders, but also developmental disabilities and other causes of impaired mental function (e.g., severe head trauma) that otherwise meet the legal criteria for the insanity defense.*

Los autores que se adscriben a esta última corriente reconocen, sin embargo, que para poder dar una respuesta a estas preguntas, el psiquiatra no puede recurrir a los métodos propios de las ciencias empíricas, principalmente por dos razones: en primer lugar, porque la psiquiatría no cuenta con evidencias empíricas que le permitan demostrar en todos los casos, ni en forma aceptablemente objetiva, que el trastorno mental diagnosticado afecta las funciones cognitivas o volitivas del procesado (aspecto cualitativo); y en segundo lugar, porque en aquellos casos en los que parece clara la existencia

⁷⁵⁹ Cfr. GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos. *Psiquiatría Forense*, pág. 121; VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*. pág. 942; MCGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79; SOLOMKA, Bohdan. *The role of psychiatric evidence in passing 'longer than normal' sentences*, pág. 253.

⁷⁶⁰ Debo insistir y subrayar en que la posición de la APA se contrae a los términos contenidos en este pronunciamiento, y sólo a los términos del mismo. La APA no ha dicho más ni menos de lo que puede allí leerse, y para preservar la integridad de su posición he preferido abstenerme de traducirlo.

de una afectación, no hay forma de medir su intensidad, cómo para establecer si el acusado conservaba o no la facultad de comprender el sentido de la ilicitud de su acción, o para determinarse conforme a dicha comprensión (aspecto cuantitativo).⁷⁶¹

En efecto, la doctrina psiquiátrica dominante reconoce que, salvo por aquellos casos de extrema gravedad, la psiquiatría forense no cuenta con las evidencias necesarias para demostrar, desde la rigurosa perspectiva de la ciencias empíricas, cuándo una patología puede afectar las funciones cognitiva y volitiva de una persona. Hay casos relativamente fáciles como, por ejemplo, las demencias u oligofrenias profundas, o los trastornos delirantes o alucinatorios, en los cuales basta observar al paciente para darse cuenta que presenta una ruptura tan profunda con la realidad que difícilmente puede comprender el sentido de sus acciones, y mucho menos determinarse conforme a esa comprensión. Sin embargo, estos casos no son la mayoría, y sólo en escasas oportunidades los peritos forenses encaran diagnósticos relativamente tan sencillos como éstos.

En la práctica, los psiquiatras forenses deben enfrentarse a procesados que padecen patologías respecto de las cuales no es tan claro ni tan fácil decidir si sus funciones cognitivas y volitivas se encuentran afectadas. Piénsese, por ejemplo, en un sujeto acusado de cometer acto sexual violento con menor de edad que se diagnostica con pedofilia, o en un procesado que se encuentra diagnosticado con un trastorno psicótico por consumo de alucinógenos y que ha sido acusado de homicidio. En estos casos, debido a la naturaleza de los síntomas que caracterizan la patología, no es tan claro que al momento de cometer la conducta el sujeto no hubiera estado en capacidad de comprender el sentido de su conducta o de autodeterminarse conforme a esa comprensión.⁷⁶²

⁷⁶¹ MCGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 97.

⁷⁶² Sólo para observar un ejemplo de la complejidad de los casos a los que se enfrentan regularmente los psiquiatras forenses, puede citarse el caso de Peter Sutcliffe, alias "el destripador de Yorkshire", cuyo caso fue registrado por la prensa española así: "Probablemente, el próximo viernes concluirá el proceso que se sigue en el Tribunal Criminal Central de Londres, Old Bailey, contra Peter Sutcliffe, el destripador de Yorkshire. Para ese día se espera que los doce miembros del jurado decidan si Sutcliffe es responsable de trece asesinatos y de otros siete intentos fracasados. Hasta ahora se había pensado que el destripador podría ser un esquizofrénico paranoico, pero, según el psiquiatra Hugo Milne, varias declaraciones de Peter Sutcliffe atestiguan que el odio que el acusado pretende manifestar con respecto a las prostitutas es, de hecho, un sentimiento contra todo el género femenino.

«¿Piensa usted que está loco?», le preguntó, el martes, a Peter Sutcliffe, el destripador de Yorkshire, su abogado. «No», contestó. «¿Piensa usted que pasará menos tiempo encerrado si la gente considera que tiene problemas mentales?» «No, si yo pensara esto, tendría una enfermedad mental», respondió Sutcliffe con calma. Está engañando a sus acusadores o psiquiatras. La pasada semana, segunda del proceso, Peter Stitcliffe compareció por vez primera como testigo en el juicio que contra él se celebra en el Old Bailey, el Tribunal Criminal Central en Londres. El destripador se ha confesado no culpable del asesinato de trece mujeres, pero sí de homicidio con atenuante, por deficiencia mental, y culpable de siete intentos de asesinato, fechorías cometidas todas en el norte de Inglaterra, entre julio de 1975 y noviembre de 1980.

La cuestión de su locura, que si fuera verdad significaría diez años de reclusión y no treinta, es algo que tiene que decidir el jurado compuesto por seis mujeres y seis hombres, que a diario se sientan en la sala

Además, en la mayoría de los casos el diagnóstico sobre la afectación de las funciones psíquicas superiores no puede ponerse en términos de blanco y negro. En psiquiatría, la pregunta por la afectación de las facultades mentales no puede responderse con un simple “sí” o “no”, sino que debe aceptarse la existencia de grados o escalas de afectación. Ciertamente hay supuestos en los que es relativamente indiscutible que los síntomas propios del trastorno pueden implicar una afectación de la capacidad cognitiva o volitiva del sujeto. Sin embargo, el asunto es que es muy difícil medir la intensidad de dicha afectación y, por consiguiente, resulta muy complejo establecer si el sujeto conservaba facultades mentales suficientes para ser considerado imputable. Y es precisamente allí dónde radica la dificultad, porque es imposible medir este fenómeno para establecer con exactitud cuál es el nivel de perturbación que se requiere para perder la capacidad de culpabilidad en derecho penal.⁷⁶³ Asumir una posición diferente, creyendo que la psiquiatría puede responder tajantemente a la pregunta por las capacidades de comprensión y

número 1 del Old Bailey. Allí, a la vista de todo el mundo, están los instrumentos (martillos, cuchillos, sierras) que Sutcliffe utilizó para cometer sus atrocidades pero, sobre todo, resalta ese horrible destornillador afilado que tantas veces utilizó. Quizá por estas pruebas tan evidentes nadie siente compasión. Sutcliffe no da pena. En la galería de Prensa, 83 periodistas se afanan en recoger todo lo que allí se dice, mientras, en la pequeña galería para visitantes, se encuentran el padre de Jacqueline Hill, la última víctima del destripador, o la esposa de Sutcliffe, Sonia. Ella y su marido nunca se miran a la cara.

Salvo cuando habla, Sutcliffe permanece impassible, sin expresión y con la mirada fija. Aunque pálido, no se suele poner nervioso. La excepción fue el no que se le escapó de la garganta cuando se sugirió que podría haber tenido relaciones sexuales con sus víctimas. Este hombre, aparentemente frío y con control de sí mismo, camionero y de 34 años de edad, podría ser un esquizofrénico paranoico. A los diecinueve o veinte años de edad, cuenta, cuando estaba trabajando como sepulturero en el cementerio de Bingley, oyó unas voces, «la voz de Dios», y lo que los psiquiatras llaman una experiencia primaria, que al principio no entendió, pero que con el tiempo fue aclarándose. «Dios me dijo que las prostitutas eran la escoria de la tierra y que había que acabar con ellas», confesó Sutcliffe, no a la policía, sino a los psiquiatras. El destripador ha señalado que no mataba por placer ni odiaba a las prostitutas, aunque sus dos primeros crímenes fueron cometidos antes de saber de esa «misión divina». También ha hablado de sus relaciones con Sonia, de sus celos y de cómo, tras una disputa, se fue en busca de una prostituta, que le engañó.

Según Hugo Milne, uno de los psiquiatras que han estado prestando declaración como testigos, Sutcliffe tiene un coeficiente de inteligencia superior al normal, es astuto, inteligente y articulado, y, aunque parece que ha sufrido de esquizofrenia paranoica durante más de catorce años, mostrando diecinueve de los síntomas de esta enfermedad, podría estar mintiendo. Algo similar declaró el doctor Malcom MacCulloch, que afirmó que Sutcliffe creía poder leer el pensamiento de sus víctimas.

El fiscal general, Michael Havers, intenta deshacer el argumento de la defensa, pues seis de las trece víctimas no eran prostitutas. «no», replicó el destripador, «sabía cuando lo hice que cada una de ellas era una prostituta. También ha levantado sospechas en el fiscal general el hecho de que Sonia padeciera también de esquizofrenia desde 1972, creyendo ser el segundo Cristo. ¿No habría podido Sutcliffe inspirarse en los síntomas de su mujer? Los psiquiatras no están de acuerdo sobre este tema». Diario El País (España). Noticia publicada el día 19 de mayo de 1981. Puede consultarse en http://www.elpais.com/articulo/ultima/REINO_UNIDO/destripador/Yorkshire/misogino/elpepiult/19810519/elpepiult_8/Tes/, consultado el 14 de noviembre de 2002.

⁷⁶³ “It may be that we are all fully responsible, at least within the limits of Mac Naughton madness: it may be that none of us can help anything he does, or it may be that the responsibility varies from person to person and from time to time in the same person. But on these issues, neither logic nor commonsense, neither science nor philosophy, can give firm answer. Behaviour is observable: culpability, I submit, is not – unless by God” (WOOTTON (1960). Op. cit. en WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 265).

autodeterminación del autor de un injusto, es —por decirlo de alguna forma— un enfoque excesivamente reduccionista.

*“Por ejemplo, una madre afectada de una depresión psicótica puede llegar al delirio nihilista y de ruina que la lleva a la convicción de que, irremisiblemente, ha llegado a una situación calamitosa que no tiene solución posible. Tal situación puede llevarla al <<suicidio ampliado>>, consistente en que para evitar terribles sufrimientos a su hijo puede llegar a quitarle la vida y posteriormente quitarse la vida propia. Esta madre <<conoce>> que está matando a su hijo, así como el carácter prohibido de tal acción. No obstante, existe una impregnación melancólica de su estado de ánimo y de su dinámica motivacional que hará que tal conducta sea elaborada desde una vivencia delirante que se sobrepone a cualquier otra consideración racional. Por ello, la clásica pregunta sobre si determinado enfermo mental <<tiene capacidad para discernir entre el bien y el mal>> supone un planteamiento reduccionista que no se ajusta a la realidad de determinadas conductas psicopatológicas”.*⁷⁶⁴

Ahora bien, está claro que la falta de evidencia y la imposibilidad de medir la intensidad de la afectación impiden que los psiquiatras aborden la pregunta sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado, a través de métodos empíricos ortodoxos. No obstante, es un hecho que enfrentados a la imperiosa necesidad u obligación de hacerlo, muchos psiquiatras emiten en la práctica opiniones sobre cuestiones como la capacidad del procesado para comprender el sentido de su conducta o para autodeterminarse conforme a esta comprensión. Dada esta situación, la pregunta que puede uno formularse es la siguiente: ¿si resulta imposible responder los interrogantes acerca del estado de las funciones cognitiva y volitiva del acusado a través de métodos empíricos, entonces qué clase de método utilizan estos peritos para emitir sus dictámenes? Además, ¿tiene ese método algún valor científico?

Las referencias que se hallan en la literatura acerca de la forma en que un psiquiatra puede aproximarse a una respuesta sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado indican que el concepto del perito forense en este punto se sustenta en un razonamiento lógico de tipo deductivo, muy distinto del que se lleva a cabo para efectos del diagnóstico psicopatológico. Para la elaboración del concepto médico-legal, el único camino que tiene el perito forense es la *deducción de argumentos*, a partir de la articulación de sus conocimientos de medicina general y de psiquiatría, con la información que posee sobre las circunstancias del caso. De esta forma, el dictamen médico-legal es el producto de un complejo proceso mental en el que se analiza, compara, interrelaciona, combina etc., diferente tipo de información: (i) la información sobre el estado psicopatológico del procesado y los factores bio-psico-sociales que lo afectan, (ii) la información contenida en los manuales de clasificación y diagnóstico sobre la patología diagnosticada en el procesado, (iii) la información sobre las circunstancias del caso objeto de enjuiciamiento criminal, y (iv) los conocimientos de medicina general y de psiquiatría que posee el perito forense.

⁷⁶⁴ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 942.

Ese complejo proceso mental le permite al psiquiatra inferir, por vía de deducción, una serie de argumentos con los cuales construye un discurso técnicamente fundamentado, el cual tiene el propósito de informar y persuadir al tribunal sobre sus conclusiones acerca del estado de las capacidades cognitivas y volitivas del procesado, al momento de ejecutar el injusto.

"2. Criterio médico-legal. Supone hacer una deducción que, partiendo de la clínica, relacione las funciones psíquicas presuntamente afectadas con los hechos de autos. El clínico debe complementar la valoración diagnóstica con un análisis riguroso de los síntomas presuntamente relacionados con la conducta antijurídica (p. ej. reacción paranoide celóptica, una percepción alucinatoria). El abordaje médico legal lleva implícito entrar en el terreno filosófico del libre albedrío, aunque el clínico debe soslayar esta terminología y limitarse a un análisis estructural de las funciones cognoscitivas y volitivas, que son las dos funciones superiores más diferenciadas del ser humano, con las cuales un acto adquiere plena dimensión de pertenencia a un ser inteligente, auto consciente e intencional capaz de establecer relaciones significativas con el medio en el que vive".⁷⁶⁵

Como han sostenido algunos psiquiatras forenses, no hay autor medianamente serio y/o medianamente riguroso que no acepte que la cuestión sobre las capacidades de comprensión y decisión es en sí misma *"un problema metafísico para el cual ni el derecho ni la psicología pueden encontrar una solución"*.⁷⁶⁶ Debido a esta razón, todo lo que pueden hacer los abogados o los psiquiatras en un caso concreto es presentar sus propias conjeturas u opiniones. Y como quiera que éstas no son susceptibles de demostración empírica, la única forma de escoger entre una y otra es recurriendo al criterio del argumento más convincente o persuasivo: entre varias tesis o teorías sobre la capacidades cognitiva y volitiva del acusado, y ante la imposibilidad de ordenar la práctica de un examen de laboratorio o alguna prueba psicológica que le permita comprobarlas empíricamente, seguramente el juzgador se decantará por aquella que considere mejor argumentada o mejor sustentada.⁷⁶⁷

Por ejemplo, en el caso de un procesado a quien se ha diagnosticado una psicosis grave, o incluso una neurosis, el concepto médico-legal que emite el perito forense debe ser producto de un proceso racional muy complejo, en el que se interrelacione diferente tipo de información sobre el procesado, sobre las circunstancias del caso, y conocimiento técnico-científico sobre la patología. La forma en que debe procesarse esa información, el procedimiento concreto que debe seguir ese tipo de razonamiento, así como los criterios de decisión del mismo, aun no se encuentran definidos en la doctrina psiquiátrica. Debido a esta circunstancia, en los casos de psicosis graves, o de neurosis, la validez del diagnóstico médico-legal depende de la calidad de los argumentos que presente el perito forense para persuadir al juez de que el procesado, por sus

⁷⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 944.

⁷⁶⁶ WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 267. En este mismo sentido, cfr. McGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79; también JEFFERY, C.R. y WITHE, James D. *Law, Insanity and Mental Illness*, pág. 58; también American Psychiatric Association. *Issues in Forensic Psychiatry*, 205.

⁷⁶⁷ Cfr. WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 267. Cfr. también MITCHELL, Barry. *Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*, pág. 631.

características bio-psico-sociales particulares (p. ej., personalidad impulsiva con reacciones paranoides, personalidad depresiva, etc.), por la naturaleza de su patología (p. ej., psicosis grave, neurosis, etc.) y por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que cometió el injusto (p. ej., estímulos altamente estresantes que desatan conductas explosivas incontrolables por el sujeto, o un estado disociativo no elaborado conscientemente), no comprendía el sentido de la ilicitud de su acción o no podía autodeterminarse conforme a dicha comprensión:

“Habitualmente, la inimputabilidad no está afectada en las neurosis ni en las psicopatías o trastornos de la personalidad, aunque en estos casos, excepcionalmente, puede haber una afectación al menos parcial de la inimputabilidad en determinados supuestos:

1. Psicopatías o trastornos de la personalidad graves: especialmente cuando existen elementos psicóticos en la estructura de la personalidad (reacciones paranoides) o cuando se producen conductas impulsivas sin apenas control consciente de la personalidad (trastornos <<explosivos>> o situaciones análogas). Cabe señalar así mismo la asociación de los trastornos de la personalidad con intoxicaciones o drogodependencia. (...)

*2. Neurosis. En situaciones análogas a la anterior (<<psicotización>> parcial de la personalidad, como en reacciones autorreferenciales en personalidades neurótico-depresivas), en trastornos del control de los impulsos, como puede ocurrir en la patología obsesiva, y en estados disociativos no elaborados conscientemente, como en algunas <<fugas>> o estados disociativos histéricos y, en general, en las conductas simbólicas no elaboradas conscientemente y que la clínica psicoanalítica denomina en *acting out*”⁷⁶⁸.*

Ahora bien, por otra parte, es importante observar que a diferencia del diagnóstico psicopatológico, el dictamen médico-legal carece de un método claramente definido por principios o por reglas estandarizadas que garanticen que las conclusiones sean siempre las mismas, independientemente del profesional que lleve a cabo la evaluación. Mientras para el diagnóstico psicopatológico el psiquiatra forense está compelido a respetar los procedimientos del método de evaluación multiaxial, e incluso cuenta con herramientas de ayuda y control como los árboles de decisión contenidos en el apéndice A del DSM-IV-TR, no existe un método estandarizado y avalado por la comunidad psiquiátrica para la elaboración del concepto médico-legal. Así mismo, mientras para el diagnóstico psicopatológico el perito forense tiene la carga de respetar los criterios de decisión diagnóstica contenidos en el DSM-IV-TR o en el CIE-10 (los cuales son reconocidos y avalados por la comunidad psiquiátrica), para la elaboración del concepto médico-legal no existen criterios de decisión unificados que le indiquen en qué sentido puede o no dictaminar sobre las capacidades cognitivas o volitivas del procesado.

Esta importante diferencia entre el diagnóstico psicopatológico y el dictamen médico-legal, explica la insistencia con que el DSM-IV-TR y su *Breviario de Criterios Diagnósticos* afirman:

“El propósito del DSM-IV es proporcionar descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales. La inclusión de categorías diagnósticas como la ludopatía o la pedofilia responde a objetivos clínicos y de investigación, y su formulación no implica que cumplan los criterios

⁷⁶⁸ VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psiquiatría*, pág. 945.

legales o no médicos ajenos a lo que constituye incapacidad, trastorno o enfermedad mental. Las consideraciones clínicas o científicas usadas para categorizar estas relaciones como trastornos mentales pueden ser **irrelevantes** a la hora de pronunciarse sobre temas legales, como responsabilidad individual, intencionalidad o competencia”.⁷⁶⁹

De hecho, en un apartado que me permitiré transcribir por su importancia para el tema de esta investigación, el DSM-IV-TR se refiere explícitamente al alcance del diagnóstico psicopatológico en medicina forense:

“Cuando las categorías, los criterios y las definiciones contenidas en el DSM-IV se emplean en medicina forense, existe el riesgo de que la información se malinterprete o se emplee de manera incorrecta. Este peligro se produce por la discrepancia existente entre las cuestiones legales y el tipo de información contenida en el diagnóstico clínico. En la mayoría de las situaciones el diagnóstico clínico de un trastorno mental según el DSM-IV no basta para establecer la existencia, a nivel legal, de un <<trastorno, discapacidad, enfermedad o defecto mentales>>. Para determinar si un individuo cumple un criterio legal específico (p. ej., competencia, responsabilidad criminal o discapacidad) se requiere información adicional, más allá de la contenida en el DSM-IV: debe incluir información sobre el deterioro funcional de la persona y cómo este deterioro afecta las capacidades particulares en cuestión. Es precisamente debido a la gran variabilidad que puede existir en el deterioro, las capacidades y las incapacidades correspondientes a cada categoría diagnóstica por lo que la asignación de un diagnóstico concreto no denota un grado de específico de deterioro o incapacidad.

Las personas que toman decisiones de tipo no clínico deben saber que un diagnóstico determinado no conlleva implicaciones que tengan que ver con las causas del trastorno mental o con su deterioro asociado. La inclusión de un trastorno en la clasificación (como sucede usualmente en medicina) no requiere la existencia de una etiología conocida. Además, el hecho de que un individuo cumpla los criterios del DSM-IV no conlleva implicación alguna respecto del grado de control que pueda tener sobre los comportamientos asociados al trastorno. Incluso cuando la falta de control sobre el comportamiento sea uno de los síntomas del trastorno, ello no supone que el individuo diagnosticado como tal sea (o fue) incapaz de controlarse en un momento determinado.

Debe decirse que el DSM-IV refleja el consenso sobre la clasificación y el diagnóstico de los trastornos mentales, conseguido en el momento de la publicación inicial del manual. Los nuevos conocimientos generados por la investigación y la experiencia clínica conducirán indudablemente a una mayor comprensión de los trastornos incluidos en el manual, a la identificación de nuevas enfermedades y a la eliminación de otras en futuras clasificaciones. El texto y los tipos de criterios requerirán nuevas revisiones a medida que surjan nuevos datos y nuevos conocimientos.

El uso del DSM-IV en medicina forense debe realizarse teniendo en cuenta los riesgos y las limitaciones explicitadas anteriormente. Si se hace un uso correcto, el diagnóstico y la información diagnóstica pueden ser útiles para quienes hayan de tomar decisiones. Por ejemplo, cuando la presencia de un trastorno mental sea motivo de un dictamen legal (p. ej., procesamiento civil involuntario), el uso de un sistema de diagnóstico determinado aumentará el valor y la fiabilidad del dictamen. Por ser un compendio basado en la revisión de la literatura clínica y de investigación, el DSM-IV puede facilitar el correcto entendimiento de los rasgos relevantes de los trastornos mentales a las personas que toman decisiones legales. La literatura de este tipo sirve también de control sobre las especulaciones no fundamentadas de los trastornos mentales y del modo de actuar del individuo. Por último, la información diagnóstica de tipo longitudinal puede mejorar la toma de decisiones cuando el problema legal concierne al funcionamiento mental de la persona, bien en el pasado o en el futuro”.⁷⁷⁰

La falta de un método definido, con principios y reglas claras que determinen el contenido de las conclusiones independientemente de las características personales del psiquiatra que lleve a cabo la evaluación, es la principal causa de la falta de fiabilidad en el dictamen médico-legal. Nótese que mientras el diagnóstico psicopatológico del perito forense puede ser sometido a un control, mediante la verificación del cumplimiento de los procedimientos y criterios correspondientes al método de diagnóstico avalado por la comunidad

⁷⁶⁹ DSM-IV-TR, pág. XXXV. Breviario de Criterios Diagnósticos DSM-IV-TR, pág. XI.

⁷⁷⁰ DSM-IV-TR, pág. XXXI.

psiquiátrica, el dictamen médico-legal no puede ser contrastado de esta manera. El dictamen médico-legal sólo puede ser desvirtuado mediante uno nuevo, que contenga argumentos para rechazar las conclusiones presentadas en el primero, o para afirmar conclusiones diferentes.

Visto desde esta perspectiva, parece concluyente que *las fuentes de validez de los diagnósticos psicopatológico y médico-legal son diferentes: mientras la validez de las conclusiones del dictamen psicopatológico no depende solamente del criterio y las habilidades profesionales del perito, sino de la posibilidad de convalidarlas mediante procedimientos estandarizados, la validez del diagnóstico médico-legal depende de la calidad de los argumentos presentados por el psiquiatra forense para defender sus puntos de vista profesionales, y para persuadir de ellos al tribunal.*⁷⁷¹ Por esta razón, parece plausible sostener que el dictamen médico-legal sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado es un producto que desborda el método propio de las ciencias empíricas a las que pertenece la psiquiatría, y que sólo se obtiene a través de un método que, en sus líneas más generales al menos, está muy cerca del propio de la ciencias del espíritu.

En efecto, nótese que tras ese complejo proceso racional, a través del cual se deduce el estado de las funciones psíquicas superiores del procesado al momento de ejecutar la conducta punible, lo que realmente subyace es una actividad hermenéutica, mediante la cual el perito intenta comprender una parte del comportamiento del individuo a la que no se puede acceder de forma directa. Lo que en esencia hace el psiquiatra forense para elaborar el diagnóstico médico-legal es tratar de interpretar, descifrar la conducta del procesado a luz de una gran cantidad de información de la que dispone.

Por esta razón, el diagnóstico médico-legal está condicionado no sólo por la información sobre el estado psicopatológico del paciente, sino también por los conocimientos profesionales del perito y por otros factores subjetivos que determinan su lectura de los elementos de juicio a su disposición.⁷⁷²

La prueba de que se trata de una actividad esencialmente hermenéutica está dada por el hecho de que la formación profesional del psiquiatra forense, y otro tipo de factores subjetivos, influyen determinadamente en la forma como él interpreta la información disponible sobre el procesado y sobre el caso materia de enjuiciamiento criminal. Téngase en cuenta que para determinar si al momento de ejecutar el injusto el procesado tenía capacidad para comprender el sentido de la ilicitud de su acción, o para determinarse conforme a esa comprensión, el psiquiatra debe articular en su mente la información que posee

⁷⁷¹ En este sentido, cfr. MITCHELL, Barry. *Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*, pág. 631.

⁷⁷² Cfr. DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*.

sobre el estado psicopatológico del procesado, con otra que depende de factores personales subjetivos que son difíciles de controlar.

Por ejemplo, sus conocimientos de medicina general y psiquiatría están hasta cierto punto influenciados por la escuela en la que ha sido formado, por la doctrina dominante en su época de formación, por el ascendiente que algunos de sus maestros hayan podido tener en él, etc. De manera que al momento de procesar mentalmente la información que posee sobre el diagnóstico psicopatológico del procesado, y sobre las circunstancias del caso materia de enjuiciamiento criminal, a la luz de sus conocimientos profesionales, todos estos factores antes mencionados entran a cumplir un papel preponderante, determinando en alguna medida la forma como él comprende, interpreta, descifra la conducta del procesado al momento de ejecutar el injusto.⁷⁷³

De igual manera, es importante entender que los medios de prueba allegados a un proceso judicial sirven también como fuente de información sobre las circunstancias del caso materia de enjuiciamiento criminal, y especialmente sobre el comportamiento concreto del acusado.⁷⁷⁴ Elementos de prueba tales como los testimonios sobre el comportamiento del procesado, o los documentos que demuestran su estado de salud para esa época, pueden venir a enriquecer y confirmar el concepto del psiquiatra forense en este punto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos medios probatorios son también susceptibles de interpretación, y que con unos mismos medios probatorios pueden construirse varias diferentes teorías sobre los hechos. Por ejemplo, la versión de un testigo sobre el comportamiento del procesado en los momentos previos o concomitantes a la ejecución del delito no sólo está contaminada por las valoraciones e impresiones subjetivas del deponente, sino también por la lectura e interpretación que se haga de sus palabras. Ya que no existe un método definido, con principio y reglas establecidas que le permita al perito identificar y seleccionar la información psiquiátricamente relevante al momento de acceder a otros medios de prueba, y ya que no existe un manual con criterios de decisión claramente definidos acerca de la interpretación que debe dar a esa información, la actividad del psiquiatra se orienta única y exclusivamente por su criterio profesional. Criterio que se encuentra, claramente, influenciado por un sinnúmero de factores subjetivos que son difíciles de aislar y controlar.

Es cierto que también el diagnóstico psicopatológico implica una interpretación de información, especialmente de la información sobre los factores bio-psico-sociales que afectan al paciente, y de la información sobre los síntomas que

⁷⁷³ *Ibíd.*, pág. 90.

⁷⁷⁴ Un sector de la psiquiatría forense considera que el perito sólo debe dictaminar con base en los hechos a los que pueda acceder directa y personalmente gracias a su propia percepción. Por esta razón, rechazan el hecho de que el psiquiatra forense tenga en cuenta otro tipo de evidencia, como testimonios de terceros, informes de policía etc. En este sentido, cfr. ROBERTS, Paul. *Will you stand up in court? On the admissibility of psychiatric and psychological evidence*, pág. 72.

presenta. Sin embargo, la interpretación que se lleva a cabo en este último caso, está en su mayor parte orientada por los criterios diagnósticos contenidos en el DSM-IV-TR o en el CIE-10. De manera que, si bien puede haber lugar a la contaminación por factores subjetivos del psiquiatra, ésta no es la única determinante. En cambio, en el diagnóstico médico-legal el procedimiento seguido para la selección de la información y los criterios utilizados para su interpretación no están claramente definidos, y por ello no queda más remedio que atenerse al criterio profesional del psiquiatra y confiar en su buen juicio. Por esta razón, encuentro que la única forma de soportar racionalmente la validez del dictamen médico-legal es hacerlo en la misma forma en que se hace en otras ciencias humanas y sociales: ponderando la racionalidad y coherencia interna de los argumentos presentados por el perito forense para sustentar su diagnóstico.

Esta forma de proceder al momento de abordar la elaboración del diagnóstico médico-legal es la principal causa de muchas de las críticas que actualmente se ciernen sobre el papel que cumple la psiquiatría en la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental:

En efecto, por un lado, la falta de un método definido, con principios y reglas claramente establecidas, propicia una diversidad de criterios que pone en tela de juicio la fiabilidad de los diagnósticos médico-legales de los psiquiatras forenses.⁷⁷⁵ Como en muchas otras áreas de la psiquiatría, en materia forense se discute intensamente la cuestión de la incontestable falta de unidad de criterio en la doctrina y en la clínica, sobre la naturaleza, la delimitación, las causas, etc., de la enfermedad mental. Y es que además de los enfoques psicoanalítico o conductista, en la actualidad se encuentra también en expansión la corriente psiquiátrico-organicista, lo cual ha impedido que el panorama de la enfermedad mental se decante por una sola perspectiva que propicie la unidad de criterio y la consistencia de los contenidos: por un lado, encontramos un importante sector de la medicina que continúa insistiendo por la vía de la psiquiatría organicista, animados por la confianza en que algún día, cuando nuestros conocimientos de anatomía, neurología, fisiología o genética lo permitan, podremos identificar las causas orgánicas de la enfermedad y ofrecer a los pacientes tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o los que sean necesarios, en orden a obtener el restablecimiento de su salud mental;⁷⁷⁶ pero por otra parte, también se encuentra el sector de la medicina que continúa persuadido de que muchos de los comportamientos ordinariamente asociados

⁷⁷⁵ "It is commonplace, for example, to read about murder trials wherein eminent psychiatrist for the defence are contradicted by equally eminent psychiatrist for the prosecution on the matter of the defendant's sanity" (ROSENHAN, D.L., *On Being Sane in Insane Places*, pág. 66). En este mismo sentido, consultar DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*.

⁷⁷⁶ En este sentido, pueden citarse artículos como, por ejemplo, REIDER, *Toward a New Test for the Insanity Defence: Incorporating the Discoveries of Neuroscience into Moral and Legal Theories*; o también UTHOFF, Gary S. *The XYY Chromosome Complement: Brief Applications of Criminal Insanity Test*.

a las enfermedades mentales no encuentran su origen en un defecto orgánico, sino en causas psicológicas o sociales que se ocultan tras ese universo de complejidad que es el ser humano.⁷⁷⁷

Por esta razón, un sector de la doctrina anglosajona ha sostenido que la falta de unidad de criterio en las bases mismas de la psiquiatría hace posible que las preguntas derivadas de la regla M'Naughten puedan ser respondidas de varias formas diferentes, dependiendo del modelo psiquiátrico desde el cual se aborde el problema de la capacidad de comprensión y autodeterminación en una persona acusada de cometer un delito (problema que está igualmente presente en nuestro derecho). Esta diversidad de enfoques o modelos desde los cuales puede abordarse la misma pregunta, hace que haya una pluralidad de respuestas diferentes posibles (o incluso opuestas), cada una de ellas verdadera desde la perspectiva de sus propios presupuestos. La consecuencia directa de esta situación es que *para un juez, quien necesita una única respuesta para tomar una decisión justa, la pregunta por la capacidad de comprensión y autodeterminación del procesado da la impresión de ser incontestable: ante una pluralidad de diferentes respuestas, cada una de ellas verdadera desde sus propios presupuestos, es apenas obvio que el juez se sienta obnubilado, pues carece de elementos de juicio para decantarse por alguna cualquiera de las diferentes perspectivas posibles:*

*“En el entendido que las reglas M'Naughten son proposiciones para las que no hay consenso respecto de los criterios psiquiátricos establecidos de descripción sintomática las preguntas del test son incontestables”.*⁷⁷⁸

La problemática derivada de la falta de unidad de criterio se hace aun más notoria en aquellos procesos judiciales en los cuales se practica más de un examen psiquiátrico al procesado, y en los que comparece más de un perito forense a rendir su dictamen. En estos casos no sólo es posible, sino incluso normal, que frente a un mismo acusado, y con los mismos elementos de juicio, dos psiquiatras forenses lleguen a opiniones no sólo distintas, sino incluso opuestas, acerca de si éste tenía la capacidad de comprender el sentido de la ilicitud de su acción o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Ello es posible, entre otras razones, porque cada uno de estos peritos puede asumir un enfoque distinto del caso y procesarlo bajo los presupuestos de un modelo psiquiátrico distinto. Entonces, *la falta de unidad de criterio psiquiátrico pone al juez en el aprieto de tener que escoger alguno de los dos dictámenes, lo cual implica obligarlo a decantarse por alguno de los dos modelos psiquiátricos utilizados, cuando él, el juez, simplemente no está en condiciones de hacer semejante cosa.*⁷⁷⁹

⁷⁷⁷ Sobre esta controversia puede consultarse POSTEL, *Historia de la Psiquiatría*; o también ALEXANDER, *Historia de la Psiquiatría*... pp. 281 y ss.

⁷⁷⁸ La traducción es mía. Palabras del psiquiatra forense británico, Dr. Philip Roche. Op. cit. en WEIHOFEN, *Psychiatry and the Law of Criminal Insanity*, pág. 52.

⁷⁷⁹ “only recently, the United States have witnessed a resurgence of public debate concerning the prerequisites determining a delinquent’s criminal responsibility. Immediate cause for the

Y finalmente, un sector de la doctrina también ha criticado el papel de la psiquiatría en el proceso de determinación de la inimputabilidad, aduciendo que la ausencia de un método definido, con principios y reglas claras para efectuar el diagnóstico médico-legal del procesado, implica necesariamente la falta de criterios objetivos de valoración que puedan ser usados por el juez al momento de determinar el alcance probatorio del dictamen pericial rendido dentro del proceso. De acuerdo con la lógica del método mixto, la determinación judicial de la inimputabilidad es competencia del juez, quien adopta esa decisión luego de valorar la conclusión psiquiátrica forense contenida en el dictamen. Esto supone que el juez debe contar con elementos de juicio para establecer si el diagnóstico médico-legal del perito es o no acertado de cara a los propósitos del proceso penal.

Sin embargo, está claro que la falta de un método, y de criterios de diagnóstico claramente definidos para la formulación del dictamen médico-legal, privan al juez de los elementos de juicio necesarios para realizar una lectura crítica de los dictámenes o informes periciales que son sometidos a su valoración. Como consecuencia de ello, y por elemental sentido de prudencia, los funcionarios se limitan a seguir pie juntillas las conclusiones presentadas por el perito, sin plantearse siquiera la posibilidad de discutirlos. Más aún, ni siquiera las lecturas críticas que de esos informes realizan los demás sujetos procesales tienen fuerza persuasiva, por lo que la única manera de controvertir efectivamente un dictamen psiquiátrico es, por regla general, mediante otro dictamen. Mecanismo éste con el cual no siempre se resuelve el problema de la ausencia de elementos de juicio críticos suficientes, tal como se hace palpable en aquellos casos en los que el funcionario se enfrenta a dictámenes contradictorios, descubriéndose huérfano de criterios con los cuales adoptar una decisión a favor del uno o del otro.

Así las cosas, parece que le asiste la razón a quienes sostienen que en la práctica el modelo de colaboración existente entre la psiquiatría y el derecho, el cual es la base del método mixto para la determinación de la inimputabilidad, no toma suficientemente en consideración que “*la constatación de los estados o diagnósticos de conexión debe poder verificarse por el juez y no puede asumirse a ciegas por él*”.⁷⁸⁰ En algún sentido, el hecho de que el juez carezca

debate was John R. Hinckley's attempted assassination of President Reagan. Hinckley has been diagnosed as a mental sick, pronounced irresponsible and was admitted for treatment into a psychiatric hospital. Under German law, this case would not represent a problem, as long as the delinquent suffer indeed from schizophrenia, which in some of this characteristic forms results in the inability to understand and/or to act according to such understanding.

*In this particular case however, it seems that psychiatrists failed to come to an agreement as to the delinquent's mental state. The deliberations if American jurist who, at present, advocate a revision of the entire concept in regard to insanity defence, in the USA until today exercised different accentuations, add to the general confusion ” (EHRHARDT, Helmut E. *Problems of Terminology and Classification in Forensic Psychiatry*, pág. 41).*

⁷⁸⁰ ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, III, 27.

de los medios necesarios para valorar críticamente un dictamen médico-legal genera en la práctica una perversión del método mixto respecto de su filosofía originaria. Nótese que la lógica inicial del modelo supone que si la inimputabilidad es una categoría de naturaleza jurídica y no médica, y que si, en consecuencia, debe ser decidida por el juez y no por el perito, entonces el método mixto debería contar con los mecanismos para garantizar que el juez pueda leer críticamente el dictamen pericial, y no sólo adoptarlo mecánicamente: parece reprochable que, por cuenta de una dinámica práctica como ésta, el perito casi termine convirtiéndose en el juez de la inimputabilidad, en contra del espíritu que inspira y justifica el carácter pretendidamente mixto del método.

Para terminar este capítulo, quisiera hacer mía la siguiente reflexión, por cuanto considero que resume en toda su extensión la conclusión última y definitiva de todas estas consideraciones acabadas de presentar:

*“La inimputabilidad es un tema difícil. En gran medida esto se debe a que el vínculo causal entre la mente y el comportamiento continúa siendo un desafío para el entendimiento científico. La mayoría de las suposiciones clínicas acerca de la anormalidad mental no son susceptibles de validación empírica. Además, los conceptos prevalentes en la clínica no son fácilmente traducibles a los conceptos de interés para el derecho penal, principalmente debido a que el estudio científico de la mente humana no está fundamentalmente preocupado por cuestiones de merecimiento de culpa y responsabilidad”.*⁷⁸¹

5. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este capítulo puede concluirse lo siguiente:

- i) En la doctrina existen diferentes modelos teóricos acerca del objeto y método propios de la psiquiatría. Cada uno de esos modelos ofrece una perspectiva diferente del concepto de enfermedad mental, del método adecuado para diagnosticarla y de los tratamientos que pueden aplicarse para remediarla.
- ii) La coexistencia de diferentes modelos teóricos acerca de la enfermedad mental tradicionalmente ha causado problemas para la práctica cotidiana de la psiquiatría clínica, ya que es posible que cada uno de ellos ofrezca respuestas diferentes para un mismo caso. Por esta razón, la psiquiatría clínica actualmente utiliza manuales de clasificación y diagnóstico de trastornos mentales como el DSM o CIE, los cuales orientan a los psiquiatras acerca de la forma de evaluar, clasificar y diagnosticar los casos clínicos que deben enfrentar a diario.

⁷⁸¹ LOW (1982). Op cit. en JEFFERY, C.R. y WITHE, James D. *Law, Insanity and Mental Illness*, pág. 49.

- iii) Los manuales son el producto de un trabajo en el que se procura que tengan participación muchos psiquiatras con orientaciones teóricas diferentes, de manera que éstos no se encuentren adscritos a ningún modelo psiquiátrico en particular y puedan aprovechar las aportaciones provenientes de las diferentes perspectivas científicas de la enfermedad mental. Por esta razón, la información que ellos contienen son el producto de los acuerdos a los que se llega por parte de la comunidad psiquiátrica que participa en su elaboración, luego de una amplia discusión científica que está enmarcada en las evidencias empíricas disponibles sobre las diferentes patologías.
- iv) La evidencia empírica que enmarca la discusión científica que da origen a la información contenida en los manuales, proviene en su gran mayoría de estudios realizados por las propias organizaciones encargadas de elaborar el manual, por instituciones científicas o universitarias independientes, o de estudios que se encuentran documentados en la literatura disponible y que ofrecen confiabilidad. En la gran mayoría de los casos, los estudios que soportan las conclusiones contenidas en los manuales son realizados mediante el método estadístico inferencial, el cual tiene el propósito principal de extraer las propiedades de una *población estadística* dada a partir del estudio de una *muestra* representativa de ella.
- v) El método estadístico inferencial utilizado para realizar la mayoría de los estudios que soportan la información contenida en los manuales tiene algunas limitaciones, debido a las cuales sus conclusiones no son cien por ciento (100%) confiables. Problemas relacionados con sesgos en el muestreo, con errores en la medición o con variaciones dentro de una misma categoría de clasificación, entre otros, hacen que las conclusiones obtenidas mediante el método estadístico inferencial tengan un margen de error, el cual reduce la confiabilidad de la información contenida en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales.
- vi) La existencia de un margen de error en las conclusiones de los estudios que soportan la información contenida en los manuales no es la única causa de errores en el diagnóstico clínico de las enfermedades mentales. A este margen de error debe adicionarse la existencia de limitaciones relacionadas con la confiabilidad de la información obtenida por el psiquiatra mediante la entrevista clínica, y la existencia de limitaciones relacionadas con la estructura misma del modelo de clasificación utilizado por los manuales.
- vii) En relación con las limitaciones inherentes a la entrevista, la información obtenida por el psiquiatra a través de ese medio no es siempre completa y confiable, debido principalmente a problemas concernientes a la existencia de interferencias y obstáculos en la comunicación entre el médico y el paciente. Y en relación con las limitaciones inherentes a la estructura del modelo de clasificación, la información ofrecida por los manuales de diagnóstico no siempre es útil porque son comunes los casos de

comorbilidad; es decir, los supuestos en los que el cuadro clínico que presenta el paciente se adecua a la descripción de los síntomas que el manual clasifica como correspondientes a patologías distintas.

- viii) En materia de inimputabilidad por trastorno mental, el dictamen pericial psiquiátrico que se solicita al psiquiatra forense está compuesto, según la doctrina, por dos partes: un dictamen psicopatológico en el que el psiquiatra presenta sus conclusiones acerca de la existencia de patologías psiquiátricas en el procesado, y un dictamen médico-legal en el que el psiquiatra presenta sus conclusiones acerca de la manera en que las patologías diagnosticadas pudieron haber afectado las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado al momento de ejecutar la conducta materia de juzgamiento.
- ix) De acuerdo con la doctrina dominante, el dictamen psicopatológico debe realizarse mediante las técnicas, métodos y procedimientos reconocidos por la comunidad psiquiátrica. Por esta razón, en la elaboración del dictamen psicopatológico cumplen un papel muy importante los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales, así como los criterios y métodos de evaluación y diagnóstico allí contenidos.
- x) Debido a que el dictamen psicopatológico debe realizarse mediante las técnicas, métodos y procedimientos reconocidos por la comunidad psiquiátrica, la fiabilidad de sus conclusiones se encuentra afectada por las limitaciones propias del diagnóstico psiquiátrico en general. Esto significa que las conclusiones del dictamen psicopatológico no son cien por ciento (100%) confiables, sino que tienen un margen de error derivado de los problemas inherentes a las limitaciones estadísticas de los estudios que soportan la información contenida en los manuales, de los problemas inherentes a la obtención de información mediante la entrevista, y de los problemas de comorbilidad asociados a la estructura categorial del modelo de clasificación acogido por los manuales.
- xi) En relación con el dictamen médico-legal, no existe acuerdo en la doctrina acerca de si es correcto que el psiquiatra emita un pronunciamiento sobre la manera en que las patologías diagnosticadas pudieron haber afectado las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado al momento de ejecutar la conducta materia de juzgamiento. Un sector de la doctrina considera que el psiquiatra debe abstenerse de emitir un pronunciamiento, porque no existe evidencia empírica que pueda obtenerse por medio del método propio de la psiquiatría para verificar tales cuestiones. Otro sector de la doctrina admite que el psiquiatra puede pronunciarse sobre esas cuestiones, pero aclara que para hacerlo debe utilizar un método distinto del propio de la psiquiatría, el cual es definido usualmente como un razonamiento de tipo deductivo.

xii) Frente a esto último, lo único en lo que parece existir acuerdo en la doctrina es en que el pronunciamiento que realiza el psiquiatra sobre la manera en que las patologías diagnosticadas pudieron haber afectado las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado al momento de ejecutar la conducta materia de juzgamiento, no es un concepto rigurosamente médico-psiquiátrico que pueda ser sustentado en evidencia empírica. En el mejor de los casos, se trata de una mera opinión profesional fundada en deducciones realizadas a partir de la información disponible y de los conocimientos personales y profesionales del propio psiquiatra.

§ IV. Elementos para el abordaje del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde una perspectiva diferente: *la racionalidad comunicativa*

En el capítulo precedente se intentó hacer explícitas las circunstancias que afectan la fiabilidad del dictamen pericial psiquiátrico. Allí se dejaron expuestas las principales razones por las cuales el pronunciamiento médico-legal del psiquiatra forense acerca de la capacidad del procesado para comprender el sentido de su acción, y para autodeterminarse conforme a dicha comprensión, no es cien por ciento confiable.

En este capítulo quisiera comenzar subrayando algo que en principio podría parecer evidente: las circunstancias que reducen la fiabilidad del dictamen pericial psiquiátrico causan a su vez importantes problemas jurídico-prácticos para la determinación de la responsabilidad penal. En términos generales, estos problemas se producen debido a que en casi todas las legislaciones liberales existen normas que disponen que las sentencias judiciales deben estar sustentadas en medios de prueba debidamente allegados al proceso, y que el acusado sólo puede ser condenado cuando dichos medios de prueba demuestren su responsabilidad más allá de toda duda razonable. Dado que en nuestra dogmática jurídico-penal la imputabilidad es un presupuesto de la responsabilidad, los reparos que surjan sobre la fiabilidad de los medios de prueba en que se apoya el juez para determinar la primera, podrían llegar a producir dudas razonables sobre la segunda.

En efecto, en el primer capítulo de este trabajo se dejó sentado cómo la elaboración de dictámenes periciales psiquiátricos ha venido históricamente convirtiéndose en una práctica cada vez más arraigada en nuestra cultura jurídica, al menos como requisito formal para decidir los casos en los que existe una alegación de inimputabilidad por trastorno mental. En la actualidad, este arraigo se hace palpable al constatar que aunque en la mayoría de las legislaciones de Europa y América se ha adoptado el principio de libertad probatoria, cuesta mucho trabajo encontrar en el último siglo algún caso en el que el juez haya decidido sobre la inimputabilidad (por trastorno mental) del procesado, sin haber tenido previamente en cuenta la opinión de un

psiquiatra.⁷⁸² Es decir, aunque técnico-jurídicamente el principio de libertad probatoria le permitiría al juez decidir sin contar con un dictamen psiquiátrico, en la práctica es muy difícil encontrar un precedente en el que ello hubiera ocurrido.

Conforme con lo anterior, es un hecho que en la mayoría de los procesos judiciales en los que llega a tener lugar un debate sobre la salud mental del procesado, el dictamen pericial psiquiátrico se constituye en el principal medio probatorio (y en muchos casos incluso el único) del que dispone el juez para emitir una decisión sobre la inimputabilidad. Por esta razón, las circunstancias que afectan la fiabilidad del dictamen psiquiátrico tienen efectos en la fiabilidad de la sentencia judicial. Cuando el dictamen pericial no es cien por ciento confiable, y la decisión sobre la inimputabilidad se sustenta única o principalmente en aquel, hay razones plausibles para dudar de la corrección o veracidad del pronunciamiento judicial. De tal suerte, los vicios o defectos que reducen la fiabilidad del dictamen pericial terminan convirtiéndose en factores que promueven o estimulan el error judicial.

Es cierto que en muchas de las legislaciones que pertenecen a nuestro entorno cultural, el principio *in dubio pro reo* sirve como dispositivo para reducir la probabilidad de injusticias originadas en un error judicial. Sin embargo, la aplicación de este principio nos conduce a otro problema diferente, ya que no toda duda juega a favor del procesado, sino sólo aquellas que son consideradas *razonables* y que recaen sobre su *responsabilidad penal*. A la sazón, si toda duda se resolviera a favor del procesado, en la mayoría de los casos la responsabilidad penal simplemente no existiría, a causa de las dificultades que supone demostrar todos y cada uno de sus presupuestos con absoluta certeza. Además, la aplicación del *in dubio pro reo* trae anejas algunas cuestiones relacionadas con la distribución de la carga de la prueba, en el entendido que las dudas razonables sólo favorecen al procesado, en aquellos asuntos cuya demostración corresponde a la acusación. En algunos temas jurídico-penales, como ocurre especialmente con aquellos concernientes a las causales de exclusión de responsabilidad, no está tan claro que la carga de la prueba corresponda a la acusación, ni que las dudas razonables que surjan al respecto deban suponer una aplicación directa y automática del *in dubio pro reo*.

En temas como el que nos ocupa, la aplicación del principio *in dubio pro reo* debe tener en cuenta no sólo que el dictamen pericial psiquiátrico está *inevitablemente* expuesto a un margen de error que afecta su fiabilidad, sino que además es posible asumir diferentes posturas acerca de la manera en que se distribuye la carga de la prueba de la inimputabilidad. De tal suerte, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más allá de resolver los problemas asociados a la fiabilidad del dictamen pericial psiquiátrico, nos abre la puerta a

⁷⁸² Aunque he buscado en la jurisprudencia española, en la alemana y en la colombiana, no he podido encontrar un antecedente de esa naturaleza.

otro universo de dificultades relacionadas con la necesidad de establecer previamente qué se entiende por <<duda>>, cuándo debe considerarse que ella es <<razonable>>, y qué clase de dudas razonables juegan a favor del procesado en materia de inimputabilidad por trastorno mental (sobre ello intentaré volver en el capítulo siguiente).

Ahora bien, luego de hacer un barrido general por la literatura más relevante, he llegado a la conclusión de que los problemas derivados de las circunstancias que reducen la fiabilidad del dictamen pericial psiquiátrico han sido tradicionalmente abordados, en lo fundamental, desde dos grandes perspectivas:⁷⁸³

- (i) Por un lado, desde una perspectiva eminentemente jurídica, en el nivel de los conceptos dogmáticos. Este tipo de iniciativas siguen la línea de investigación de aquellos autores que han incursionado en el problema de la inimputabilidad a través de un estudio dogmático de la misma.⁷⁸⁴ Si se quisiera abordar el problema continuando con esta perspectiva, podría comenzarse, por ejemplo, intentando interpretar la definición legal de imputabilidad, para establecer si el texto legal ofrece dificultades semánticas, filosóficas, prácticas, etc. Tomando este camino, uno podría esperar llegar eventualmente a aclarar algunas cuestiones, tales como si la dificultad para la determinación judicial de la imputabilidad se debe a la ambigüedad o vaguedad de la definición contenida en la ley.

⁷⁸³ En sentido similar, aunque no idéntico, cfr. LISKA, Allen et al. *Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System*, pág. 1.745.

⁷⁸⁴ En esta categoría podrían incluirse, para comenzar, la mayoría de los manuales de derecho penal general que dedican una parte al estudio del concepto de imputabilidad, en el entendido que en todos ellos se hace un esfuerzo por explicar su verdadero sentido y por ofrecer una teoría clara y sistemática para su aplicación. Tal es el caso de obras como MIR PUIG, *Derecho Penal...* Pág. 556 y ss.; JESCHECK, *Tratado...* § 40, I, 1.; ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 1. Adicionalmente, también se encuentran en la literatura trabajos dedicados especialmente al estudio dogmático de la imputabilidad, tales como: CARMONA CASTILLO, Gerardo. *Imputabilidad Penal*; DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Imputabilidad y Culpabilidad*; GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Imputabilidad Disminuida. Determinación y Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad*; MATEO AYALA, Eladio José. *La Imputabilidad del Enfermo Psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*; MATEO AYALA, Eladio José. *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*; MATEO AYALA, Eladio José. *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania, Italia, Francia*; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad penal: concepto fundamento, naturaleza jurídica y elementos*; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *Aproximación Histórica al Surgimiento del Concepto de Imputabilidad Subjetiva en la Doctrina Penal Alemana*; NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Imputabilidad, Consecuencia de lo Injusto y Contexto Situacional Normal: su objeto, contenido y relación*; BERTOLINO, Marta. *L'Imputabilità e il Vizio di Mente nel Sistema Penale*; KÖHLER, Michael. *La Imputación Subjetiva: Estado de la Cuestión*. (Aunque este último autor no se ocupa exclusivamente de la inimputabilidad por trastorno mental, sino de la imputación subjetiva, lo incluyo por cuanto su trabajo guarda estrecha relación con aquel tema).

Para producir algún tipo de avance en la solución al problema de la prueba de la inimputabilidad, una investigación desde esta perspectiva podría decantarse por diferentes líneas de trabajo: por ejemplo, se podría intentar un estudio de derecho comparado que sirva de base para ofrecer una nueva definición legal de la <<imputabilidad>>, lo cual implicaría hacer una propuesta de *lege ferenda*. O también se podría intentar elaborar una teoría que logre explicar la definición legal existente a través de un discurso claro, coherente, articulado y que pueda ser fácilmente aplicado en casos prácticos reales con objetividad, lo cual supondría hacer una propuesta para la interpretación y aplicación de *lege lata*. Cualquiera sea el camino elegido, debe tenerse en cuenta que esta iniciativa probablemente se topará con la difícil tarea de intentar resolver cuestiones tal álgidas como: qué significa “*comprender el sentido del comportamiento*”, o a qué se refiere la norma cuando utiliza la expresión “*autodeterminarse conforme a dicha comprensión*”. Por esta razón, es probable que ella termine envuelta en la discusión de asuntos filosóficos de grueso calibre, tales como el concerniente a la posibilidad del conocimiento o al libre albedrío.

- (ii) Pero por otro lado, la solución a estos problemas también ha sido buscada en el nivel de la definición de los criterios diagnósticos de las enfermedades psiquiátricas. Esta línea de investigación camina por el sendero de quienes consideran que los problemas relacionados con la determinación de la inimputabilidad podrían superarse en la medida en que los avances tecnológicos y científicos le permitieran a la psiquiatría contar con más y mejores herramientas para la comprensión, clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales.⁷⁸⁵

Para continuar con un proyecto como éste sería necesario abandonar el terreno jurídico, para adentrarse por completo en el campo de la investigación psiquiátrica. De tal suerte que para ser coherente con esta perspectiva, uno debería primero ponerse al tanto del estado actual de la discusión acerca de cómo los últimos avances en materia de neurología,

⁷⁸⁵ Por ejemplo, ver URRUELA MORA, Asier. *La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica. La Capacidad de Culpabilidad Penal a la Luz de los Modernos Avances en Psiquiatría y Genética*; HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *La Culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano*; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de Culpabilidad y Genoma: Consideraciones Sobre el Comportamiento Criminal y La Herencia Genética*; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de Culpabilidad, Prevención Delictiva y Herencia Genética*; ORTS GONZÁLEZ, Dolores Soledad. *Presupuestos Psicológicos de la Conducta Criminal*; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Revisión Crítica de la Imputabilidad a la luz de la Teoría de las Subculturas y La Siquiatría Alternativa*; LEAL MEDINA, Julio. *La Psicopatía y su Incidencia como Anomalía Psíquica en la Doctrina del Tribunal Supremo. La Interacción de los Factores Biológicos, Genéticos y Ambientales en el Juicio de Inimputabilidad. Un Nuevo Enfoque Hacia la Prevención del Delito, el Derecho a la Seguridad y la Reeduación del Sujeto*; PERLIN, Michael L. *Psychodynamics and the Insanity Defense: “Ordinary Common Sense” and Heuristic Reasoning*; REIDER, Laura. *Toward a New Test for the Insanity Defense: Incorporating the Discoveries of Neuroscience into Moral and Legal Theories*; UTHOFF, Gary S. *The XYY Chromosome Complement: Brief Applications of Criminal Insanity Test*.

genética, psicología, endocrinología, etc. contribuyen a la comprensión del objeto de la psiquiatría. Luego, armado de todos esos conocimientos, uno podría intentar diseñar y ejecutar una investigación orientada a establecer, por ejemplo, cuáles son los mecanismos biológicos que explican y determinan las funciones psíquicas superiores relevantes (conocimiento y voluntad) para la determinación de la inimputabilidad. O también, en esta misma línea, podrían intentarse iniciativas orientadas, por ejemplo, a incluir al interior de cada una de las diferentes categorías nosológicas de las enfermedades mentales contenidas en el DSM, algunos criterios que permitan establecer el grado de afectación de las funciones psíquicas superiores (comprensión y voluntad) de cara a la valoración médico-legal de los pacientes. En todo caso, cualquiera sea el objeto de una investigación semejante, ha de tenerse en cuenta que ésta debe llevarse a cabo con riguroso apego a los estándares de científicidad reconocidos por la comunidad psiquiátrica, lo cual implica obtener evidencia empírica que pueda corroborar las conclusiones alcanzadas.

Ya se ha mencionado que tanto la perspectiva estrictamente jurídica al nivel de los conceptos dogmáticos, como la psiquiátrica al nivel de diagnóstico de las enfermedades mentales, han sido intentadas, y que en la actualidad pueden encontrarse abundantes trabajos que abordan el problema de la inimputabilidad por trastorno mental con uno u otro enfoque. Por esta razón, no es extraño que tanto en uno como en otro caso, sea posible encontrar valiosas contribuciones a la solución del mencionado problema. Por ejemplo, en lo personal estimo invaluable el aporte de aquellos autores que se han ocupado de reconstruir el proceso de evolución histórica del concepto de imputabilidad;⁷⁸⁶ el de quienes han hecho el esfuerzo de realizar estudios comparativos entre diversas legislaciones;⁷⁸⁷ el de los autores que han intentado explicar la conducta criminal en términos psiquiátricos;⁷⁸⁸ o el de aquellos otros que se han ocupado de investigar el grado de afectación de las funciones psíquicas superiores relevantes para la imputabilidad, en relación con alguna patología psiquiátrica

⁷⁸⁶ Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad penal: concepto fundamento, naturaleza jurídica y elementos*; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *Aproximación Histórica al Surgimiento del Concepto de Imputabilidad Subjetiva en la Doctrina Penal Alemana*; MATEO AYALA, Eladio José. *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*; JESCHECK. *Evolución del Concepto Jurídico de Culpabilidad en Alemania y Austria*; PORTER, Roy. *Historia Social de la Locura*; o FOUCAULT, Michel. *Historia de la Locura en La Época Clásica*.

⁷⁸⁷ KATOH, H. *El Tratamiento del Delincuente Enfermo Mental en el Derecho Japonés*; o MATEO AYALA, Eladio José. *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania, Italia, Francia*; ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Tratamiento Penal del Enfermo Mental en el Consejo de Europa y Sistema de Garantías en el Derecho Español*;

⁷⁸⁸ Ver, por ejemplo, ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de Culpabilidad y Genoma: Consideraciones Sobre el Comportamiento Criminal y La Herencia Genética*; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de Culpabilidad, Prevención Delictiva y Herencia Genética*; ORTS GONZÁLEZ, Dolores Soledad. *Presupuestos Psicológicos de la Conducta Criminal*; o REJAS RODRÍGUEZ, Santos. *La Menor Inteligencia: ¿Causa Explicativa de la Conducta Criminal?*; RAMÍREZ, Daniel. *Consideraciones en torno a la Psicología Criminal*;

en particular.⁷⁸⁹ De hecho, se requeriría un trabajo exclusivamente dedicado a identificar y clasificar la bibliografía que ha intentado ocuparse del problema de la inimputabilidad por trastorno mental, para poder hacerse una idea de la cantidad e importancia de cada una de las aportaciones hechas al tema.⁷⁹⁰

Pero, por otra parte, a pesar de la cantidad de literatura que se ha dedicado a este tema desde uno u otro enfoque, es un hecho que la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental sigue siendo un problema, a juzgar por la cantidad de trabajos que denuncian las falencias de la metodología actualmente vigente para tal propósito.⁷⁹¹ Juristas y psiquiatras, por igual, ponen reiteradamente en evidencia su insatisfacción con la metodología actualmente aplicada para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, insistiendo unos y otros en que no disponen de los elementos de juicio necesarios para responder las preguntas que deberían absolverse para establecer en un caso concreto si una persona es o no capaz de culpabilidad. Ya se ha mencionado cómo hay sectores en la psiquiatría que consideran que esta disciplina simplemente no puede responder a cuestiones como la capacidad de comprensión o de autodeterminación del sujeto, y que insisten en que su compromiso como peritos debe llegar hasta diagnosticar el estado de salud mental del procesado, dejando en manos del juez los asuntos concernientes a los elementos esenciales de la imputabilidad.⁷⁹² También se ha señalado cómo desde la perspectiva jurídica hoy es posible criticar la metodología utilizada en la práctica para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, en el sentido de que los jueces suelen regularmente proceder de manera heurística e intuitiva, *orientándose más por consideraciones de carácter preventivo general y por las posibles reacciones*

⁷⁸⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David L. *Aspectos Criminológicos de los Psicópatas y Asesinos en Serie*; BAÑON, C. et al. *Problemas Médico-Legales en la Valoración del Síndrome de Abstinencia. Estudio de 50 Sentencias Judiciales*; FRIAS CABALLERO, Jorge. *Personalidad Psicopática e Inimputabilidad*; CASAS BAQUERO, Nieves. *Criminalidad en Pacientes Esquizofrénicos con Trastornos de Conducta*; LEAL MEDINA, Julio. *La Psicopatía y su Incidencia como Anomalía Psíquica en la Doctrina del Tribunal Supremo, la Interacción de los Factores Biológicos, Genéticos y Ambientales en el Juicio de Inimputabilidad. Un Nuevo Enfoque Hacia la Prevención del Delito, el Derecho a la Seguridad y la Reeduación del Sujeto*; PERLIN, Michael L. *Psychodynamics and the Insanity Defense: "Ordinary Common Sense" and Heuristic Reasoning*; SUÁREZ-MIRA, Carlos. *La Imputabilidad del Consumidor de Drogas*; HOMS SANZ DE LA GARZA, Joaquín. *Trastorno Mental Transitorio y Drogas que Inciden en la Imputabilidad*. Edt. Bosch. Barcelona, 1996; CASTELLÓ NICAS, Nuria. *La Imputabilidad Penal del Drogodependiente*.

⁷⁹⁰ Ya sólo la bibliografía en castellano es prácticamente inabarcable, y si a ella le sumamos la existente en otras lenguas como el inglés o el alemán, la tarea de agotar la literatura disponible sobre el tema se hace simplemente descomunal. Por esta razón, en este trabajo me he contraído sólo a aquellos textos que he considerado sobresalientes bien sea por su profundidad, por su originalidad, por su claridad, etc., sin pretender en forma alguna el exhaustivo agotamiento de todos los trabajos disponibles. De lo que sí he intentado asegurarme, es de que al menos en sus trazos fundamentales, todas las corrientes de pensamiento queden debidamente incorporadas al trabajo, para poder ofrecer un producto razonablemente bien fundamentado.

⁷⁹¹ Ver, por ejemplo, la bibliografía relacionada *Supra* en las citas 750-753.

⁷⁹² Ver *Supra* §III.4.2.2.

*de la opinión pública frente a sus decisiones, que de forma metódica y con riguroso apego a los criterios implícitos en la definición legal de la imputabilidad.*⁷⁹³

Ahora bien, la obtención de valiosas aportaciones desde cada uno de los dos enfoques tradicionales demuestra que ambos siguen siendo válidos como perspectivas para el abordaje del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. En este sentido, considero que no existen elementos de juicio suficientes para tomar una postura a favor o en contra de alguna de ellas. Sin embargo, las críticas que continuamente se formulan al modelo vigente de cooperación entre el derecho y la psiquiatría indican que ninguna de estas perspectivas ha logrado identificar con claridad la línea de investigación adecuada para la solución satisfactoria del problema. Por esta razón, y con un propósito puramente estratégico, quisiera en este trabajo apartarme de las dos perspectivas tradicionalmente utilizadas para abordar el problema de la inimputabilidad, y dar el giro hacia un horizonte diferente de investigación. En otras palabras, sin desconocer que las perspectivas tradicionales son perfectamente válidas, por razones estratégicas quisiera asumir el problema de la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental desde un punto de vista diferente.

A tal efecto, quisiera comenzar señalando que los enfoques tradicionales para abordar el problema de la inimputabilidad por trastorno mental tienen a mi juicio un elemento común del que me gustaría apartarme: *tanto la perspectiva dogmática como la psiquiátrica observan los problemas para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, desde adentro de sus respectivas disciplinas*. Esto significa que tanto los psiquiatras como los juristas hacen sus observaciones desde la posición de un *partícipe* en el proceso de determinación de esta forma de inimputabilidad. Así, los psiquiatras critican el modelo actualmente vigente de cooperación entre el derecho y la psiquiatría, desde la perspectiva de las dificultades que debe enfrentar el perito psiquiatra para responder a los cuestionarios o a los interrogatorios provenientes del juez o de alguna de las partes en conflicto. Los juristas, en cambio, suelen asumir la postura de un operador del derecho, de manera que critican el modelo desde la perspectiva del juez, el procurador, el fiscal o el abogado que debe no sólo valorar el dictamen psiquiátrico, sino además adoptar alguna postura jurídica frente a la alegación de inimputabilidad que es objeto de debate. Como quiera que sea, las observaciones de que se valen los enfoques tradicionales suelen hacerse desde la perspectiva de los sujetos que cumplen algún rol en el procedimiento de determinación de la inimputabilidad, y por consiguiente sus conclusiones son producto de un análisis de la problemática desde adentro de alguna de estas disciplinas.

En este trabajo quisiera proponer un cambio de perspectiva: *en lugar de analizar la problemática desde adentro, hacerlo desde afuera, asumiendo no la*

⁷⁹³ Ver *Supra* §II.2.

*posición de un partícipe en el procedimiento, sino la de un observador imparcial que busca entender la forma en que se articulan estas dos disciplinas en torno a la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso cualquiera.*⁷⁹⁴ Esto quiere decir que más allá de entender el problema en términos psiquiátricos o jurídicos, se debe tratar de comprenderlo al nivel de la manera en que la psiquiatría y el derecho se articulan al interior de la sociedad para ofrecer respuestas a un problema común como lo es la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

Es posible que este cambio de perspectiva no ofrezca soluciones definitivas a los problemas que hoy enfrenta la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Sin embargo, considero que es una iniciativa importante, porque al enfocar la problemática desde otros puntos de vista es posible aumentar la información disponible y adquirir nuevos conocimientos que contribuyan a una superación futura de los obstáculos que hoy enfrenta la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. De esta manera, el giro desde la perspectiva del participante hacia la del observador debe ser entendida como un punto de partida y de orientación para futuras investigaciones en materia de determinación de la imputabilidad por trastorno mental, más que como una propuesta teórica acabada. Dicho en otras palabras, se trata de una propuesta teórica que se encuentra en construcción.

Ahora bien, la principal dificultad a la que se enfrenta el enfoque propuesto consiste en que para poder elaborar una teoría acerca de la manera en que el derecho y la psiquiatría se articulan para resolver conjuntamente problemas como el de la responsabilidad penal, es inevitable asumir previamente alguna postura sobre la estructura misma de la sociedad y sobre la ubicación y función que cada una de estas disciplinas tiene en ella. Por esta razón, un proyecto como el anunciado no puede llevarse a cabo de espaldas a la sociología y debe necesariamente tener en cuenta el estado actual de la teoría sobre la estructura y funcionamiento de la sociedad. En consecuencia, antes de abordar de lleno el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde la perspectiva propuesta, resulta necesario poner aparte los elementos de la teoría sociológica que son imprescindibles para realizar esa clase de análisis.

⁷⁹⁴ *“La perspectiva del participante la ocupa alguien que, dentro del sistema jurídico, toma parte en el debate acerca de lo que el sistema obliga, prohíbe y permite y acerca de los poderes que éste confiere. El juez el centro de la perspectiva del participante. Si otros participantes, por ejemplo, teóricos del derecho, abogados o ciudadanos interesados en el sistema jurídico, presentan argumentos a favor o en contra de ciertos contenidos del derecho se refieren, al final, a cómo el juez debería haber decidido, si hubiese querido tomar la decisión jurídica correcta. La perspectiva del observador la ocupa alguien que no pregunta cuál es la decisión correcta de acuerdo con determinado sistema jurídico, sino que se pregunta cómo son tomadas, de hecho, tales decisiones dentro de un sistema jurídico” (ALEXY. Derecho y Razón Práctica, pág. 50).*

De entre las diferentes alternativas teóricas que la sociología contemporánea puede ofrecernos, he resuelto decantarme por aquellas que en lo fundamental responden a lo que en ciertos círculos académicos se denomina: “*racionalidad comunicativa*”. La razón por la cual he escogido esta orientación teórica, radica en que considero que es la que mejor representa la forma en la que la doctrina sociológica dominante entiende los procesos sociales. Además, la racionalidad comunicativa parece ser también un punto común de convergencia entre las más importantes teorías sobre la sociedad y el derecho, a pesar de las notables diferencias que puedan existir entre ellas.

Así mismo, de entre las diferentes teorías sociológicas que pueden llegar a encajar en este tipo de racionalidad, en este trabajo me he contraído sólo al estudio de las dos que considero más sobresalientes en materia de teoría del derecho, y especialmente en materia de teoría del derecho penal: la *teoría de la acción comunicativa* de Jürgen Habermas y la *teoría de los sistemas sociales* de Niklas Luhmann. Para los juristas, sobre todo para los especialistas en derecho penal, está ya suficientemente clara la importancia que estos autores han tenido en los desarrollos más recientes de nuestra disciplina, y cualquier explicación al respecto viene a sobrar. Basta simplemente echar una ojeada a la cantidad de comentaristas jurídicos que tiene cada uno de estos autores y al volumen de trabajos que se publican acerca de los alcances jurídicos de sus obras, para hacerse una idea de la magnitud de su influencia en el desarrollo de la teoría jurídica contemporánea.

Por otra parte, para anticiparme a algunas críticas, debo aclarar que soy consciente de que estas dos teorías no son totalmente compatibles. La notoriedad del debate Habermas-Luhmann ya se ha encargado de enseñarnos a todos la existencia de puntos en los que el acuerdo entre estos autores llega a parecer inalcanzable. No obstante, cualquier persona que haya leído con mediana atención la obra de estos autores estará de acuerdo conmigo en que sus teorías tampoco son absolutamente incompatibles. Debe admitirse que entre Habermas y Luhmann, así como hay temas en los que existe debate, hay otros en los que se observa claramente un acuerdo, hay otros temas que no son comunes ya que son analizados por uno pero no por el otro, e incluso hay puntos en los que puede decirse que sus teorías llegan a ser complementarias. De manera que, salvo por aquellos temas en los que sus teorías resultan enfrentadas, no es descabellado intentar un estudio conjunto para extraer simultáneamente de ellas elementos útiles para llevar a cabo un estudio como el que propongo en este trabajo. En consecuencia, hecha esta aclaración paso ahora a advertir que, en lo que sigue, sacaré aparte los elementos de juicio que cada una de estas teorías puede ofrecernos, intentando caminar sólo sobre aquellos terrenos en los que no hay controversias irreconciliables; es decir, eludiendo a propósito y hasta donde me sea posible aquellos temas en los que el debate entre estos autores es realmente álgido.

Así mismo, debo advertir también que en lo que sigue intentaré subrayar, explicar y poner aparte únicamente los elementos de la teoría sociológica que

considero imprescindibles para abordar el estudio de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa. A tal efecto, me limitaré a extraer de la teoría de la acción comunicativa y de la teoría de los sistemas sociales los elementos que puedan ser útiles para ese análisis. *Las siguientes páginas no deben ser consideradas como un estudio exhaustivo de esas teorías; ni siquiera como un resumen de ellas, salvo que se las quiera calificar como un muy mal resumen.* Lo que sigue simplemente es un compendio de los diferentes elementos de juicio que se han extraído de las mencionadas teorías, para ser utilizados como herramienta conceptual en el análisis del problema que ocupa esta investigación.

En conclusión, puede decirse que el propósito de los siguientes apartados es ofrecer los elementos de juicio para dar la transición hacia una observación del problema desde afuera; o sea, servir de puente o trampolín entre los enfoques tradicionales del problema y el enfoque propuesto que desarrollaré en el capítulo siguiente.

1. Introducción a la racionalidad comunicativa

1.1. La racionalidad causal.

A medida que aumenta nuestro conocimiento de ciertos fenómenos, nos damos cuenta que los códigos y métodos tradicionales de aquello que llamamos ciencia tienen una capacidad de respuesta bastante limitada frente a la complejidad del mundo. Ni las ciencias naturales, ni las llamadas ciencias del espíritu, se escapan a la perplejidad que provoca nuestra exigua capacidad de comprender muchos de los sucesos que ocurren a nuestro alrededor.

En las llamadas ciencias del espíritu, los fenómenos sociales, como objeto de investigación, nos desconciertan a menudo por su inexorable dificultad. En algunos casos, la cantidad de circunstancias que determinan la ocurrencia de un fenómeno social singularmente considerado resulta francamente inabarcable. En estos eventos, nuestra incapacidad para identificar la totalidad de las circunstancias que determinan los fenómenos sociales limita nuestra capacidad de explicarlos en términos de causa y efecto. En otros, la lógica de la causalidad, aplicada en un contexto en el que los fenómenos sociales parecen responder a una constelación virtualmente inconmensurable de factores determinantes, no parece tomar suficientemente en cuenta las diferentes intensidades con que cada factor concurre a la producción del resultado.

Las dificultades inherentes a la racionalidad causal para explicar los fenómenos sociales eran bien conocidas ya desde hace al menos tres siglos. La

diferenciación de Pufendorf entre los *entia moralia* y los *entia physica*⁷⁹⁵ es un buen ejemplo de cómo algunos iusracionalistas eran ya, en el siglo XVII, bien conscientes de la dificultad para explicar los fenómenos humanos en los términos de los fenómenos naturales. Sin embargo, esta dualidad nunca se encaró de un modo tan frontal como a finales del siglo XIX, en medio de la lucha por el reconocimiento del estatus científico de ciertas disciplinas esencialmente sociales como el derecho, la sociología o la filosofía. La incapacidad de estas disciplinas para explicar los fenómenos sociales con riguroso apego a los códigos y métodos de las ciencias naturales, puso durante mucho tiempo en duda no sólo su condición científica, sino también el estatus de “conocimiento” predicable de sus contenidos. Su dificultad para demostrar empíricamente relaciones de causalidad constituyó durante décadas un obstáculo aparentemente insuperable para el reconocimiento científico de las teorías sociales.

*“Este problema cobró actualidad cuando a finales del siglo XIX se inició la reflexión sobre los fundamentos de las ciencias históricas. La discusión se atuvo esencialmente a dos aspectos. Bajo un punto de vista metodológico se concentró en la cuestión de la objetividad de la comprensión, y puede decirse que, por este lado, ha llegado a una cierta conclusión con las investigaciones de Gadamer sobre hermenéutica filosófica. Simultáneamente, bajo la rúbrica de problemas del historicismo, se trató sobre todo la cuestión sustancial de la singularidad y comparabilidad de civilizaciones e imágenes del mundo. Esta parte de la discusión, más que concluida, quedó empantanada a finales de los años veinte, al no lograrse dar al problema un planteamiento suficientemente preciso. Lo cual pudo deberse, entre otras cosas, a que el ámbito objetual de las ciencias del espíritu, constituido predominantemente por testimonios transmitidos por escrito e intelectualmente elaborados, provenientes del periodo de florecimiento de las culturas superiores, no obligan con la misma premura que las tradiciones míticas, los ritos, la magia etc., a tomar una postura radical en la cuestión fundamental de si, y en qué sentido, los estándares de racionalidad por los que, al menos intuitivamente, se deja guiar al científico, pueden pretender ser universalmente válidos.”*⁷⁹⁶

El primer gran paso para acabar con este menosprecio por las teorías sociales vino a darse, según la doctrina dominante, con la obra de Émile Durkheim. En la introducción a su libro sobre *Las Reglas del Método Sociológico*, publicado en 1895, Durkheim se queja de que *“Hasta el día de hoy los sociólogos no le han prestado mucha atención a la tarea de caracterizar y definir el método que aplican al estudio de los hechos sociales”*.⁷⁹⁷ Por esta razón, su obra puede sintetizarse como un esfuerzo por *“extender el racionalismo científico de la conducta humana, mostrando que considerada en el paso puede ser reducida a relaciones de causa y efecto, relaciones que se pueden transformar luego en reglas de acción para el futuro por medio de una operación no menos racional que la anterior”*.⁷⁹⁸

Para Durkheim, un estudio verdaderamente científico de la sociedad no puede llevarse a cabo más que por medio del método positivo, pues en su opinión *“lo que ha sido llamado nuestro positivismo no es más que una consecuencia de*

⁷⁹⁵ Ver *supra* cita 236.

⁷⁹⁶ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 82

⁷⁹⁷ DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 53.

⁷⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 34.

ese racionalismo”.⁷⁹⁹ Sin llegar a confundirse con la metafísica positivista de Comte⁸⁰⁰ o Spencer,⁸⁰¹ pero claramente en la línea del positivismo científico de finales del siglo XIX, la obra de Durkheim pretendió ser un manifiesto programático sobre las reglas para el estudio verdaderamente científico y, por consiguiente racional, de la sociología.⁸⁰²

El punto de partida ineludible para el estudio científico de la sociología, según Durkheim, es la delimitación clara y precisa de su objeto de estudio: el hecho social.⁸⁰³ Según sus propias palabras, “antes de buscar el método adecuado para el estudio de los hechos sociales conviene saber cuáles son los hechos así llamados”,⁸⁰⁴ por lo que se dio a la tarea de establecer las fronteras de

⁷⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 34.

⁸⁰⁰ Ver *supra* nota 358. De hecho, Durkheim critica la sociología de Comte por considerar que la misma no se ocupa y sustenta en hechos, sino en ideas: “Ciertamente, Comte ha declarado que los fenómenos sociales son hechos naturales, sometidos a leyes naturales. De este modo ha reconocido implícitamente su carácter de cosas, pues en la naturaleza no hay sino cosas. Pero cuando, abandonando esas generalidades filosóficas, intenta aplicar su principio y extraer la ciencia en él contenida, son ideas lo que toma como objeto de estudio”. DURKHEIM, *Las Reglas...* pág. 74.

⁸⁰¹ En el caso de Spencer, Durkheim le dirige una crítica similar: “Spencer deja de lado ese concepto, pero lo sustituye por otro que no está formado de distinto modo. Convierte a las sociedades, y no a la humanidad, en objeto de la ciencia; sólo que lo primero que hace es dar una definición de aquellas que hacen que desaparezca la cosa de la que habla para poner en su lugar la preñoción que él tiene”. DURKHEIM, *Las Reglas...* pág. 75.

⁸⁰² GONZÁLES NORIEGA, Santiago. *La noción de hecho social en Durkheim*. En: DURKHEIM, *Las Reglas...* pág. 7.

⁸⁰³ “Si cualquier sociólogo mínimamente reflexivo fuera interrogado acerca de un término que, formando parte del bagaje conceptual de su disciplina, careciera de una referencia objetiva unívoca, sería muy alta la probabilidad de que citara el término de «sociedad». En esto, como en bastantes otras cosas importantes, nuestra disciplina no ha progresado mucho desde el tiempo de sus clásicos, quienes, a finales del siglo XIX, rechazaron este término o, cuando menos, le asignaron un rango inferior en su arquitectura teórica, concentrando sus esfuerzos en la realización de un análisis de la «acción social», el «hecho social» o la «socialización» (cf. Dahme y Ramstedt, 1995: 457 s.; Tyrell, 1994). Para entender por qué concretamente nuestros clásicos renunciaron al concepto de sociedad para determinar el tema o problema central de nuestra disciplina es importante tener en cuenta el uso que se hizo del mismo por parte de la ciencia social y la sociología decimonónicas. Frente al dispositivo teórico graduado de la tradición antigua con relación a la sociedad (*philia/koinonía/koinonía politiké*) y a la hipótesis de la teoría social tradicional de que hay diferentes tipos de sociedad (simples y compuestas, doméstica y política, e incluso una humana global), así como a la adjetivación de la sociedad como política o civil, la teoría social del XIX se constituye como ciencia de la sociedad en general, sin predicado. (...) La tradición teórica genuinamente sociológica se origina, justamente, en el distanciamiento de esta teorización acerca de la sociedad en abstracto, y en la consiguiente inspiración por la idea de que el ser social sólo se puede captar científicamente en sus manifestaciones experimentables (hechos sociales, acciones sociales o procesos de socialización)”. (GARCÍA BLANCO, José María. *Sociología y sociedad en Simmel*, pág. 98).

⁸⁰⁴ DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 56. A lo cual agrega: “La cuestión es tanto más necesaria cuanto que esta denominación es utilizada de modo bastante impreciso. De ordinario se la emplea para designar casi todos los fenómenos que ocurren en el seno de la sociedad, por poco que presenten, junto con una cierta generalidad, algún interés social. Pero, si se consideran las cosas de esa manera, no hay, por así decir, acontecimiento humano que no pueda ser llamado social”.

aquello que él consideraba debía ser el objeto de investigación científica por parte de la sociología:

*“Así pues, nuestra definición abarcará todo lo definido si decimos: Es hecho social todo modo de hacer, fijo o no, que puede ejercer una coerción exterior sobre el individuo; o también, que es general en todo el ámbito de una sociedad dada y que, al mismo tiempo, tiene una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales”.*⁸⁰⁵

Llevada hasta sus últimas consecuencias, según el propio Durkheim, la definición del hecho social viene a concretarse en las manifestaciones propias de la cultura: *“lo que los constituye [se refiere a los hechos sociales] son las creencias, las tendencias y las prácticas del grupo tomadas colectivamente”.*⁸⁰⁶ En este sentido, los hechos sociales están constituidos por todo aquello que es externo al hombre, que tiene origen en la colectividad, y que ejerce sobre el individuo un influjo que lo empuja a asumir una determinada forma de ser, a adoptar como propio un código de creencias, prejuicios o valores preestablecidos que le vienen dados desde afuera.⁸⁰⁷

Durkheim siempre entendió que la delimitación teórica del objeto de estudio de la sociología suponía en la práctica enormes dificultades para el científico social. Es por ello por lo que la identificación práctica de los hechos sociales supone para él el recurso a *“ciertos artificios metodológicos”*⁸⁰⁸ a los que es necesario apelar *“si se quiere liberar el hecho social de toda amalgama a fin de observarlo en estado de pureza”.*⁸⁰⁹ El recurso metodológico al que se refirió Durkheim, y que a la sazón vendría a convertirse en la fuente de rigor científico de la sociología de principios del siglo XX, consiste en el estudio estadístico de los fenómenos sociales individuales:

*“Así, hay ciertas corrientes de opinión que, con desigual intensidad según las épocas y los países, nos llevan, por ejemplo, al matrimonio o al suicidio, o a una natalidad más o menos fuerte, etc. Evidentemente, son éstos hechos sociales. A primera vista parecen ser inseparables de las formas que toman en los casos particulares, pero la estadística nos proporciona un medio para aislarlos. Están representados, y no sin exactitud, por medio de la tasa de natalidad, de nupcialidad o de suicidios, es decir, por la cifra que se obtiene dividiendo el total anual medio de matrimonios, nacimientos o muertes voluntarias por el hombre en edad de casarse, de procrear o de suicidarse”.*⁸¹⁰

⁸⁰⁵ DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 68.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 62.

⁸⁰⁷ Lo anterior es consistente con la inquietud de Durkheim por el estudio de la educación como fenómeno social, la cual lo acompañaría durante toda su vida: *“cuando llevo a cabo mi tarea de hermano, de esposo o de ciudadano o cuando respondo a los compromisos que he contraído, cumplo con deberes que están definidos, fuera de mí y de mis actos, en el derecho y en las costumbres. Aun en los casos en que están de acuerdo con mis propios sentimientos y yo siento en mi interior, en realidad ésta deja de ser objetiva; pues no soy yo quien los ha hecho, sino que los he recibido por medio de la educación”.* DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 57.

⁸⁰⁸ DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 63.

⁸⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 63.

⁸¹⁰ *Ibíd.*, pág. 63.

La adecuada delimitación del objeto de investigación cumple, para Durkheim, un importante papel en la definición del método idóneo para su abordaje científico. En su determinación del método de investigación sociológica, la idea de que el objeto de estudio de la sociología es el hecho social, y que éste debe ser tratado como una cosa objetiva que puede ser sometida a observación, tiene un papel medular. Para Durkheim, la observación y estudio de los hechos sociales deben estar sometidos a unas reglas que, en conjunto, vienen a configurar los límites del método positivo de investigación sociológica:

i) En primer lugar, el teórico social debe *“desechar sistemáticamente todas las prenociones”*⁸¹¹ que tenga respecto del hecho social, antes de abordar su estudio. Durkheim admite que *“la reflexión es anterior a la ciencia, que no hace sino servirse de ella con más método”*.⁸¹² En este sentido, admite que el hombre tiene una tendencia natural a formarse instintivamente prejuicios, prenociones o preconceptos, ya que *“el hombre no puede vivir en medio de las cosas sin forjarse ideas, de acuerdo con las cuales regula su conducta”*.⁸¹³ Sin embargo, Durkheim insiste en que el verdadero científico social debe liberarse de todas las ideas que le vengan preconcebidas respecto del hecho social, y asumir su indagación desprevenidamente:

“Esta regla no precisa una demostración especial, pues se sigue de todo lo que hemos dicho hasta ahora. Por otra parte, es la base de todo método científico. La duda metódica de Descartes no es, en último término, más que una aplicación de la misma”.

ii) En segundo lugar, el científico debe ocuparse de identificar, ordenar, clasificar y agrupar adecuadamente los fenómenos que integran el hecho objeto de investigación, tomando como criterio principal las características exteriores, objetivas y verificables de éstos. A juicio de Durkheim, el sociólogo *“No debe tomar nunca como objeto de nuestra investigación más que un grupo de fenómenos previamente definidos por ciertos caracteres exteriores que les son comunes e incluir en la misma investigación a todos aquellos que corresponden a esta definición”*.⁸¹⁴ El carácter científico de las conclusiones depende por completo de que el objeto de investigación sea delimitado bajo criterios que no dependan de la valoración subjetiva que de él haga el investigador y del rigor con que se agreguen dentro de ese objeto todos los fenómenos que reúnan las características exteriores que sirvieron como denominador común:

“Procediendo de este modo el sociólogo se asienta en la realidad desde el primer momento. El modo como son clasificados los hechos no depende de él, de su peculiar inteligencia, sino de la naturaleza de las cosas. Se puede mostrar a todo el mundo el signo que hace que se incluya tal o cual categoría y todo el mundo puede reconocerlo; de este modo las afirmaciones de un observador pueden ser controlados por los demás”.⁸¹⁵

⁸¹¹ *Ibíd.*, pág. 86.

⁸¹² *Ibíd.*, pág. 68.

⁸¹³ *Ibíd.*, pág. 69.

⁸¹⁴ *Ibíd.*, pág. 90.

⁸¹⁵ *Ibíd.*, pág. 91.

iii) Finalmente, Durkheim sujeta el método de investigación sociológico a una tercera regla, dada por la exigencia de dejar de lado los datos sensibles que podrían depender del observador, y concentrarse únicamente en aquellos rasgos o caracteres que representen al objeto de investigación con objetividad suficiente. El propósito de esta regla, según el autor, es asegurar que la investigación tendrá un objeto fijo, una unidad de medida constante que está al alcance de cualquier observador, y que no da lugar a discusiones provenientes de las diferentes interpretaciones subjetivas:

*“Así es como el físico sustituye las imprecisas impresiones que producen la temperatura o la electricidad por la representación visual de las oscilaciones del termómetro o del electrómetro. El sociólogo debe tomar las mismas precauciones. Los caracteres exteriores en función de los que se define el objeto de su investigación deben ser tan objetivos como sea posible”.*⁸¹⁶

La aplicación de este método al estudio del crimen, asumiendo este desde la perspectiva de un hecho social, arrojó interesantes conclusiones en la obra de Émile Durkheim, con todo y que éste no fue un tema al que se hubiera dedicado con particular atención.⁸¹⁷ Para este autor, el elemento externo que permite aglutinar los fenómenos sociales constitutivos de lo que conocemos como crimen es la aplicación del castigo que socialmente tienen previsto como consecuencia esas conductas. El castigo, como factor común a todos los fenómenos que integran el crimen como hecho social, es el rasgo externo y objetivo que debe ser estudiado por la sociología, en la medida que es este el elemento que puede ser observado, medido y sometido a control de verificación científica.

En un aparte de su obra, Durkheim critica duramente la actitud con la que algunos autores del movimiento criminológico italiano habían intentado abordar el estudio sociológico del delito. En el caso concreto de Garofalo, Durkheim considera que éste había delimitado mal su objeto de estudio, al vincular la noción de crimen a aquellas conductas que *“ofenden a la parte normal e inmutable del sentido moral”*.⁸¹⁸ Al vincular el objeto de estudio a un contexto cultural particular, Garofalo habría pretermitido la regla conforme a la cual el objeto de estudio debe delimitarse a partir de criterios objetivos que permitan aglutinar la totalidad de los fenómenos que integran el hecho social. Según Durkheim, Garofalo excluye de la noción de crimen, a partir de una concepción enteramente personal de la moral, una serie de conductas que en otros contextos históricos o culturales habrían podido quedar abarcadas. En opinión de Durkheim, el estudio sociológico del crimen debe tomar como punto de partida la idea de que *“los actos tachados de criminales en las sociedades primitivas y que han dejado de ser calificados de esa manera son realmente*

⁸¹⁶ *Ibíd.*, pág. 99.

⁸¹⁷ En este sentido, muchos autores dedicados al estudio de la obra de DURKHEIM coinciden en afirmar que el estudio de la función represiva del Estado desde una perspectiva sociológica tuvo muy escaso desarrollo en la obra del autor.

⁸¹⁸ DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 95.

criminales respecto a esas sociedades, exactamente lo mismo que aquellos que continuamos castigando nosotros”.⁸¹⁹

Ciertamente, el estudio del crimen, como hecho social, supone en Durkheim una ineludible referencia a los códigos morales y, con ello, a la cultura. Lo que ocurre es que no vincula el crimen a una moralidad particular para efectos de definirlo o delimitarlo, sino que reclama una comprensión más amplia que permita su estudio en diferentes contextos morales. En este sentido, Durkheim entiende que la referencia moral no sólo es válida sino, además, necesaria cuando se trata de explicar las causas del crimen como un hecho social que puede darse en diferentes contextos culturales.

De hecho, lo que se observa en su doctrina es precisamente un esfuerzo por explicar las causas de un hecho social de connotaciones morales tan negativas como el delito, y por entender la forma en que éste se articula con otros hechos sociales que nos definen como colectividad: a saber, el castigo. A tales propósitos, Durkheim sostiene que el castigo, como elemento común a todos los crímenes, sólo puede explicarse como consecuencia de la manera tan seria en que el comportamiento criminal lesiona la conciencia moral colectiva: *“para Durkheim el derecho penal tiene su fundamento en la reacción de tipo emocional que produce la profanación de las cosas entendidas como sagradas”*.⁸²⁰

Puesto en esos términos, el crimen puede llegar a cumplir una función útil dentro de la sociedad, cuando quiera que sólo su ocurrencia, a causa su poderosísimo significado social negativo, es capaz de liberar las energías anímicas que confieren al castigo ese poder comunicativo con el que se reafirman los valores morales fundacionales de la sociedad: *“en la visión durkheimiana de la reacción penal, incluso el delito puede llegar a ser funcional, no en el sentido de ser <<positivo>> (como se le ha querido alguna vez imputar a Durkheim), sino en el más complejo de desencadenar fuerzas de reacción, de aproximar las conciencias honradas (y <<concentrarlas>> añade Garland) y, por esa vía, contribuir decisivamente a la cohesión social”*.⁸²¹

Como se puede deducir, la funcionalidad social que Durkheim encuentra en el delito está en gran parte vinculada a la simbiosis que éste forma con el castigo, y al significado social que tiene la punición en la conciencia moral colectiva. Para Durkheim, la importante significación moral negativa del delito tiene como correlato una afirmación de los valores morales mediante la aplicación de la pena. El castigo, podría decirse, emplea un preciso lenguaje para comunicar su mensaje: el lenguaje del dolor, del sufrimiento del infractor; y es gracias al poder de ese lenguaje como la punición logra transmitir con éxito su mensaje de reafirmación de los valores negados por el delincuente con su conducta: *“El*

⁸¹⁹ *Ibíd.*, pág. 95.

⁸²⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, pág. 41.

⁸²¹ *Ibíd.*, pág. 42.

*castigo como metáfora de la comunicación se revela ahora en toda su intensidad: el castigo transmite, afirma y re-afirma valores. Por eso es tan importante (como en toda <<comunicación>>), añade Garland, el rol reservado al <<público>>, la receptividad de éste; en síntesis, que el mensaje sea claro y comprensible”.*⁸²²

En cualquier caso, Durkheim se preocupa por aclarar que tras la pretensión que puede tener la sociología de explicar el crimen como un hecho social, no subyace una apología o justificación moral a ese tipo de comportamientos, sino el interés científico de entender en términos de causa y efecto un hecho social tan relevante:

*“Así, podría suceder que se nos acusara de haber querido exculpar el crimen, so pretexto de que hacíamos de él un fenómeno de sociología normal. Sin embargo, tal objeción sería pueril, pues si bien en toda sociedad es normal que haya crímenes, no lo es menos que sean castigados. La institución de un sistema represivo no es un hecho menos universal que la existencia de una criminalidad, ni menos indispensable que la salud colectiva. Para que no hubiere crímenes sería precisa una nivelación de las conciencias individuales que —por razones que se encontrarán más adelante— no es posible ni deseable; pero para que no hubiere represión sería precisa una ausencia de homogeneidad moral que no es conciliable con la existencia de una sociedad. Sólo que, partiendo del hecho de que el crimen es detestado, y detestable, el sentido común llega a la errónea conclusión de que no podría desaparecer por completo. Con su habitual simplismo no concibe que una cosa que produce repugnancia pueda tener alguna razón de ser útil, y, sin embargo, no hay en ello contradicción”.*⁸²³

Es relativamente fácil observar cómo Durkheim subrayaba el hecho que la dificultad para conceder a las teorías sociales la connotación de conocimiento científico estaba en gran parte anclada a la dificultad para asumir que los hechos sociales, como objeto de investigación, no podían ser abordados de la misma manera que los fenómenos naturales. Es evidente que muchos de los presupuestos y postulados de las ciencias sociales no son susceptibles de comprobación empírica en la forma que se esperaba entonces, y por esta razón las teorías sociales no podían equipararse a otras consideradas como paradigmas de conocimiento científico. Durante la segunda mitad del siglo XIX las ciencias sociales tuvieron la carga de encontrar un método que les permitiera demostrar la veracidad de sus conclusiones, lo cual llevó a muchos teóricos sociales a intentar, en diferentes formas, la aplicación del método positivo, en un esfuerzo por dotar a las ciencias del espíritu de un estándar de racionalidad confiable y susceptible de comprobación.

Pese a las aportaciones de múltiples autores, incluyendo por su puesto la de Durkheim, la sociología y las demás ciencias del espíritu siguieron considerándose, al menos así en los círculos académicos más prestigiosos, como ejercicios especulativos muy elegantes y sofisticados que no alcanzaban, sin embargo, las condiciones de objetividad, verificabilidad empírica y universalidad de las ciencias como la física o la química. Al leer algunas de las críticas más agudas al estatus científico de las teorías sociales, queda la sensación de que los esfuerzos llevados a cabo por los positivistas como

⁸²² *Ibíd.*, pág. 42.

⁸²³ DURKHEIM, *Las Reglas del Método Sociológico*, pág. 33.

Durkheim seguían siendo percibidos como un infructuoso sacrificio para imitar los modos de proceder de otras disciplinas auténticamente científicas, sacrificio que, a mi juicio, era visto en gran medida como torpe y estéril.

1.2. La racionalidad teleológica.

Una lectura de esta coyuntura histórica a partir de la información de la que disponemos hoy, permite comprender las razones por las cuales algunos autores sostienen que la discusión sobre el estatus científico de las ciencias sociales, y sobre todo acerca del carácter de “conocimiento” predicable de sus contenidos, escondía en el fondo una significativa confusión entre naturaleza y cultura.⁸²⁴ En efecto, un importante sector de la doctrina ha venido sosteniendo que el proceso de superación o, si se me permite esa expresión: *emancipación* de las ciencias sociales, tuvo lugar con la aparición del “dualismo metodológico” introducido por la filosofía de valores.⁸²⁵ Como ya he mencionado, en todo este proceso de independencia metodológica de las ciencias sociales desempeñó un papel determinante la distinción de Droysen entre <<explicar>> (*Erklären*) y <<comprender>> (*Verstehen*) —como dos niveles o estadios de conocimiento diferentes—, a partir de la cual pudo justificarse una diferencia sustancial entre el método de investigación sociológica y el de las ciencias naturales.⁸²⁶

En varios escritos de principios del siglo XIX, Max Weber se dio a la tarea de explicar cómo es que las ciencias sociales pueden aspirar a la objetividad a través de un método distinto al positivismo que hasta entonces se había

⁸²⁴ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 78.

⁸²⁵ Un estudio sobre el problema del método en la sociología puede encontrarse en JORGE SIERRA, Elena. *Nuevos elementos para la reflexión metodológica en sociología. Del debate cuantitativo/cualitativo al dato complejo*, pág. 58, quien explica: “La reflexión teórica sobre el método es siempre una cuestión crucial y esencial en cualquier disciplina, máxime cuando su objeto de estudio presenta unas características tan ricas y peculiares. A pesar de que para algunos se trate de una cuestión recurrente e incluso retórica, la raíz de la preocupación metodológica se encuentra íntimamente ligada al origen y desarrollo de la sociología. Así, desde su comienzo ésta surge en comunión a la idea de monismo metodológico, concepción que, derivada de la filosofía positiva, no es un hecho accidental sino consecuencia de toda una concepción anterior y un contexto sociohistórico concreto. Por contra, y al mismo tiempo, el pensamiento ideográfico reclama la singularidad y especificidad de los fenómenos no naturales (ciencias del espíritu) y se opone a la unidad de método. Como consecuencia, la aplicación del método científico y su desarrollo en sociología toma la forma de una concepción metodológica y epistemológica dual o dividida. De este modo, y mientras la tradición inglesa desde Bacon (1620) favoreció el desarrollo de orientaciones más cuantitativistas, la herencia de la filosofía idealista y el historicismo alemán fomenta un planteamiento fenomenológico y antiempírico. Así, desde la aritmética política de Willam Petty (1676), la estadística moral de Quetelet (1835) y los primeros análisis empíricos y estadísticos de Booth (1910), Le Play (1855) y Durkheim (1895), por una parte y la tradición historicista alemana, por otra, van sentando las bases de la actual dicotomía cuantitativo/cualitativo”.

⁸²⁶ Ver *supra* cita 383.

intentado.⁸²⁷ En un pequeño ensayo publicado en 1904, a propósito de su ingreso como editor de la revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Weber dejó claramente sentada su posición en contra de cualquier intento por explicar los fenómenos sociales en términos causales. En esa oportunidad, sostuvo lo siguiente:

*“¿Cómo es posible en general la explicación causal de un hecho individual? En efecto, jamás puede concebirse como exhaustiva aun la descripción del segmento más ínfimo de la realidad. El número y la índole de las causas que determinaron cualquier evento individual son siempre infinitos, y nada hay en las cosas mismas que indique qué parte de ellas debe ser considerada. El único resultado de cualquier intento serio de conocer la realidad <<sin presupuestos>> sería un caos de <<juicios de existencia>> acerca de innumerables percepciones particulares. Pero aun tal resultado sólo es posible en apariencia, ya que cada percepción aislada, en cuanto se le considera con mayor atención, muestra infinitos elementos que jamás pueden ser expresados de manera exhaustiva en juicios de percepción. Lo único que introduce orden en este caos es la circunstancia de que, en cada caso, solo una parte de la realidad individual reviste para nosotros interés y significación, porque únicamente ella muestra relación con las ideas de valor culturales con las cuales abordamos la realidad”.*⁸²⁸

A diferencia de Durkheim, Weber no se esforzó por equiparar la sociología a las ciencias naturales mediante una adaptación del método positivo, sino que buscó su total independencia mediante la aplicación de un método nuevo capaz de dotar a la teoría social de la característica más auténtica del conocimiento científico: *la pretensión de veracidad*. Esta diferencia de perspectiva y propósito permite entender los motivos por los que Weber abandonó la idea, observable aun en Durkheim, de encontrar la forma de ajustar el método positivo para explicar los hechos sociales en términos causales. En lugar de eso, Weber redefinió el objeto de investigación sociológica y se dio a la tarea de diseñar y poner en práctica un método nuevo acorde a la naturaleza de su objeto de investigación.⁸²⁹

⁸²⁷ “Estos análisis estrictamente formales de los fenómenos histórico-sociales, vinculados por razones teórico-cognoscitivas a la distinción sujeto/objeto, se efectuaban en el marco de un fundamento metodológico altamente precario. En el caso de Durkheim, por ejemplo, en el marco de una concepción ingenuamente positivista de la investigación científica, que consideraba factible una ciencia social estrictamente empírica de los «hechos sociales». En cambio, en el marco de las corrientes neokantianas del pensamiento alemán de finales del XIX, Simmel y Weber articularon una solución metodológica más o menos teórico-transcendentalista y reflexiva, que se pone de relieve en la compleja asociación de transcendentalismo y psicología social, en el caso del primero, o en la relativización del concepto de acción tomado de la filosofía de los valores, en el caso del segundo”. (GARCÍA BLANCO, José María. *Sociología y sociedad en Simmel*, pág. 98).

⁸²⁸ WEBER, *La <<objetividad>> cognoscitiva de la ciencia social y de la política social*, pág. 69.

⁸²⁹ Al respecto, AGUADO TERRON, Juan Miguel. (*Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 90) explica que “Desde el mismo instante en que la sociología se piensa a sí misma como ciencia positiva comienza a ponerse en evidencia el problema epistemológico sin precedentes a que debe enfrentarse. Si en otros ámbitos del conocimiento científico el problema de la observación había sido soslayado por la separación radical del observador y lo observado —el objetivismo es, según von Foerster (1991), la ilusión de que pueden realizarse observaciones sin un observador—, en la sociología este problema se convierte en fuente capital de una recursividad epistemológica que denominaremos paradoja de la autoobservación como metaobservación”.

“Hemos designado <<ciencias de la cultura>> a las disciplinas que procuran conocer los fenómenos de la vida en su significación cultural. La significación de la configuración de un fenómeno cultural, y su fundamento, no pueden ser obtenidos, fundados y vueltos inteligibles a partir de un sistema de conceptos legales, por perfecto que fuere; en efecto, presuponen la relación de los fenómenos culturales con ideas de valor. El concepto de cultura es un concepto de valor. La realidad empírica es para nosotros <<cultura>> en cuanto la relacionamos con ideas de valor; abarca aquellos elementos de la realidad que mediante esa relación se vuelven significativos para nosotros, y solo esos. Únicamente una pequeña parte de la realidad individual considerada en cada caso está coloreada por nuestro interés condicionado por aquellas ideas de valor; ella sola tiene significación para nosotros, y la tiene porque exhibe relaciones para nosotros importantes a causa de su ligazón con ideas de valor.”⁸³⁰

Evidentemente, la filosofía de los valores introdujo un cambio importante de paradigma, al introducir la cultura como elemento definitorio del objeto de estudio de la sociología. Este cambio de paradigma, entre muchas otras cosas, implicó además una modificación que a la postre abriría todo un nuevo horizonte de investigación: el acento dejó de ponerse en la relación de causa y efecto presumiblemente existente entre los fenómenos sociales y pasó a prestarse atención a las relaciones de *significación*⁸³¹ dadas entre ellos. Se trata, en definitiva, de un proceso de transformación que el propio Weber explicó en los siguientes términos:

*“La ciencia social que queremos promover es una ciencia de realidad. Queremos **comprender** la realidad de la vida que nos circunda, y en la cual estamos inmersos, en su especificidad; queremos **comprender**, por un lado, la conexión y significación cultural de sus manifestaciones individuales en su configuración actual, y, por el otro, las razones por las cuales ha llegado históricamente a ser así-y-no-de-otro-modo.”⁸³²*

Por supuesto, un proyecto semejante requeriría de la elaboración de un método que fuese perfectamente idóneo para alcanzar los objetivos asignados a las ciencias de la cultura, pero que a la vez pudiera ser comprendido en toda la dimensión de sus limitaciones. A este respecto, Weber se decantó por la propuesta de un método dirigido a encontrar la *significación*, o sea, la dimensión de sentido de los fenómenos sociales, mediante una referencia a los valores e ideas cuya realización se pretende con ellos.⁸³³ Por la configuración que Weber dio al método, resulta ineludible la referencia al carácter teleológico de la investigación sociológica, particularmente por lo que hace a la manera en

⁸³⁰ WEBER, *La <<objetividad>> cognoscitiva de la ciencia social y de la política social*, pág. 67.

⁸³¹ “<<Significado>> (<<sentido>>) quiere decir aquí dos cosas: a) El significado pensado realmente por el sujeto en un caso concreto determinado o el significado pensado subjetivamente por un número determinado de agentes —por término medio o aproximadamente—; b) el sentido pensado realmente por uno o varios agentes conceptualizados como agentes-tipo dentro de una construcción conceptual pura”. WEBER, *Conceptos Sociológicos Fundamentales*, pág. 70.

⁸³² WEBER, *La <<objetividad>> cognoscitiva de la ciencia social y de la política social*, pág. 61.

⁸³³ “La interpretación del significado aspira, como la ciencia en general, a alcanzar <<evidencia>>. La evidencia en la comprensión de una acción puede ser: a) evidencia de carácter racional (y, dentro de ésta, lógica o matemática) o b) evidencia de una relación empática (emocional, artística). Hay evidencia racional en el ámbito de la acción, sobre todo, cuando logramos una comprensión intelectual clara e integra de los motivos subjetivos de la acción. Hay evidencia empática sobre una acción cuando logramos recrear el contexto de los sentimientos en que se vivió esa acción”. (WEBER, *Conceptos Sociológicos Fundamentales*, pág. 71).

que con ella se vinculan los valores como <<fines>> que explican el acontecer cultural humano.

*“Cualquier reflexión conceptual acerca de los elementos últimos de la acción humana provista de sentido se liga, ante todo, a las categorías de <<fin>> y <<medio>>. Queremos algo en concreto <<en virtud de su valor propio>> o como medio al servicio de aquello a lo cual se aspira en definitiva. A la consideración científica es asequible ante todo, incondicionalmente, la cuestión de los medios que son apropiados para los fines dados. En cuanto podemos (dentro de los límites de nuestro saber en cada caso) establecer válidamente cuáles medios son apropiados o ineptos para un fin propuesto, podemos también, siguiendo este camino, ponderar las chances de alcanzar un fin determinado en general con determinados medios disponibles, y, a partir de ello, criticar indirectamente la propuesta de los fines mismos, sobre la base de la situación histórica correspondiente, como prácticamente provista de sentido, o, por lo contrario, como sin sentido de acuerdo con las circunstancias dadas. Podemos, también, si la posibilidad de alcanzar un fin propuesto aparece como dada, comprobar las consecuencias que tendría la aplicación del medio requerido, además del eventual logro del fin que se busca, a causa de la interdependencia de todo acaecer”.*⁸³⁴

En Weber, la importancia que cumplen los valores como fin que llena de sentido los fenómenos que se dirigen a su realización, supone la implantación de una racionalidad que si bien no era desconocida en la historia de la ciencia, no había sido llevada hasta ese nivel de elaboración: la racionalidad teleológica, como alternativa a la racionalidad causal predominante hasta entonces. Con todo, Weber intentó concientizarse a sí mismo, y a su entorno académico, de la capacidad exacta de rendimiento que tendría este método para responder las preguntas relacionadas con los fenómenos culturales:

*“La ciencia puede proporcionarle la conciencia de que toda acción, y también, naturalmente, según las circunstancias, la in-acción, implica, en cuanto a sus consecuencias, una toma de posición a favor de determinados valores, y, de ese modo, por regla general en contra de otros —cosa que se desconoce hoy con particular facilidad—. Pero practicar la selección es asunto suyo. Respecto de esa decisión, podemos ofrecerle todavía algo: el conocimiento del significado de aquello a que se aspira. Podemos enseñarle a conocer los fines que él procura, y entre los cuales elige, de acuerdo con su conexión y significado, ante todo poniendo de relieve y desarrollando en su trabazón lógica las <<ideas>> que están o pueden estar en la base del fin concreto. En efecto, una de las tareas esenciales de cualquier ciencia de la vida cultural del hombre es, desde luego, poner de manifiesto para la comprensión espiritual de estas <<ideas>> por las cuales se ha luchado y se lucha, en parte realmente y en parte sólo en apariencia”.*⁸³⁵

Por su configuración, este método implica una racionalidad diferente que no pretende estudiar y entender los fenómenos en la dimensión de sus relaciones de causa-efecto, sino que aspira a comprenderlos a partir de las relaciones de medio-a-fin que guardan con los valores sociales. En este nuevo contexto racional, los fenómenos culturales no vienen a ser explicados los unos por los otros, sino a partir de esa relación espiritual que se traba entre las acciones humanas y los valores que orientan nuestras decisiones individuales. Desentrañar ese tipo de relaciones, identificarlas, entenderlas, sólo es posible bajo una racionalidad que este dispuesta a acentuar la capacidad crítica del hombre para: (i) seleccionar de la realidad aquello que es significativo, y (ii) emitir juicios de valor respecto de aquello que considera significativo. Para Weber, pese a que el examen teleológico de los fenómenos culturales no

⁸³⁴ WEBER, *La <<objetividad>> cognoscitiva de la ciencia social y de la política social*, pág. 42.

⁸³⁵ *Ibíd.*, pág. 43.

puede llevarse a cabo sin la emisión de juicios de valor, el carácter científico de la sociología viene dado precisamente porque el contenido de esos juicios de valor puede ser evaluado desde la coherencia lógica de las relaciones de medio-a-fin existentes tanto entre las acciones y los valores perseguido por ellas como entre las ideas subyacentes a esos juicios de valor.

*“Pero el tratamiento científico de los juicios de valor permite, además, no sólo comprender y revivir los fines queridos y los ideales que están en la base, sino también, y ante todo, enseña a <<juzgarlos>> críticamente. Esta crítica, por cierto, sólo puede tener carácter dialéctico, es decir que sólo puede constituir un enjuiciamiento lógico-formal del material que se presenta en los juicios de valor e ideas históricamente dados, y un examen de los ideales con respecto al postulado de la ausencia de contradicción interna de lo querido”.*⁸³⁶

Para Weber, el contenido de los juicios de valor emitidos sobre aquellos segmentos de la realidad que el hombre considera significativos, y las acciones humanas que a ellos responden, pueden ser sometidos a un examen científico que no consiste en otro nuevo juicio de valor sobre el acierto o desacierto de su contenido material, sino en la determinación de la existencia o no de relaciones de coherencia lógico-formal intrínseca entre los diferentes motivos e ideas que lo sustentan. La propuesta de Weber consistió en determinar estas relaciones de coherencia lógico-formal a partir de una nueva racionalidad, interesada en explicar las relaciones de significación de los fenómenos sociales en términos de medio-a-fin. Es decir, desde esta perspectiva, la coherencia interna de los juicios de valor podría determinarse científicamente, mediante un examen racional orientado a establecer si los medios escogidos por el individuo son adecuados desde el punto de vista lógico-formal para alcanzar los fines propuestos, y si estos diferentes fines propuestos, como manifestaciones de la posición valorativa concreta asumida por el individuo, pueden articularse de forma coherente entre sí, o si son excluyentes.

La forma propuesta por Weber para operar con esta nueva racionalidad consistió en la construcción de *tipos* de acción paradigmáticamente racionales. La idea de Weber consistía en examinar científicamente la racionalidad de las acciones, confrontándola con los tipos de acción paradigmáticamente racionales previamente construidos. Mediante este ejercicio de adecuación de la acción concreta a los tipos abstractos, podrían identificarse las *desviaciones* respecto del paradigma de racionalidad, lo cual permitiría identificar los elementos que deberían ser corregidos para obtener acciones auténticamente racionales.

*“El análisis científico que opera con la construcción de tipos investiga y explica todos estos elementos irracionales del comportamiento, generados por los sentimientos y que afectan la acción, como una desviación respecto al desarrollo de la acción como un medio para conseguir un fin. (...) Por tanto, la construcción en estos casos de una acción estrictamente racional como un tipo (<<tipo ideal>>) le sirve a la sociología, en virtud de la claridad racional y de la evidente inteligibilidad del tipo, para comprender las acciones reales, influidas por elementos irracionales de toda clase (pasiones, errores), como una <<desviación>> del desarrollo que cabría esperar en un comportamiento puramente racional”.*⁸³⁷

⁸³⁶ *Ibíd.*, pág. 43.

⁸³⁷ WEBER, *Conceptos Sociológicos Fundamentales*, pág. 73.

La aplicación de esta nueva racionalidad en la elaboración de una sociología del derecho ofreció una perspectiva distinta del derecho moderno vigente a principios del siglo XIX. A todo lo largo del capítulo VII de su obra póstuma, *Economía y sociedad*, Weber llevó a cabo un recorrido por la evolución histórica del derecho. En la sección 8 de ese capítulo el autor se abocó a la exposición de “*Las cualidades formales del derecho moderno*”, la cual se inicia con una explicación acerca de los factores sociales que determinaban entonces su estructura y función. En este aparte sostuvo el autor que las características más representativas del derecho moderno responden principalmente, aunque no exclusivamente, a factores de orden económico.⁸³⁸

En efecto, a todo lo largo de su sociología del derecho Weber sostiene que la importancia que adquirieron los agentes económicos en el destino de las naciones, luego de la industrialización, fue decisiva en la estructura y función asignada al derecho. El arraigamiento del modelo capitalista habría dado lugar a un nuevo mapa político en el que los dueños de los medios de producción estarían en condiciones de determinar un ordenamiento jurídico más adecuado a sus necesidades y a las del mercado. En líneas generales, la coyuntura económica habría demandado un ordenamiento jurídico que respondiera mejor a la necesidad de seguridad en el comercio y en el tráfico económico en general.

*“En este fenómeno influyeron poderosamente, como hemos podido comprobar, factores de orden económico. Pero tal influencia nunca fue decisiva, según habremos de comprobarlo al discutir la denominación política. En cuanto tuvieron participación en la formación de los rasgos específicamente modernos del actual derecho occidental, la dirección de su influencia consistió en la racionalización y sistematización del derecho, lo que en general significó para los interesados en el mercado, con las reservas de una limitación posterior, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la ‘seguridad en el tráfico’”.*⁸³⁹

A modo de aclaración, es importante subrayar que la seguridad a la que se refiere Weber es la de las “*expectativas*” que válidamente pueden hacerse los individuos, y que son esenciales para la definición de sus planes de acción. En el contexto de una racionalidad teleológica, los individuos, no sólo como agentes económicos, sino en general, eligen sus acciones teniendo como presupuestos de sus decisiones ciertas expectativas que se forman tanto frente al comportamiento que deben seguir los demás, como al funcionamiento de la sociedad en su conjunto. Si se han de juzgar las acciones por la coherencia interna de las relaciones medio-a-fin, se tiene que aceptar como presupuesto que las expectativas que el sujeto tiene frente al comportamiento de los demás y el funcionamiento de la sociedad son determinantes en la elección de los fines y de los medios necesarios para alcanzarlos. El cumplimiento efectivo de esas expectativas, según Weber, parece tener un papel muy importante no sólo

⁸³⁸ WEBER, *Economía y Sociedad*, pág. 650.

⁸³⁹ *Ibíd.*, pág. 651.

en lo que hace a la sensación de libertad individual que cada uno de nosotros experimenta, sino también en lo referente al adecuado funcionamiento de la sociedad. El derecho, según entiendo, cumpliría entonces ese importante papel de asegurar, mediante la asignación de obligaciones y la imposición de sanciones, el cumplimiento de las expectativas válidamente creadas por los individuos:

*“Pero ya hemos visto que la lógica jurídica puramente profesional, la ‘construcción’ jurídica de los hechos de la vida de acuerdo con ‘proposiciones jurídicas abstractas’ y al amparo de la máxima dominante según la cual ‘lo que el jurista no puede ‘pensar’ en función de los ‘principios’ derivados del trabajo científico, no existe jurídicamente’ tiene que conducir inevitablemente a resultados que destruyen las ‘expectativas’ de los particulares. Las ‘expectativas’ de éstos háyanse orientadas de acuerdo con el ‘sentido’ económico o práctico-utilitario de una norma jurídica; pero esto es, examinado desde el ángulo visual de la lógica jurídica, irracional. Un ‘lego’ nunca podrá entender que, de acuerdo con la vieja definición del delito de robo, no puede existir un ‘robo’ de energía eléctrica. Lo que conduce a tales resultados no es una necesidad específica de la moderna jurisprudencia, sino en gran medida consecuencia inevitable de las dispares legalidades lógicas propias de todo pensamiento jurídico formal, frente a las acciones jurídicamente relevantes de los interesados y a los convenios realizados con el fin de obtener resultados económicos y expectativas económicamente calificadas. De aquí que surja siempre la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal. Y esa protesta encuentra apoyo incluso en el pensamiento de los mismos juristas acerca de su propia actividad. Pero sin renunciar totalmente a ese carácter formal que le es inmanente, el derecho de los juristas no puede ni ha podido nunca satisfacer a plenitud esas expectativas. Ello puede decirse tanto del derecho inglés, tan glorificado actualmente en este respecto, como del viejo derecho de los juristas romanos o de los hábitos mentales jurídicos del Continente”.*⁸⁴⁰

Esta demanda de mayor seguridad jurídica frente a las expectativas, según Weber, habría dado un impulso al proceso de sistematización del derecho, y de burocratización de las instituciones encargadas de su aplicación. Por un lado, la demanda de mayor seguridad fue atendida mediante la elaboración de un auténtico sistema jurídico, lo que a su vez significó un importante desarrollo de la dogmática. Y por otro lado, a esta demanda se respondió también con una mayor profesionalización y especialización de los operadores del derecho, quienes además se incorporaron a una compleja y diferenciada estructura burocrática para la administración de justicia.

*“El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en ‘etapas teóricas’ de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de profetas jurídicos, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al ‘otorgamiento’ del derecho por el imperium profano y los poderes teocráticos y, por último, al ‘derecho sistemáticamente estatuido’ y a la ‘aplicación’ del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación de tipo lógico-formal”.*⁸⁴¹

Si bien en un principio el sistema jurídico estuvo encausado por una presunción de corrección y completud que justificaba la limitación de las competencias del juez, al punto de reducirlo a ser la voz que pronuncia la ley, para la época en que Weber realizó su estudio este paradigma ya había sido superado. En su lugar, se inició un proceso de rematerialización del derecho, el cual abogaba por dejar de lado la estrechez del formalismo jurídico y avanzar en la búsqueda de un método para la determinación y aplicación del derecho que hiciera

⁸⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 652.

⁸⁴¹ *Ibíd.*, pág. 649.

realidad el ideal de justicia material.⁸⁴² Según observa Weber, ese proceso de rematerialización del derecho avanzaba a través de dos grandes tendencias: el neokantismo y el empirismo:

*“Colocar una ordenanza puramente técnica, como la de que pasado cierto límite debe pagarse un impuesto por ciertos bienes, al mismo nivel de los preceptos jurídicos sobre el matrimonio y la patria potestad o, también, sobre el derecho de propiedad, es algo que repugna al sentimiento del jurista práctico, por lo cual más allá del derecho positivo, al que se considera como un derecho mudable y en gran medida ‘técnico’, resurge la nostálgica idea de un derecho ultrapositivo. Es verdad que el viejo ‘derecho natural’ aparece desacreditado por la crítica histórica y jurídico-positivista. Como sucedáneo se ofrece en parte el derecho natural de los dogmáticos del catolicismo, en parte el ensayo tendiente a obtener en forma deductiva criterios objetivos de valor, partiendo de la ‘esencia’ del derecho. Y esto, ya sea por un camino apriorístico, orientado hacia el neokantismo, por postulación de un ‘derecho justo’ como ordenación de una ‘sociedad de hombres librevolentes’ que sirva como criterio legislativo para la creación racional del derecho, y de fuente jurisdiccional, en aquellos casos en que la ley remite al juez a elementos en apariencia no formales; en ambas direcciones se trata de una promesa que queda incumplida en la realidad. O bien empíricamente, de acuerdo con las ideas de Comte, por referencia a la investigación de las ‘expectativas’ que los particulares pueden fundadamente abrigar de acuerdo con la concepción media de las obligaciones de los demás, como norma última y soberana de decisión, que debe reemplazar el concepto más o menos oscuramente intuido de la ‘equidad’ y otros semejantes y que valen incluso frente a la ley”.*⁸⁴³

Sea cual fuere la tendencia a imponerse, lo que era claro para Weber es que el proceso de rematerialización que se había iniciado tenía como consecuencia la penetración de la preocupación por la dimensión de sentido de los fenómenos jurídicos, con lo cual se produciría en el derecho un desarrollo similar y paralelo al que empezaba a tener la sociología comprensiva. En varios apartes de su obra, el autor cita ejemplos concretos de la manera en que la preocupación por comprender el sentido de las disposiciones jurídicas, o de los actos y negocios en que se concreta la voluntad de los particulares, había producido importantes cambios en la forma de determinar y aplicar el derecho positivo.

*“Típico en este respecto es uno de los casos más importantes del particularismo jurídico moderno: el derecho mercantil. Por ejemplo, de acuerdo con el código de Comercio alemán, a este derecho especial se hallan sometidos, por una parte, ciertas clases de contratos, de los cuales el más moderno a saber: la adquisición con el propósito de una enajenación posterior capaz de producir una ganancia, es definido, enteramente en el sentido de un derecho racionalizado, no en función de cualidades formales, sino por referencia al sentido racional con arreglo a fines implícitos en el acto contractual concreto: la ‘ganancia’ derivada de otro acto contractual futuro”.*⁸⁴⁴

A pesar de que en su obra no se encuentra una específica referencia a la manera en que esa tendencia hacia la rematerialización afectaba el derecho penal, Weber sí dejó expresamente sentado el hecho de que la racionalidad teleológica recuperada por el neokantismo estaba reestructurando la metodología para la elaboración del derecho penal, al ocuparse de asignar un

⁸⁴² “Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho, pues la aplicación de los conceptos como el de ‘la explotación del estado de necesidad’ (en la ley de la usura), o los ensayos tendientes a repudiar, considerándolos como inexistentes, los contratos leoninos, fundamentalmente descansan, desde el punto de vista jurídico, convencional o tradicional, sino puramente ético, y pretenden representar una justicia material en vez de una legalidad formal”. WEBER, *Economía y Sociedad*, pág. 653.

⁸⁴³ WEBER, *Economía y Sociedad*, pág. 655.

⁸⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 648.

“fin” o “propósito” racional a la pena, más allá de la pura irracionalidad de la venganza. La discusión acerca del *fin* del derecho penal y del fundamento de la pena, según el autor, no tendría únicamente consecuencias teórico-conceptuales sobre la forma en que entendemos el derecho penal, sino también consecuencias prácticas derivadas de esta nueva forma de interpretar y aplicar el derecho teleológicamente, en función de los fines o propósitos asignados a la pena y al derecho penal.

*“Pero también más allá del tráfico comercial, la racionalización del derecho coloca en primer plano, como lo propiamente importante, a la intencionalidad, en lugar de la estimación basada en el acaecer externo. En el derecho penal sustituye la venganza, cuya necesidad se halla esencialmente determinada por el resultado, por ‘fines penales’ racionales, éticos o utilitarios, y de este modo introduce paulatinamente en la práctica jurídica elementos no formales”.*⁸⁴⁵

Y por supuesto, no hace falta volver sobre la historia del derecho penal para percatarse de cuánta razón le asistía a Weber, respecto de la manera en el que la racionalidad teleológica y la comprensión del derecho penal, desde una perspectiva valorativa, redibujaron de modo importante las estructuras de la teoría del delito vigentes hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Esta racionalidad teleológica fue sumamente importante en el proceso de evolución sufrido por la teoría social a todo lo largo del siglo XX, y su influencia en el desarrollo de la teoría del delito aún hoy puede verse con absoluta nitidez. Sin embargo, existen hoy otras perspectivas diferentes, las cuales se nos presentan como alternativas o, incluso como sucedáneas, de esta racionalidad teleológica. Se trata, a mi juicio, de otras racionalidades distintas que parecen ofrecer una mayor capacidad de rendimiento a la hora de resolver satisfactoriamente los problemas teóricos y prácticos que surgen en el estudio de disciplinas típicamente sociales como el derecho.

1.3. Descripción de la racionalidad comunicativa.

En 1981, Jürgen Habermas publicó la primera edición de su *Teoría de la Acción Comunicativa (Theorie des Kommunikativen Handelns)*, que en su primer volumen dedica una parte importante de sus esfuerzos a subrayar lo que él califica como: “*las angosturas que se producen en la estrategia conceptual*” propuesta por Weber. Para ese efecto, Habermas recurre a muchos de los más importantes desarrollos logrados por la filosofía analítica en los países de habla inglesa, particularmente en lo que tiene que ver con la teoría del lenguaje, la teoría del significado, la hermenéutica y la semántica formal.

Como punto de partida, Habermas resalta que la idea de que la comprensión de los fenómenos sociales sólo podía alcanzarse mediante la dimensión de sentido que provee la perspectiva de los valores —a la cual no podía llegarse

⁸⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 651.

mediante el puro entendimiento empírico y causal de los fenómenos— fue fundamental para poner de manifiesto la diferencia entre mundo y cultura, que no había sido considerada por el positivismo de finales del siglo XIX, y que a su vez fue determinante para iniciar el giro desde el pensamiento causal hacia la hermenéutica. No obstante, aun cuando con la introducción de la referencia a la dimensión de sentido, Weber provocó un cambio de perspectiva que se tradujo en una nueva comprensión del objeto y el método de la sociología, él no llegó a elaborar una teoría completa sobre las condiciones en que el <<sentido>> de los fenómenos sociales nos es racionalmente accesible. Desde la perspectiva de Habermas, Weber introdujo el <<significado>> como un concepto fundamental dentro de la teoría social, pero no elaboró propiamente una teoría sobre el <<significado>>, lo cual parecía ser imprescindible para una adecuada elaboración de su sociología comprensiva.⁸⁴⁶

“Lo que Weber tiene aquí a sus espaldas no es una teoría del significado, sino una teoría intencionalista de la conciencia.”⁸⁴⁷

La estrechez de la propuesta weberiana, según entiendo, sería una consecuencia de los presupuestos mismos de su teoría social. Para Habermas, la propuesta teleológica *“presupone un sólo mundo, que en este caso es el mundo objetivo”*.⁸⁴⁸ La propuesta de Weber da por sentado *“un mundo de estados de cosas existentes”*, el cual puede ser comprendido por un individuo gracias a un <<complejo cognitivo-volitivo>> que le permite identificar los segmentos de la realidad que son significativos, emitir juicios de valor sobre ellos, y proponerse como fin la modificación del mundo mediante determinadas formas de intervención (acción) que le sirven de medios. En esta forma, la teoría de Weber daría por sentado que la dimensión de sentido de los fenómenos le es directamente accesible al sujeto gracias al complejo cognitivo-volitivo del que está provisto.

“El concepto de acción teleológica presupone relaciones entre un actor y un mundo de estados de cosas existentes. Este mundo objetivo está definido como totalidad de los estados de cosas que existen o que pueden presentarse o ser producidos mediante una adecuada intervención en el mundo. El modelo dota al agente de un <<complejo cognitivo-volitivo>>, de modo que éste puede, por un lado (mediante percepciones), formarse opiniones sobre los estados de cosas existentes y, por otro, desarrollar intenciones con la finalidad de traer a la existencia los estados de cosas deseados”.⁸⁴⁹

En varios apartes de su obra, Habermas subraya que el principal defecto de la propuesta de Weber consiste en presuponer a un sujeto aislado, por fuera del contexto social colectivo en el que se encuentra inevitablemente inserto, y además asumir que ese individuo, así considerado, puede acceder a la

⁸⁴⁶ Una exposición más amplia de la crítica de Habermas a Weber en este punto puede encontrarse en RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 230.

⁸⁴⁷ HABERMAS, Teoría de la Acción Comunicativa, vol. 1, pág. 359.

⁸⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 126.

⁸⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 125.

dimensión de sentido de los fenómenos sociales mediante un juicio crítico-racional de naturaleza teleológica sobre el mundo objetivo que lo rodea.⁸⁵⁰

De cara a la elaboración de una teoría social, lo adecuado sería considerar al hombre como un sujeto que hace parte de un colectivo, y que accede al conocimiento a partir de un proceso de interacción, y no como un agente aislado que sólo se relaciona con los objetos de conocimiento existentes en el mundo.⁸⁵¹ Una perspectiva realmente adecuada para abordar el estudio de la sociedad debe entender al individuo no como un sujeto aislado, sino como parte de un conglomerado social que lo define, y como consecuencia de ello debe reconocerse también que la comunicación entre interlocutores cumple un papel determinante en el acceso a la dimensión de sentido de los fenómenos sociales.⁸⁵² Por esta razón, una teoría sobre el *significado* de los fenómenos sociales debe tomar necesariamente en cuenta la manera en que tienen lugar

⁸⁵⁰ Una explicación más amplia de esta crítica a Weber puede encontrarse en VÉLEZ CUARTAS, Gabriel Jaime. *Semiótica y Acción Comunicativa*, pág. 173. Por otra parte, es importante mencionar que en la actualidad esta es también la base de la crítica de Habermas a Rawls, cuando le achaca a éste desarrollar una teoría política que aún permanece anclada a las premisas de la filosofía de la conciencia, y que, por consiguiente, sigue presuponiendo un sujeto aislado, y la formación del “nosotros” como consecuencia de la agregación de diversidad de “yo”. Al respecto, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 48; o también puede consultarse una explicación sobre esa misma crítica en RUBIO CARRACEDO, José. <<Posición Original>> y <<Acción Comunicativa>> (*Rawls y Habermas*), pág. 225. Por otra parte, para un estudio acerca de cómo la perspectiva de Habermas presenta un giro desde el paradigma de la filosofía del sujeto hacia la filosofía de la comunicación, consultar ARCE CARRASCOSO, José Luis. *De la Hermenéutica a la Acción Comunicativa*, pág. 243.

⁸⁵¹ Un estudio propedéutico a la filosofía de Habermas, especialmente enfocado al aspecto metodológico de su teoría, puede encontrarse en RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 227.

⁸⁵² Al respecto, AGUADO TERRÓN, Juan Miguel (*Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 90) explica que “Efectivamente, en el ámbito de la sociología se pone de relieve la pertenencia del observador y del proceso de observación al ámbito fenoménico de lo observado, de modo que, en contra de los axiomas del paradigma objetivista, la autoobservación adquiere si no validez epistemológica, sí validez procedimental (Luhmann, 1996a; 1998). Así, en el modelo comprensivo de lo social como dinámica interindividual irrumpe un nuevo rasgo perturbador de aquella primera física política: el individuo como sujeto cognoscente. El pensamiento sociológico se encuentra entonces constituyéndose como observación de observadores y observación de observaciones, resultando, en suma, el hacer sociológico como una clase de autoobservación social (observación de lo social por lo social, observación del individuo por el individuo) devenida en metaobservación (observación de observadores, observación de observaciones) (Luhmann, 1996a). El problema no es ya sólo cómo describir el paso de la dinámica inter-individual a la dinámica social, sino, al mismo tiempo, cómo deslindar —y legitimar— los niveles de observación. La aparición del individuo moderno no sólo inaugura el pensamiento social, poniendo asimismo en tela de juicio su propia condición, sino que, por ello mismo, convierte el problema de lo social en un problema esencialmente epistemológico, esto es, (a) concerniente a los estatutos del observador, lo observado y el acto de observación, y (b) concerniente a la dinámica organizacional que permite el paso de lo local (inter-individual) a lo global (social)”.

los procesos de comunicación al interior de la sociedad, y muy especialmente la importancia que en todo ello tiene el lenguaje.⁸⁵³

⁸⁵³ Para una explicación resumida de la forma en que tiene lugar la producción social de *sentido* en la teoría de la acción comunicativa, puede consultarse GONZÁLEZ SORIANO, José Antonio. *Teoría crítica sobre la racionalización como testimonio de un eclipse civilizatorio*, pág. 182. Este autor explica: “Las consideraciones de Habermas a este respecto parten, en su lugar, de establecer diferencias entre la producción de esquemas explicativos del mundo al servicio del dominio de la naturaleza y la producción de apariencia ilusoria al servicio de la adaptación. El proceso de realización histórico que nuestra especie recorre bajo las solicitaciones de la exteriormente racionalizada naturaleza tendría una estructura que nosotros no hemos podido inventar (pues estamos constituidos por ella), abriendo la posibilidad de la reflexión como esfuerzo crítico de reconstrucción capaz de disolver las “objetivaciones opacas a la intuición”. Habermas considera el planteamiento de Nietzsche como un punto de inflexión histórico que proporciona impulso para las denuncias totalizadoras de la razón occidental, que extienden las aporías internas del proceso de la modernización al devenir global civilizatorio. El modelo paradigmático de dicha actitud se encuentra en la crítica de Heidegger a la razón. (...)”

En su análisis de la dialéctica interna al discurso filosófico de la modernidad, Habermas pone de relieve los términos de una conformación común a las diversas variantes de la crítica radicalizada a la racionalidad inscrita en el modelo civilizatorio que implica la Ilustración. Las categorizaciones complementarias de la Modernidad como forma de vida cosificada y explotada, o como forma de vida integralmente sujeta a control técnico y relaciones intransitivas de poder totalitario, tienen en común una fundamentación análoga en los rasgos de una sensibilidad volcada hacia la imagen de una “intersubjetividad no menguada”; el tipo de determinación esencial al concepto de totalidad ética que el Hegel de la etapa de Jena había esbozado, para subsumirlo después, definitivamente, bajo la noción de Espíritu absoluto. Sin embargo, el núcleo de dicha reflexión no quedó aquí truncado. Principalmente, dicha intuición fue desarrollada como impulso definitorio de la hermenéutica filosófica, cuya intención básica puede ser descrita, siguiendo a Habermas, como el ejercicio sistemático de comprensión del legado histórico como producto de la intersubjetividad. Para los fines emancipatorios de la Teoría Crítica, las apropiaciones hermenéuticas del sentido histórico pueden ser desplazadas o reconstruidas en conexión con la perspectiva legaliforme del materialismo histórico. La interpretación, en efecto, surge como necesidad de la consideración científica de la realidad sociohistórica, en la medida en que el sistema social in toto no puede ser traducible a inmediatez tangible, sino que ha de ser pensado en referencia a su legaliformidad. Pero el sistema no es cognoscible directamente en cuanto tal, y sólo se nos muestra como cabe aprehenderlo en lo particular y lo fáctico. La referencia permanente que este conocimiento requiere de la completud de la legaliformidad (para ser inteligible en cada uno de sus elementos como experiencia de conocimiento científico), supone la concurrencia de una sistemática actitud interpretativa en un grado que parece no ser necesario en el ámbito de formación de las ciencias naturales. En el contexto de la ciencia social, por tanto, interpretar puede significar sobre todo percibir la patencia de la legaliformidad en los rasgos de la inmediata realidad social, constatando al mismo tiempo, en los propios signos constitutivos de la legaliformidad la vinculación concreta con el ámbito de la inmediatez social(...)

Al concebir rigurosamente la producción de conocimiento como proceso social (dejando a un lado postulados humanistas sobre el mismo), la hermenéutica crítica puede centrarse en explicitar y contextualizar la vinculación ideológica del conocimiento científico (ya sea sobre la Naturaleza o sobre la historia) como legaliformidad. Nuestra capacidad de comprensión y reconstrucción de las estructuras de sentido sólo es transparente (productiva cognitivamente) cuando elucidamos las condiciones históricas de su formación; el proceso de producción de sentido, como tal, sólo es susceptible de legaliformización en conexión con las leyes de desarrollo socio-histórico. Un concepto particular de praxis resulta de este modo conceptualizado por medio de una noción de hermenéutica crítica asociada al punto de vista del materialismo histórico. C. Castoriadis menciona una actitud teórica centrada en representarse lo pretendido y no someterse a dicha representación; una actitud que se hallaría especialmente presente en un tipo histórico de praxis, que cabría definir como “el hacer en que el otro o los otros son vistos como seres autónomos y considerados como el agente esencial del desarrollo de su propia autonomía”. A través de esta observación asistimos al enlace sistemático entre la incorporación de una actitud hermenéuticamente crítica, como dimensión esencial de la teoría del materialismo histórico/dialéctico, y el interés histórico (propio de las masas populares en su conjunto) hacia la posibilidad universal máxima de la autonomía y autodeterminación de los individuos y los grupos sociales. A través del desarrollo de estas categorías podríamos vislumbrar la actualización de los intereses originales de la Teoría Crítica en su versión clásica”.

[Weber] No explica el <<sentido>> empleando como modelo los significados lingüísticos, ni relaciona el <<sentido>> con el medio lingüístico de la comprensión o el entendimiento posibles, sino que lo relaciona con las opiniones (Meinungen) e intenciones de un sujeto de acción, al que en principio se concibe como un sujeto aislado. Este primer paso separa ya a Weber de una teoría de la acción comunicativa: lo fundamental para Weber no es la relación interpersonal de a lo menos dos actores lingüística e interactivamente competentes, que apunte a un entendimiento lingüístico, sino la actividad teleológica de un sujeto de acción solitario”.⁸⁵⁴

Para suplir las falencias reprochadas a la teoría de Weber, Habermas se vale de las aportaciones provenientes de diferentes filosofías, no sólo ya para desvelar las angosturas de aquella propuesta metodológica, sino también para fundamentar su idea de un nuevo paradigma de racionalidad anclado en el estudio de los procesos comunicativos.⁸⁵⁵ A tal propósito, siguió la línea hermenéutica y fenomenológica que había instaurado la primera generación de la escuela de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, Marcuse, Fromm, Loventhal, Polloch y otros),⁸⁵⁶ y la enriquece con elementos de filosofía analítica: introduce

⁸⁵⁴ HABERMAS, Teoría de la Acción Comunicativa, vol. 1, pág. 359.

⁸⁵⁵ Para algunos estudiosos de su obra, la propuesta de Habermas responde, en realidad, a un proyecto mucho más ambicioso iniciado por la primera generación del *Instituto de Investigación Social de la Universidad de Frankfurt* y continuado hacia 1957 por la segunda generación (así lo considera, por ejemplo, RODRÍGUEZ FOUZ, Marta. *La emancipación abreviada. Límites en la teoría social de Jürgen Habermas*, pág. 61). Al respecto, GONZÁLEZ SORIANO (*Teoría crítica sobre la racionalización como testimonio de un eclipse civilizatorio*, pág. 167) sostiene que el proyecto de Habermas parece: “enlazar con las intenciones definitorias que impulsaban la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, descritas de este modo por R.J. Bernstein: ‘Sólo la Teoría Crítica podría, en un mundo administrado por completo por la razón técnica o calculística, guardar memoria de la razón substantiva o esencial de la realidad humana (Vernunft)’. El objetivo específico de aquélla consistiría, por tanto, en delinear los rasgos del sentido emancipatorio de la cultura moderna en su conexión con la preservación de una forma substantiva de Razón. Tratando de llevar a cabo este propósito los autores más significativos de la Escuela de Frankfurt tuvieron que pasar por el exilio (o pagar con su vida)”. De hecho, la mayoría de los textos de historia contemporánea de la filosofía, no sólo adscriben a Habermas a esta escuela, sino que incluso lo definen como su heredero legítimo. No obstante, otros autores discuten esta adscripción de Habermas a la Escuela de Frankfurt, aduciendo que él nunca participó en la elaboración de los trabajos teóricos de dicha escuela. Estos últimos argumentan que Habermas no sólo llegó cuando la escuela estaba a punto de desintegrarse como proyecto científico, sino que además su obra es en muchos puntos escéptica o distante respecto de algunos de los postulados de esta escuela (Cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 33. Una referencia a las reservas de Habermas frente a los postulados de la teoría crítica de Horkheimer y Adorno se encuentra en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 36). No obstante, su cercanía a Adorno (de quien fue asistente), y el haber sucedido a Horkheimer en la cátedra de Filosofía en la Universidad de Frankfurt, sugieren una innegable cercanía a los principales protagonistas de la primera generación de esa escuela. Además, es indiscutible la influencia que sobre él ejerció la perspectiva hermenéutica de las ciencias sociales, la que claramente es una de las contribuciones más relevantes de la Escuela de Frankfurt. Basta leer su obra para percatarse de que Habermas no sólo mantiene vigente la perspectiva hermenéutica, sino que de hecho la desarrolla. Para un estudio comparativo entre los postulados de la teoría crítica y la teoría de sistema, consultar MÁZ TORRES, Salvador. *Teoría Crítica y Teoría de Sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas - Luhmann*, pág. 107.

⁸⁵⁶ Cfr. MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 33; o también OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 5. Esta perspectiva hermenéutica, a mi juicio todavía vigente, ya había sido utilizada antes de Habermas con relativo éxito para contrarrestar el neopositivismo que, tras la extraordinaria recuperación de la

reflexiones provenientes de la *teoría del lenguaje* que toma de la lectura crítica del segundo Wittgenstein, Chomsky, J.A. Fodor, Katz, Gadamer, K.O Apel y Austin,⁸⁵⁷ además, “introduce una perspectiva nueva, que quiere continuar los análisis de Kant acerca de las relaciones entre la razón teórica y la razón práctica, y que Marx impulsó en su obra, aunque frecuentemente lo expresara mal, obnubilado por el positivismo de su época”.⁸⁵⁸ Como resultado de ello llega a una teoría que potencia enormemente la tradición filosófica que afirma la intersubjetividad del conocimiento, mediante una investigación acerca de “los presupuestos universales de la comunicación o las condiciones universales que posibilitan la comprensión en comunidad”,⁸⁵⁹ y a la que denomina: *teoría de la acción comunicativa*.⁸⁶⁰

“Desde el punto de vista sociológico, lo mejor es, pues, partir de la acción comunicativa: << La necesidad de acción coordinada genera en la sociedad una determinada necesidad comunicativa que es menester cubrir para que sea posible una efectiva coordinación de las acciones, imprescindible para la satisfacción de las necesidades>>. Y para una teoría de la acción comunicativa, que centra su interés en el entendimiento lingüístico como mecanismo de coordinación de las acciones, la filosofía analítica ofrece, con su disciplina nuclear, que es la teoría del significado, un punto de partida sumamente prometedor”.

La línea hermenéutica seguida por Habermas, y las influencias que recibe de la filosofía analítica, lo llevan a adoptar ciertos presupuestos epistemológicos que marcan una ruptura frente a las propuestas sociológicas anteriores:⁸⁶² así,

lógica en la segunda década del siglo XX, había intentado imponer del denominado *Círculo de Viena*. A este Círculo de Viena, como se sabe, pertenecieron Bertrand Russell y el primer Wittgenstein, quienes trabajaron fundamentalmente en la línea de la filosofía analítica, intentando desarrollar una teoría lógica del lenguaje.

⁸⁵⁷ Sobre este tema se puede consultar también MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 47. Un estudio sobre los elementos provenientes de los trabajos de Wittgenstein, Chomsky, J.A. Fodor, Katz, Gadamer, K.O Apel y Austin, que Habermas toma o rechaza para su teoría de la acción comunicativa, puede encontrarse en JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Acción Comunicativa y Teoría de la Razón*, pág. 62; o también en RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 232. Un estudio similar, pero referido especialmente a la teoría ético-política de Habermas, puede encontrarse en MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*, pág. 7 y ss. Un estudio de los elementos que Habermas toma de estos autores para construir su teoría sobre la intersubjetividad, puede encontrarse en MILOVIC, Miroslav. *Freud, Habermas y la Cuestión de la Política*, pág. 165.

⁸⁵⁸ Cfr. MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 47. Sobre la visión de Habermas acerca de la modernidad, Cfr. MAESTRE SÁNCHEZ, Agapito. *En torno a un Libro de J. Habermas*, pág. 253.

⁸⁵⁹ Cfr. MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 48.

⁸⁶⁰ Una presentación general de esta teoría se encuentra en OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 109.

⁸⁶¹ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 352.

⁸⁶² Un trabajo muy ilustrativo acerca de la forma en que el lenguaje determina la forma en que comprendemos e interactuamos con el mundo puede encontrarse en CARRILLO GUERRERO, Lázaro. *La (lógica) construcción de la realidad*, pág. 129, donde se sostiene: “Toda actividad de la lengua requiere unas representaciones cognitivas y unas construcciones lógicas para actuar sobre el mundo y situarse ante lo necesariamente o probablemente verdadero. Ello hace que, en la comunicación lingüística, el texto se construya de acuerdo a unas alternativas lógicas particulares y sociales, y que dentro de cada discurso haya una racionalidad construida

como Wittgenstein parecía aceptar que “la naturaleza de los últimos constituyentes del mundo puede ser descubierta examinando el lenguaje, y la estructura del lenguaje, por su parte, está determinada por la estructura de la realidad”,⁸⁶³ Habermas parece admitir que el estudio de las estructuras lingüísticas es el punto de partida para comprender los procesos de comunicación a través de los cuales se construye la dimensión de sentido de los fenómenos sociales.⁸⁶⁴

*“Para una teoría de la acción comunicativa solamente resultan instructivas aquellas teorías analíticas del significado que parten de la estructura de la expresión lingüística y no de las intenciones del hablante. Claro es que ha de menester a la vista el problema de cómo por medio del mecanismo del entendimiento las acciones de los distintos actores se coordinan entre sí, esto es, forma una red que cubre el espacio social y el tiempo histórico”.*⁸⁶⁵

Un revisión cuidadosa de los presupuestos de su teoría permite observar que el punto de inflexión entre las propuestas de Weber y Habermas ha de marcarse en la actitud que cada uno asume frente a las condiciones en que estiman posible el acceso a la verdad y al papel que en todo ello puede llegar a cumplir

adaptable a los interlocutores y a las situaciones, y variable de acuerdo con las capacidades de los participantes y sus cálculos estratégicos. En este marco, de interacción social y de relación lengua-pensamiento, se despliega una lógica argumentativa que se caracteriza por ser abierta a la situación comunicativa, y por estar marcada de forma prominente por un carácter expresivo, convencional, o retórico. De modo que, usar la lengua es interpretar la realidad, trazándola, al menos, desde dos perspectivas: la del hablante y la del oyente. Siendo la construcción retórica del texto la que da forma a la manera en que la gente, en su vida diaria, ve su realidad y su existencia. Se trata de estructuras sintácticas funcionando en una dinámica racional de interacción comunicativa y construyendo unas realidades comunicativas con un determinado sentido lógico y una determinada fuerza pragmática. Y donde se establece una correspondencia entre la estructura del texto y la estructura del mundo, y donde la acción del discurso construye una realidad exterior y sustenta una realidad interna”. Por otra parte, una referencia a la ruptura que produce la teoría de la acción comunicativa frente a propuestas ontológicas y epistemológicas anteriores, puede encontrarse en ARCE CARRASCOSO, José Luis. *De la Hermenéutica a la Acción Comunicativa*, pág. 243. Una referencia a la manera en que Habermas aborda el dilema del dualismo entre la filosofía analítica y la hermenéutica, y a las razones por las cuales se decanta por esta última, puede encontrarse en RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 231.

⁸⁶³ WARREN BARTLEY III, William. *Wittgenstein*, pág. 75.

⁸⁶⁴ *“Muchos han sido los pensadores y científicos sociales, entre ellos K. Popper, J. Habermas o T. Parsons, que han señalado de diversas maneras el hecho clave de que la realidad humana está constituida en y por la intersección de tres mundos: el mundo natural, el mundo social y el mundo personal. Siendo esto así, estos tres mundos han de tener su reflejo en el ámbito de la comunicación, reflejo que señala Habermas al hablar de las propias capacidades del lenguaje. Para Habermas, el lenguaje sirve para expresar las vivencias interiores de un hablante, es decir, sirve para referir y expresar su mundo personal. En el programa moral de Habermas, la condición de legitimidad de lo expresado en este ámbito es la autenticidad. El lenguaje también es capaz de reflejar el mundo social en tanto refiere normas y valores de la acción que vinculan en tanto expectativas al hablante con el oyente. La condición de legitimidad en este ámbito, según Habermas, es la rectitud. Por último, el lenguaje es un instrumento con el que el ser humano se representa el mundo natural, un objeto que existe fuera de él. En este caso, la condición de legitimidad viene determinada por el principio de verdad (Habermas, 1994b)”.* (BERICAT ALASTUEY, Eduardo. *El Contenido Emocional de la Comunicación en la Sociedad del Riesgo. Microanálisis del Discurso*, pág. 227).

⁸⁶⁵ HABERMAS, Teoría de la Acción Comunicativa, vol. 1, pág. 352.

la comunicación y el lenguaje.⁸⁶⁶ El problema que ofrece la perspectiva propuesta por Weber, según entiendo, es que ella aún estaba amarrada a la confusión “entre lenguaje y mundo, es decir, entre el medio de comunicación <<lenguaje>>, y aquello sobre lo que en una comunicación lingüística puede llegarse a un entendimiento”.⁸⁶⁷ Mientras que Weber parece aún implícitamente apegado a la filosofía de la conciencia, en el entendido que presupone que la verdad se relaciona con la capacidad del agente para acceder directamente a los estados de cosas existentes en un mundo asumido como objetivo, Habermas da un salto hacia otra perspectiva completamente diferente, en la que la verdad deja de ser una propiedad del mundo a la que se busca acceder, y pasa a ser una propiedad del lenguaje o, más exactamente, de las proposiciones del lenguaje.⁸⁶⁸

*“El modelo sujeto-objeto de la filosofía de la conciencia se ve atacado a principios de este siglo por dos frentes: por parte de la filosofía analítica del lenguaje y por parte de la teoría psicológica del comportamiento. Ambas renuncian a un acceso directo a los fenómenos de conciencia y sustituyen el saber-se intuitivo, la reflexión o la introspección, por procedimientos que no apelan a la intuición. Proponen análisis que parten de las expresiones lingüísticas o del comportamiento observable y que quedan abiertos a una comprobación intersubjetiva”.*⁸⁶⁹

Siguiendo esta tradición, que se remonta a la filosófica analítica, Habermas parece haber terminado por completo el giro hermenéutico iniciado por Weber, al punto de sustentar su propuesta sociológica en una lectura muy interesante de la semántica y de la teoría del significado. Como consecuencia de esta postura, Habermas viene a recoger en su obra un importante aporte de la

⁸⁶⁶ Al respecto, HERRERA GÓMEZ, Manuel (Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, pág. 47.) explica: “Habermas generaliza el concepto de «condiciones de verdad» —propio de la semántica de la verdad— en términos de un sistema de condiciones de validez (incluyendo la exactitud normativa y la veracidad subjetiva), renunciando a la ontología de un mundo. Ya no existe sólo la relación entre actos lingüísticos y estados de hecho pensada según el modelo de una relación con el mundo (objetivo)”.

⁸⁶⁷ HABERMAS, Teoría de la Acción Comunicativa, vol. 1, pág. 78

⁸⁶⁸ Al respecto, CARRILLO (*La (lógica) construcción de la realidad*, pág. 130) explica: “Toda codificación lingüística obedece a unos esquemas mentales: cognitivos (representaciones) y lógicos (construcciones). Ambas, representaciones y construcciones, van en función de lo que opera sobre nosotros al escuchar, y lo que opera sobre nosotros al enunciar. Lo cognitivo va a constituir la interiorización de nuestras representaciones de las realidades del mundo, y los medios, las estrategias, por los cuales vamos a proceder a construir estas representaciones. La cuestión está en saber si la realidad que nosotros percibimos (construida con nuestras experiencias individuales y conocimientos colectivos) es la verdadera. La noción de representación es indisociable de aquella de comunicación en el sentido de la acción simbólica sobre el mundo y sobre el otro. Toda actividad de la lengua, en la medida donde ella se constituye como actividad cognitiva de representación de eventos o de objetos del mundo, va a construir un esquema, es decir, una figura reducida de este mundo. Esta esquematización, a la vez cognitiva y lingüística, opera con unas finalidades en cada discurso: orientar al otro hacia un sentido, hacia una cierta concepción del mundo”. Por otra parte, una descripción del proceso seguido para este cambio de paradigma con la introducción de la acción comunicativa, puede encontrarse en ARCE CARRASCOSO, José Luis. *De la Hermenéutica a la Acción Comunicativa*, pág. 243.

⁸⁶⁹ HABERMAS, Teoría de la Acción Comunicativa, vol. 1, pág. 77.

filosofía analítica:⁸⁷⁰ de la preocupación por el descubrimiento de la verdad en el mundo se pasó a la preocupación por las condiciones en que los enunciados sobre el mundo pueden llegar a ser verdaderos.⁸⁷¹

Armado con las herramientas provenientes de la filosofía analítica, Habermas se propone sentar las bases para una teoría verdaderamente científica de las ciencias sociales, mediante el descubrimiento de las estructuras universales de racionalidad;⁸⁷² es decir, a través de la identificación de las estructuras de racionalidad que tienen validez más allá de cualquier contexto cultural.⁸⁷³

*“La racionalidad científica pertenece a un complejo de racionalidad cognitivo-instrumental que ciertamente puede reclamar validez por encima del contexto de una cultura particular”.*⁸⁷⁴

(...)

*“El debate mantenido en Inglaterra acerca de la racionalidad sugiere, como conclusión, que a la comprensión moderna del mundo subyacen ciertamente estructuras universales de racionalidad, pero que las sociedades occidentales modernas fomentan una comprensión distorsionada de la racionalidad, centrada en los aspectos cognitivo-instrumentales y, en ese sentido, sólo particular”.*⁸⁷⁵

Como punto de arranque para su construcción, Habermas retoma la vieja idea piagetiana de que el contexto propio del estudio de las ciencias del espíritu no es el de la interacción entre el sujeto que conoce y los objetos físicos, sino el de la interacción de diferentes sujetos entre sí. Convencido de ello, recoge para su teoría la idea de que el objeto del estudio de las ciencias sociales no ha de ser otro distinto al sistema común de referencia que los individuos utilizamos para entendernos y para coordinar nuestras acciones en comunidad.

“El resultado que así obtiene Piaget es un desarrollo cognitivo en sentido amplio, que no es entendido solamente como construcción de un universo externo, sino como construcción de un sistema de referencia para el simultáneo deslinde del mundo objetivo y del mundo social frente al mundo subjetivo.

⁸⁷⁰ Con la recepción de las aportaciones provenientes de la filosofía analítica, el “giro hermenéutico” pasó a convertirse en un “giro lingüístico”, que no sólo está presente en Habermas, sino también en otros autores como Pierce o Apel. Al respecto, puede consultarse VÉLEZ CUARTAS, Gabriel Jaime. *Semiótica y Acción Comunicativa*, pág. 173.

⁸⁷¹ “Considerados como ámbitos objetuales, la naturaleza y la cultura pertenecen al mundo de los hechos, sobre los que son posibles enunciados verdaderos”. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 77. Una explicación de este punto de la teoría de la acción comunicativa puede encontrarse en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 36.

⁸⁷² Al respecto, HERRERA GÓMEZ, Manuel (*Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 32) sostiene: “a partir de la elaboración del concepto de acción comunicativa se desentraña una teoría de la racionalidad (centrada en el concepto de razón comunicativa), una teoría de la sociedad (en la que esta última es pensada al mismo tiempo como mundo de la vida y sistema social) y una teoría de la modernidad que examina los conceptos fundamentales de un proyecto encaminado a elaborar una explicación de las patologías sociales presentes en las sociedades modernas”.

⁸⁷³ Un estudio crítico acerca de la forma en que Habermas pretende llevar a cabo ese proyecto, puede encontrarse en JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Acción Comunicativa y Teoría de la Razón*, pág. 62.

⁸⁷⁴ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol.1, pág. 98.

⁸⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 99.

*La evolución cognitiva significa en términos generales la descentración de una comprensión del mundo de cuño inicialmente egocéntrico”.*⁸⁷⁶

Habermas reconoce que la sociedad, como objeto de investigación, no se define y caracteriza solamente por una aglutinación particular de individuos, sino principalmente, y ante todo, por el sistema de las relaciones que éstos pueden establecer entre sí.⁸⁷⁷ Por consiguiente, y partiendo del supuesto básico de que sólo puede haber relaciones donde haya un principio de entendimiento,⁸⁷⁸ Habermas reconducirá el estudio científico de las ciencias sociales al estudio de las estructuras de entendimiento existentes en la sociedad.⁸⁷⁹

*“Todo acto de entendimiento puede entenderse como parte de un proceso cooperativo de interpretación que tiene como finalidad la obtención de definiciones de la situación que puedan ser intersubjetivamente reconocidas”.*⁸⁸⁰

⁸⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 103.

⁸⁷⁷ La comprensión de la sociedad como un sistema de comunicaciones, y sólo de comunicaciones, se encuentra hoy ampliamente extendida, y es compartida por un sector muy influyente (por no decir dominante) de la sociología alemana, al punto que se constituye en el lugar de encuentro de las principales teorías sociológicas actualmente en disputa, tal como puede comprobarse al encontrar este concepto de sociedad no sólo en Habermas, sino también en la teoría de los sistemas sociales de Luhmann a la que ya se hará referencia más adelante. Según entiendo, los orígenes de este concepto de sociedad como sistema de comunicaciones pueden rastrearse desde Simmel a través de una tradición que pasa por Parson, y que culmina en Habermas, Luhmann y la mayoría de los sociólogos contemporáneos más reconocidos. Para una explicación de la evolución de este concepto de sociedad, puede consultarse GARCÍA BLANCO, José María. *Sociología y sociedad en Simmel*, pág. 103.

Ahora bien, lo anterior sin perjuicio de reconocer que junto a este modelo que pretende explicar el sistema de la sociedad al margen de los hombres, también hay modelos que aspiran explicar al hombre al margen del sistema. Así lo explica, por ejemplo, AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 88, quien sostiene que “Desde nuestro punto de vista, este es el territorio común en el que realizan su desarrollo conceptual dos paradigmas, dos maneras de pensar lo social, si se quiere, singularmente característicos y que, de acuerdo con Macé (1994, 2000a) podemos delimitar a partir de la dicotomía entre ‘actores sin sistema’ y ‘sistemas sin actores’. El primero haría referencia a un conjunto de propuestas teóricas centradas en la intersubjetividad desde las teorías de la acción y/o la psicología cognitiva del lenguaje (que incluiría desde los presupuestos abiertamente individualistas del funcionalismo clásico de raigambre conductista hasta la intersubjetividad habermasiana fundada sobre una concepción racionalista de la interacción simbólica). El segundo, haría referencia al conjunto de propuestas teóricas articuladas sobre la estructura y los procesos (abarcando desde la perspectiva estructuralista hasta el enfoque sistémico como expresión de un funcionalismo de lo social que relega al sujeto a la periferia de los fenómenos sociales)”.

⁸⁷⁸ Con fundamento en esta afirmación, algunos comentaristas de Habermas sostienen la tesis de que su teoría de la acción comunicativa sería contractualista. Por ejemplo, cfr. MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*, pág. 7.

⁸⁷⁹ Una explicación del concepto de <<acción orientada al entendimiento>> puede encontrarse en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 51.

⁸⁸⁰ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol.1, pág. 103.

Sin solución de continuidad alguna, el hilo argumentativo de Habermas ahonda gradualmente en el esbozo de la estructuras de entendimiento, hasta concluir en lo que intuitivamente el lector ha podido percibir desde el comienzo de su exposición: el estudio de las estructuras de entendimiento, como requisito previo para la elaboración de una teoría verdaderamente científica de la sociedad, exige que se profundice el conocimiento que tenemos sobre la comunicación y, más aún, sobre la racionalidad que subyace a esa comunicación.

“El concepto de entendimiento (Verständigung) remite a un acuerdo racionalmente motivado alcanzado entre los participantes, que se mide por pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las pretensiones de validez (verdad proposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva) caracterizan diversas categorías de un saber que se encarna en manifestaciones o emisiones simbólicas. Estas manifestaciones pueden analizarse más en detalle; por un lado, bajo el aspecto de cómo pueden fundamentarse, y, por otro, bajo el aspecto de cómo los actores se refieren con ellas a algo en el mundo. El concepto de racionalidad comunicativa remite, por el primer lado, a las diversas formas de desempeño discursivo de pretensiones de validez (por eso habla Wellmer también de racionalidad <<discursiva>>); y por el otro, a las relaciones que en su acción comunicativa los participantes entablan con el mundo al reclamar validez para sus manifestaciones o emisiones; de ahí que la descentración de la visión del mundo se haya revelado como la dimensión más importante de la evolución de las imágenes del mundo.”⁸⁸¹

Puesta en estos términos, la propuesta de Habermas termina instando la construcción de una teoría comprensiva⁸⁸² acerca de la racionalidad que hace posible la comunicación, partiendo del supuesto de que es a partir de ella como se producen los acuerdos intersubjetivos en torno a lo que es considerado verdadero en un determinado contexto social.⁸⁸³

“Para prevenir malentendidos quiero hacer hincapié en que el modelo comunicativo de acción no equipara acción y comunicación. El lenguaje es un modelo de comunicación que sirve al entendimiento, mientras que los actores, al entenderse entre sí para coordinar sus acciones, persigue cada uno determinadas metas. En este sentido la estructura teleológica es fundamental para todos los conceptos de acción. No obstante lo cual, los conceptos de acción social se distinguen por la forma en que plantean la coordinación de las acciones teleológicas de los diversos participantes en la interacción: como engranaje de cálculos egocéntricos de utilidad (en los que el grado de conflicto y de cooperación varía en función de los intereses que están en juego); como un acuerdo sobre valores y normas regulado por tradición y socialización, que asegura la integración social; como relación consensual entre un público y unos ejecutantes; o como, y éste es el caso de la acción comunicativa, entendimiento en el sentido de un proceso cooperativo de interpretación.”⁸⁸⁴

⁸⁸¹ *Ibíd.*, pág. 110.

⁸⁸² Una explicación del dilema entre las <<teorías comprensivas>> y las <<teorías explicativas>> en el marco de la teoría de Habermas, puede encontrarse en JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Acción Comunicativa y Teoría de la Razón*, pág. 63. Así también, sobre la caracterización de la teoría de la acción comunicativa como una teoría comprensiva, y su diferencia en este punto con la teoría de la justicia de Rawls, puede consultarse ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 15.

⁸⁸³ Para un recuento de los antecedentes de la teoría de la racionalidad comunicativa, y la descripción de su proceso de formación teórica, así como de los elementos que ella toma de autores como Weber, Marcuse, Adorno, Horkheimer y otros, puede consultarse GONZÁLEZ SORIANO, José Antonio. *Teoría crítica sobre la racionalización como testimonio de un eclipse civilizatorio*, pág. 165.

⁸⁸⁴ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 145.

En orden a entender las razones por las que Habermas considera que el estudio de la racionalidad que hace posible la comunicación es importante para la elaboración de una teoría verdaderamente científica de la sociedad, tal vez sea útil subrayar que uno de los presupuestos más fuertes de su teoría consiste en que la existencia de cualquier sociedad requiere, como mínimo, de una coordinación eficaz de acciones entre los individuos que la componen.⁸⁸⁵ Una sociedad no surge a partir de la pura y simple aglomeración de individuos, sino en la medida que esos individuos logran integrarse mediante el establecimiento de relaciones que afiancen el conjunto. La integración social de los individuos es en gran medida posible porque los agentes logran coordinar eficazmente sus acciones, formando una compleja y diferenciada trama de la que resulta una cierta solidaridad, consistente en la cooperación para la mutua obtención de sus objetivos individuales.

La coordinación de acciones individuales que presupone cualquier forma de sociedad sólo es posible en la medida que los diferentes agentes logren llegar a un principio de entendimiento. Dicho entendimiento es indispensable porque sólo gracias a él los agentes pueden formarse expectativas que les permiten organizar racionalmente sus planes de acción. Estudiadas individualmente, las acciones humanas se estructuran teleológicamente como acciones orientadas al éxito, es decir, como acciones orientadas a la utilización de unos medios para la efectiva obtención de unos fines. Sin embargo, estudiadas desde una perspectiva más amplia, o sea, vistas globalmente como acciones realizadas en un contexto social que aglutina una pluralidad de agentes que persiguen una diversidad inabarcable de fines, éstas se estructuran como acciones socialmente coordinadas. Lo característico de la teoría de Habermas, y lo que lo lleva a superar la propuesta de Weber, es su idea que la comprensión que se alcanza de la acción individual desde la perspectiva más amplia no puede obtenerse desde el punto de vista que pretende entender la acción bajo una racionalidad teleológica. Dicho en otras palabras, el significado social de la acción se comprende de forma más estrecha y limitada cuando se la estudia teleológicamente —como acción orientada a la obtención de fines—, que cuando se la observa desde una perspectiva que la engrana y articula con el plexo de todas las demás interacciones y planes de acción coordinados en la sociedad.

“Por un lado, consideramos los actos comunicativos mediante los que el hablante y oyente se entienden sobre algo, como un mecanismo de coordinación de la acción. El concepto de acción comunicativa está planteado de modo que los actos de entendimiento que ligan los planes de acción teleológicamente estructurados de los distintos participantes, ensamblando las acciones particulares en un plexo de interacción, no pueden ser reducidos a su vez a acción teleológica.”⁸⁸⁶

⁸⁸⁵ Una explicación de las razones por las que la acción orientada al entendimiento permite la coordinación social de acciones, puede encontrarse en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 54.

⁸⁸⁶ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 369.

Llegar a un principio de entendimiento sobre diversos temas permite a los individuos formarse expectativas sobre la forma en que actuarán los demás, lo cual conduce a que la coordinación de las acciones sea posible. La condición previa para llegar a cualquier tipo de entendimiento es que se lleve a cabo “*un proceso de obtención de un acuerdo entre sujetos lingüística e interactivamente competentes*”.⁸⁸⁷ Los procesos de este tipo consisten en una serie de interacciones comunicativas, lingüísticamente mediadas, las cuales “*tienen como meta un acuerdo que satisfaga las condiciones de un asentimiento, racionalmente motivado, al contenido de una emisión*”.⁸⁸⁸ En este sentido, es muy importante tener presente que uno de los presupuestos esenciales de la teoría de Habermas es que “*Un acuerdo alcanzado comunicativamente tiene que tener una base racional*”.⁸⁸⁹

El asentimiento que tiene como meta el proceso de interacción comunicativa aparece cuando todos los agentes intervinientes aceptan las pretensiones de validez implícitas en las proposiciones de que se compone la emisión. Esta aceptación de las pretensiones de validez tiene que ser el producto de la persuasión racional derivada de las “*convicciones comunes*”,⁸⁹⁰ y por ningún motivo puede tratarse de una aceptación forzada producto de una coacción externa. Esto supone, como corolario, que el asentimiento sólo puede alcanzarse cuando los intervinientes en el proceso comunicativo emplean un “*lenguaje orientado al entendimiento*”.⁸⁹¹

Una de las partes más abstractas y complejas de la teoría de Habermas es justo aquella en la que explica las características y condiciones que debe tener el lenguaje orientado al entendimiento.⁸⁹² A tal efecto, Habermas apropia para su teoría de la acción comunicativa las aportaciones de Austin sobre los diferentes tipos de actos de habla.⁸⁹³ Sin entrar en detalles sobre la interesante

⁸⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 368.

⁸⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁸⁹ *Ibíd.*

⁸⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 369

⁸⁹¹ *Ibíd.*, pág. 370.

⁸⁹² Una explicación de esta parte de la teoría de Habermas, acompañada de una crítica a la misma, puede encontrarse en JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Acción Comunicativa y Teoría de la Razón*, pág. 62. Así mismo, un estudio sobre el alcance de este elemento lingüístico en la teoría ética y política de Habermas, puede encontrarse en MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*, pág. 22.

⁸⁹³ “*Como es sabido, Austin distingue entre acto locucionario, acto ilocucionario y acto prelocucionario. Llama locucionario al contenido de las oraciones enunciativas (‘p’) o de las oraciones enunciativas nominalizadas (‘que p’). Con los actos locucionarios el hablante expresa estados de cosas; dice algo. Con los actos ilocucionarios el agente realiza una acción diciendo algo. El rol ilocucionario fija el modo en que se emplea una oración (‘M p’): afirmación, promesa, mandato, confesión, etc. En condiciones estándar el modo se expresa mediante un verbo realizativo empleado en primera persona del presente indicativo, el sentido de acción se pone particularmente de manifiesto en que el componente ilocucionario del acto de habla permite la adición de hiermit (hereby, <<por la presente>>): <<(por la presente) te prometo (te ordeno, te confieso) que p)>>. Por último, con los actos prelocucionarios el hablante busca causar un efecto sobre el oyente. Mediante la ejecución de un acto de habla causa algo en el*

exposición de Habermas, lo realmente importante para nosotros es que concluye que el único lenguaje orientado al tipo de entendimiento que requiere la acción comunicativa es aquel que persigue un fin *ilocucionario*. Según la interpretación de Habermas, *“Mediante el acto ilocucionario, el hablante hace saber que lo que dice quiere verlo entendido como saludo, como mandato, como amonestación, como explicación, etc.”*.⁸⁹⁴ Es decir, el lenguaje de tipo ilocucionario es aquel en el que *“su intención comunicativa se agota en que el oyente llegue a entender el contenido manifiesto del acto de habla”*.⁸⁹⁵

Puesto en estos términos, podría decirse que la articulación de una noción de sociedad, entendida como producto de las interrelaciones para la coordinación de planes de acción individuales, y la interacción lingüísticamente mediada que permita un entendimiento y un acuerdo racionalmente motivado, son los elementos que componen aquello que Habermas entiende por **acción comunicativa**: *“A esta clase de interacciones, en que todos los participantes armonizan entre sí sus planes individuales de acción y persiguen, por ende, sin reserva alguna sus fines ilocucionarios, es a la que llama acción comunicativa”*.⁸⁹⁶

Llevado su punto más alto, la referencia a la necesidad de un lenguaje ilocucionario tiene importancia para Habermas por cuanto le permite introducir un elemento fundamental dentro de su teoría de la acción comunicativa: *la convención*. Estudiando en detalle los diferentes tipos de acto de habla, *“Austin concluyó que los éxitos ilocucionarios guardan con el acto de habla una relación interna o regulada por la convención”*.⁸⁹⁷ De acuerdo con ello, el entendimiento que se pretende con el acto ilocucionario sólo es posible en la medida en que los sujetos intervinientes asignen a las proposiciones lingüísticas el mismo significado.

“Si el oyente no entendiera lo que el hablante dice, ni aun actuando teleológicamente podría el hablante servirse de actos comunicativos para inducir al oyente a comportarse de la forma deseada”.⁸⁹⁸

Para que los interlocutores puedan asignar el mismo significado a las diferentes proposiciones lingüísticas se requiere que lleguen a un convenio sobre ello o que utilicen en su proceso comunicativo las convenciones previamente acordadas por el grupo social de individuos del que hacen parte. Como quiera que sea, lo interesante de esta reflexión, a mi juicio, es que Habermas viene a construir su teoría de la acción comunicativa sobre la idea de que el significado de las emisiones que integran los actos de habla no está dado externamente

mundo. Los tres actos que distingue Austin pueden, por tanto, caracterizarse de la siguiente forma: decir algo, hacer diciendo algo; causar algo mediante lo que se hace diciendo algo”. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol.1, pág. 370.

⁸⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 372.

⁸⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 372.

⁸⁹⁶ *Ibíd.*

⁸⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 374.

⁸⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 375.

en una realidad a la que los intervinientes pueden acceder directa e individualmente, sino que es producto de una convención social.⁸⁹⁹ O sea, que el sentido de las proposiciones no está dado presocialmente, sino que es asignado, atribuido o imputado por los intervinientes en el proceso comunicativo, a partir de un acuerdo o convención.

*“Los éxitos ilocucionarios, por el contrario, se consiguen en un plano de relaciones interpersonales, en el que los participantes en la comunicación se entienden entre sí sobre algo en el mundo; en este sentido no son nada intramundano, sino extramundano. Los éxitos ilocucionarios se producen en todo caso en el mundo de la vida a que pertenecen los participantes en la comunicación y que constituye el trasfondo de sus procesos de entendimiento”.*⁹⁰⁰

Ahora bien, el carácter convencional del significado cumple en la propuesta de Habermas un papel mucho más importante de lo que en principio pudiera pensarse. Por un lado, define la actitud que en lo sucesivo asumirá frente a las posibilidades de acceso a la verdad en términos epistemológicos, y por otro, encausa su teoría sociológica y política hacia un liberalismo profundamente democrático.⁹⁰¹

Frente a lo primero, Habermas propone una importantísima reducción del problema del significado: en lugar de formular la pregunta por el significado de las emisiones, propone preguntarnos por las condiciones en que las emisiones pueden ser aceptadas como válidas.⁹⁰² El autor llama repetidas veces la atención sobre el hecho de que los actos orientados al entendimiento llevan

⁸⁹⁹ Esta idea tiene interesantes consecuencias políticas, ya que a partir de ella Habermas construye su concepto de <<soberanía comunicacional>>, y sobre éste su idea de soberanía popular y de democracia. Al respecto, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 73.

⁹⁰⁰ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 376.

⁹⁰¹ La tesis sobre el significado convencional es fundamental para entender la teoría de la justicia y la teoría política en general de Habermas, así como su diferencia frente a otras propuestas: principalmente la de Rawls. Sobre lo primero, un estudio de la teoría de la justicia de Habermas y sus divergencias con la teoría de Rawls puede encontrarse en ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 1. En cuanto a lo segundo, un estudio sobre la teoría política de Habermas y su debate con Rawls puede encontrarse en MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 43.

⁹⁰² En este punto, la teoría de la acción comunicativa se encuentra fuertemente apoyada en la *teoría pragmática-formal del significado* de las elocuciones lingüísticas. Una explicación de esta teoría puede encontrarse en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 43. Para lo que aquí nos interesa, basta por ahora rescatar la explicación que hace este autor sobre el concepto de <<pragmática formal>>, en los siguientes términos: “Con la expresión *pragmática formal* Habermas alude a una investigación encaminada a ilustrar las presuposiciones universales e imprescindibles de la comunicación lingüística, o bien relativa al plano pragmático del lenguaje —el plano del uso comunicativo de proposiciones— antes que al semántico (relativo a las mismas proposiciones). El atributo *formal*, a su vez, se refiere a un planteamiento que persigue la reconstrucción racional de acciones lingüísticas idealizadas, antes que ocuparse inmediatamente de la praxis comunicativa empírica (cotidiana) (34). En otros términos, la pragmática formal no pretende ocuparse de las competencias pragmáticas en el ámbito de un específico lenguaje, sino de las presuposiciones generales e inevitables de la comunicación lingüística. Por tanto, el análisis pragmático-formal es aplicado por Habermas al uso lingüístico orientado al entendimiento ya que este uso del lenguaje es más rico en presuposiciones e idealizaciones”.

implícita una pretensión de validez incluida por el hablante. Con su acto, el hablante espera que se le entienda, pero para ello debe lograr que el oyente reconozca la validez de su emisión. Lo anterior es sumamente importante, pues para Habermas la comprensión del significado de una emisión lingüística depende de que sepamos las condiciones en las que el oyente podría aceptarla como válida: *“Entendemos un acto de habla cuando sabemos qué lo hace aceptable”*,⁹⁰³ es decir, que una emisión tenga o no sentido para un oyente depende fundamentalmente de que éste conozca en qué condiciones puede aceptarla como válida. La doctrina tradicional sostenía que el sentido válido de una emisión es el que el hablante pretende comunicar, y por ello pensaba que el sentido de una emisión se comprendía, normalmente, cuando dejamos nuestro propio punto de vista y asumimos el del hablante, de modo que lográsemos saber lo que el hablante quiso decir. Sin embargo, este método para la determinación del sentido de las emisiones es bastante precario, y por eso la semántica formal insiste en la necesidad de una teoría del significado que diferencie suficientemente bien entre el significado literal de una oración y lo que el hablante quiere decir con ella.

“La semántica formal establece un corte conceptual entre el significado de una oración y lo que quiere significar o decir (Meinung) el hablante, el cual con esta oración, cuando la emplea en un acto de habla, puede decir algo distinto de lo que la oración literalmente significa”.⁹⁰⁴

Habermas explica suficientemente que una misma emisión puede llegar a tener diferentes significados, según se le estudie desde la perspectiva del hablante o desde la del oyente. Debido a esta circunstancia, insiste en la necesidad de partir de una teoría que nos permita establecer unas condiciones comunes de aceptabilidad de los enunciados, que no dependan de criterios subjetivos, o de los puntos de vista particulares de los diferentes interlocutores.⁹⁰⁵ Recuérdese

⁹⁰³ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 381.

⁹⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 381.

⁹⁰⁵ Al respecto, ROJAS PARADA (*Las realizaciones de la razón (Foucault, Habermas, Derrida)*, pág. 77) explica: *“En efecto, la pragmática formal pone de manifiesto los presupuestos ideales y contrafácticos —por tanto, no dados como meros hechos en la experiencia comunicativa— que los hablantes competentes ya siempre se ven en la obligación trascendental de suponer cuando efectúan cualquier acto de habla. Brevemente, todo hablante y todo oyente, para poder entablar una relación intersubjetiva lingüísticamente mediada, deben presuponer cuatro condiciones trascendentales: la gramaticalidad de las expresiones empleadas, la verdad de lo comunicado, la veracidad del hablante, y la corrección del acto de habla respecto de un cierto trasfondo normativo de pautas y reglas sociales. Aquí Habermas juega a su favor con el «hecho», ya señalado antes (pero un «hecho» que es la fuente de todo derecho), de que la verdad tiene una precedencia lógico-trascendental sobre el error; el sentido, sobre el sinsentido; la veracidad, sobre la falsedad; el respeto a la ley sobre su trasgresión. Como es sabido, Habermas concluye de todo ello que cualquier comunicación electiva, incluso la que viola estratégicamente alguna de las condiciones mencionadas, se vincula ya siempre a una comunidad ideal de comunicación como su condición trascendental de posibilidad.*

Desde ese punto de vista, el discurso de Habermas, su discurso de la verdad, anticipa y anuncia la verdad de su objeto, es decir, la verdad de la comunicación y el discurso. La peculiaridad de la teoría habermasiana es que aquí el discurso verdadero, el discurso que anuncia y fomenta la verdad en formación, no es otro que el verdadero discurso; es decir, aquel discurso que es simplemente discurso y que cumple tan sólo las condiciones ideales, pero ya

que a pesar de aceptar el carácter convencional del que depende el éxito ilocucionario de los actos de interacción comunicativa lingüísticamente mediados, Habermas se ha planteado, como general y prioritario, el objetivo de elaborar una teoría científica y, por consiguiente, universalmente válida, de la sociedad.

Con su teoría de la acción comunicativa, Habermas ha asumido la carga de explicar cómo es posible la obtención de las condiciones comunes de aceptabilidad de las pretensiones de validez vinculadas a una emisión. Pues bien, de cara a la construcción de una teoría con esas características, ha subrayado el carácter ***intersubjetivo*** que debe tener el reconocimiento de las condiciones de aceptabilidad de las emisiones.⁹⁰⁶ La de Habermas es una teoría en la que las condiciones de aceptabilidad de la pretensión de validez implícita en las emisiones vienen dadas socialmente, a partir de acuerdos intersubjetivos:⁹⁰⁷

“Pues bien, lo que voy a intentar ahora, en lejana analogía con el supuesto básico de la semántica veritativa, es reducir la comprensión de una emisión al conocimiento de las condiciones bajo las cuales

siempre consideradas en cualquier discurso real, de la comunidad ideal de comunicación. La utopía habermasiana carece de contenido material concreto; no es más que la utopía de reconciliación, de igualdad y de libertad que se abre ya, según Habermas, con la primera palabra comunicativamente intercambiada. La pragmática formal es, por tanto, la dimensión utópica del pensamiento habermasiano; produce, en cierto sentido, la verdad de su objeto: el discurso, y contribuye a su formación: anticipa lo que, aunque ya siempre presupuesto, es todavía (y para siempre) futuro: la comunidad ideal de comunicación. Un mero análisis positivista que se quedara apegado a los meros datos lingüísticos no podría descubrir el sentido profundo de éstos porque, de hecho, la comunicación real jamás cumple de un modo completo los requisitos absolutos y universales de la comunidad ideal de diálogo”.

⁹⁰⁶ La intersubjetividad cumple un papel muy importante en la teoría política de Habermas, porque es una idea clave para comprender su noción de soberanía popular y de democracia. Sobre este tema cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 75; así también ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 13, o también MILOVIC, Miroslav. *Freud, Habermas y la Cuestión de la Política*, pág. 165.

⁹⁰⁷ Como aclaración a lo anterior, RUANO DE LA FUENTE (*Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 234) explica que, no obstante, para Habermas “el marco de referencia objetivo de la acción, a partir del que se entienden las relaciones sociales, no se agota jamás en la tradición como tal, esto es, en el sentido simbólicamente transmitido e intersubjetivamente pretendido, sino que operan sobre él categorías de coacción de la realidad, como el trabajo social y el dominio político, que conforman históricamente (y/o distorsionan) las reglas lingüísticas de las que nos servimos para interpretar el mundo.(...) En esta denuncia de los límites del modelo hermenéutico se descubre la razón de ser de la crítica habermasiana a la pretensión de universalidad de la hermenéutica, y de su propuesta de una teoría funcionalista del orientación histórica”. Por otra parte, como crítica a Habermas, SÁNCHEZ FLOREZ, Mónica Judith. (*La filosofía del sujeto y la sociología del conocimiento en las teorías de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, pág. 97), sostiene que “En el caso de la teoría de Habermas, el entendimiento racional asegura el salto de la subjetividad individual a la intersubjetividad. Sin embargo, es cuestionable que se dé ese salto, a través de los mecanismos que Habermas propone, en toda situación humana de interacción. Su propuesta es, en realidad, una reflexión sobre el ‘deber ser’ de la interacción social, equivalente a decir que el orden social se debería regir por honestidad, claridad y coherencia racional. Mientras que lo anterior es deseable, no es sociológicamente plausible decir que las interacciones humanas se sostienen en ello (aunque en ocasiones lo hagan)”.

tal emisión puede ser aceptada por el oyente. Entendemos un acto de habla cuando sabemos qué lo hace aceptable. Desde la perspectiva del hablante las condiciones de aceptabilidad se identifican con las condiciones de su éxito ilocucionario. La aceptabilidad no se define en sentido objetivista, desde la perspectiva de un observador, sino desde la actitud realizativa de un participante en la comunicación. Llamaremos <<aceptable>> a un acto cuando cumple las condiciones necesarias para que un oyente pueda tomar postura con un sí frente a la pretensión que a ese acto vincula el hablante. Estas condiciones no pueden quedar cumplidas de forma unilateral, es decir, ni sólo relativamente al hablante, ni sólo relativamente al oyente; sino que son más bien condiciones del **reconocimiento intersubjetivo** de una pretensión lingüística que, de forma típica los actos de habla, establece un acuerdo, especificado en cuanto a su contenido, sobre las obligaciones relevantes para la interacción posterior”.⁹⁰⁸

El aporte de Habermas, a diferencia de la propuesta de Weber, consiste en una teoría sobre el significado en la que el científico no accede directamente a la dimensión de sentido de los fenómenos, sino que lo hace a través de las proposiciones lingüísticas de que nos valemos para expresarla. Estas proposiciones no son admitidas o rechazadas por su aptitud para representar la realidad objetiva en un mundo de cosas dado, sino que son estudiadas y valoradas en su dimensión semántica, mediante un razonamiento orientado a establecer si cumplen, y en ese caso con qué alcance, las condiciones intersubjetivamente reconocidas para la aceptabilidad de sus pretensiones de validez.

Pero la propuesta de Habermas no se queda allí. Uno de los puntos más importantes de su teoría, a mi juicio, es el que tiene que ver con el papel que juegan las razones, los argumentos, y con ellas el discurso, en el ámbito del reconocimiento de las pretensiones de validez vinculadas a una proposición.⁹⁰⁹ En varios apartes de su obra, el autor subraya que “*Las condiciones de validez van conectadas internamente con razones*”.⁹¹⁰ En términos estrictamente prácticos, ello implica que el reconocimiento de la pretensión de validez vinculada a una proposición requiere la aceptación de las *razones* a las que ésta está internamente conectada. Además, como puede advertirse, este punto se encuentra íntimamente conectado con la referencia, ya hecha anteriormente, al objetivo propio de los actos ilocucionarios, consistente en obtener acuerdos “*que satisfagan las condiciones de un asentimiento, racionalmente motivado, al contenido de una emisión*”.⁹¹¹ De esta forma, la base racional de los acuerdos alcanzados comunicativamente, a la que en repetidas ocasiones se refiere Habermas, se concreta específicamente en los argumentos que confieren la fuerza motivacional con que el hablante pretende persuadir a su interlocutor de aceptar la pretensión de validez implícita en su proposición.⁹¹²

“Un hablante puede motivar racionalmente, como podemos decir ya, a un oyente a la aceptación de la oferta que su acto de habla entraña, porque en virtud de la conexión interna que existe entre validez,

⁹⁰⁸ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 381.

⁹⁰⁹ Al respecto, es muy interesante la síntesis que hace Robert Alexy de la Teoría del Discurso Jurídico de Habermas. Ver ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, pág. 226.

⁹¹⁰ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 386.

⁹¹¹ *Ibíd.*, pág. 368.

⁹¹² Cfr. OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 68.

*pretensión de validez, y desempeño de la pretensión de validez puede garantizar que en un caso necesario aportará razones convincentes que resistan a una posible crítica del oyente a la pretensión de validez. Así, un hablante debe la fuerza vinculante de su éxito ilocucionario, no a la validez de lo dicho, sino al efecto coordinador que tiene la garantía que ofrece de desempeñar (einlösen), llegado el caso, la pretensión de validez de que su acto de habla comporta. En todos los casos en que el papel ilocucionario no exprese una pretensión de poder sino una pretensión de validez, no nos encontramos con la fuerza de motivación empírica aneja a un potencial de sanción contingente asociado con los actos de habla, sino con la fuerza de motivación racional propia de la garantía que acompaña a las pretensiones de validez”.*⁹¹³

La propuesta de teoría de la acción comunicativa de Habermas, inicialmente programática, viene en este punto a conectarse y articularse con otro universo conceptual no menos complejo, como lo es el de la teoría de la argumentación.⁹¹⁴ Ciertamente, Habermas no lleva su propuesta en este punto hasta sus últimas consecuencias, en el entendido que no llega a elaborar una teoría completa sobre las condiciones de aceptabilidad de las pretensiones de validez implícitas en las proposiciones, y menos aún una teoría aplicada sobre los argumentos que pueden o no aceptarse como válidos en el marco de una comunicación lingüísticamente mediada. La exposición de Habermas llega hasta subrayar que las condiciones de validez de una proposición se encuentran internamente vinculadas a una trama de argumentos, y que es la aceptación de estas razones la que confiere la base racional a la motivación que reclama la teoría de acción comunicativa para el entendimiento sobre la forma de coordinación de los planes individuales de acción que hacen posible la sociedad. De ahí en adelante, lo que corresponde es la elaboración de una teoría de la argumentación que permita delimitar las condiciones específicas que, en cada caso, permiten aceptar las pretensiones de validez de los enunciados.

No obstante lo anterior, lo verdaderamente importante y valioso de la aportación de Habermas es el hecho de que la expresa referencia que hace a la obtención de un acuerdo racionalmente fundado en motivos aceptados y compartidos por los interlocutores, introduce una nueva forma de racionalidad que se diferencia claramente de la racionalidad causal del positivismo de finales del siglo XIX y de la racionalidad teleológica de la propuesta de Weber. Me refiero a un tipo de racionalidad llamada “*comunicativa*”, que se encuentra en la base de los acuerdos para la coordinación recíproca de planes individuales de acción a que pueden llegar diversos interlocutores en una sociedad, y que en esencia responde a una concepción procedimental⁹¹⁵ de la

⁹¹³ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 387.

⁹¹⁴ Sobre la relación entre comunicación y discurso ético consultar OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 38.

⁹¹⁵ Para explicar esta característica, Habermas cita a Wellmer cuando dice: “<<Racionalidad discursiva>> significa más bien: a) una concepción procedimental de la racionalidad, esto es, una forma específica de enfrentarse a las incoherencias, contradicciones y disensiones, y b) un estándar formal de racionalidad que opera en un meta nivel respecto de todos aquellos estándares sustantivos de racionalidad que sean ‘parásitos’ de un estándar mínimo de racionalidad en el sentido de Lukes”. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 107. Una explicación del concepto de <<racionalidad comunicativa>>, y su alcance en la

racionalidad que juzga las proposiciones, no a partir de su aptitud para representar los objetos de un mundo de cosas dado, sino a partir de criterios intersubjetivos de admisibilidad de los argumentos que sustentan la pretensión de validez aneja a las proposiciones:

“El concepto de entendimiento (Verständigung) remite a un acuerdo racionalmente motivado alcanzado entre los participantes, que se mide por las pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las pretensiones de validez (verdad proposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva) caracterizan diversas categorías de un saber que se encarna en manifestaciones o emisiones simbólicas. Estas manifestaciones pueden analizarse en detalle; por un lado, bajo el aspecto de cómo pueden fundamentarse, y, por otro, bajo el aspecto de cómo los actores se refieren con ellas a algo en el mundo. El concepto de racionalidad comunicativa remite, por el primer lado, a las diversas formas de desempeño discursivo de pretensiones de validez (por eso habla Wellmer también de racionalidad <<discursiva>>); y por el otro, a las relaciones que en su acción comunicativa los participantes entablan con el mundo al reclamar validez para sus manifestaciones o emisiones;”⁹¹⁶

Es importante, sin embargo, no dejarse caer en el error. Al afirmarse que la coordinación de acciones en la sociedad depende de un acuerdo al que se llega mediante el reconocimiento de los argumentos en que se sustenta la pretensión de validez de los enunciados, y que en la base de dicho acuerdo se haya un discurso racionalmente fundado, no necesariamente se está liberando la validez de los enunciados al relativismo de la opinión de los interlocutores o de un determinado contexto socio-cultural. Insístase en que uno de los objetivos de la teoría de la acción comunicativa es sentar las bases para una teoría verdaderamente científica de las ciencias sociales, mediante el descubrimiento de las estructuras universales de racionalidad. Habermas explica, con mucho énfasis, que la validez de los enunciados no se determina únicamente a partir de la valoración “*pseudoestética*” de los argumentos, sino que también puede establecerse a partir de una *adecuación cognitiva* objetivamente controlable.

“En contra de la tesis desarrollada por Winch, puede objetarse que las imágenes del mundo no solamente pueden ser comparadas entre sí desde los puntos de vista cuasi-estéticos e indiferentes a la verdad que son la coherencia, la profundidad, la economía, la completud etc., sino también desde el punto de vista de su adecuación cognitiva. La adecuación de una imagen del mundo lingüísticamente articulada es función de los enunciados verdaderos que son posibles en ese sistema de lenguaje”⁹¹⁷

Es obvio que el autor no pretende volver a la antigua doctrina aristotélica de la verdad como correspondencia. A estas alturas, debe ser claro que Habermas está lejos de afirmar que la validez de los enunciados depende de su correspondencia con los objetos existentes en un mundo de cosas dado. Lo que quiere decir el autor es que con el lenguaje representamos una imagen del mundo, y que dicha imagen puede ser comparada con la imagen dada por los enunciados posibles que se consideran como verdaderos en un determinado sistema de lenguaje.

teoría ético-política de Habermas, puede encontrarse en MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*, pág. 30.

⁹¹⁶ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 111.

⁹¹⁷ *Ibíd.*, pág. 90.

En el proceso de juzgamiento de la validez de los enunciados cumple un papel fundamental el concepto de <<**mundo de la vida**>> introducido por Habermas.⁹¹⁸ En todo proceso de interacción comunicativa lingüísticamente mediado, la interpretación del significado de los enunciados se encuentra extraordinariamente determinada por un trasfondo contextual plagado de saberes y supuestos que no se problematizan. La comunicación siempre tiene lugar en un contexto de fondo, integrado por una enorme cantidad de presupuestos que ni siquiera son mencionados de manera explícita, por cuanto los interlocutores los consideran obvios y los dan por descontados.

*“Si en algo convergen las investigaciones sociolingüísticas, etnolingüísticas y psicolingüísticas del último decenio es en la idea, más que demostrada, de que el saber contextual y de fondo que colectivamente comparten hablantes y oyentes determina en un grado extraordinariamente alto la interpretación de sus emisiones explícitas”.*⁹¹⁹

Habermas sostiene que *“La acción comunicativa se desarrolla dentro de un mundo de la vida que queda a espaldas de los participantes en la comunicación. A estos sólo les es presente en la forma prerreflexiva de unos supuestos de fondo que se dan por descontados y de unas habilidades que se dominan sin hacerse problemas de ellas”.*⁹²⁰ Debido a esta circunstancia, presupone que el éxito ilocucionario de los actos de habla depende, en un grado extraordinariamente alto, de las condiciones contextuales de carácter general en que se realiza. Este contexto de fondo, al que Habermas llama <<mundo de la vida>>, consiste realmente en un *“saber implícito que no puede ser expuesto en un número finito de proposiciones; se trata de un saber holísticamente estructurado cuyos elementos se remiten unos a otros; y se*

⁹¹⁸ Interpretando a Habermas, BERIAIN (*La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica*, pág. 167) define el concepto de <<mundo de la vida>> de la siguiente manera: “El «mundo de la vida», como es sugerido en la fenomenología, es el universo dado por supuesto de la actividad social diaria. Es la «conciencia colectiva», la «memoria colectiva» que proporciona los esquemas de coexistencia de la vida social al nivel de la representación simbólica y de las maneras de hacer cosas. El «mundo de la vida» es un grupo de formas de vida preinterpretadas, dentro de las cuales se conduce la conducta humana de la vida diaria, «almacena el trabajo interpretativo de las generaciones precedentes » (A. SCHÜTZ y TH. LUCKMANN, 1975, cap. III). En las reinterpretaciones hermenéuticas, el «mundo de la vida» es concebido como los patterns de significado-sentido culturalmente transmitidos y lingüísticamente organizados (H. G. GADAMER, 1977; P. RICCEUR, 1971). Lenguaje y cultura son vistos como constitutivos del mundo de la vida”. Una explicación de este concepto de <<mundo de la vida>> y su importancia para la teoría de la acción comunicativa, también puede encontrarse en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 63; o también en OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 109.

Por otra parte, una crítica al concepto de <<mundo de la vida>> puede encontrarse en JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Acción Comunicativa y Teoría de la Razón*, pág. 62. También puede encontrarse otra breve crítica a este concepto de <<mundo de la vida>> en ARCE CARRASCOSO, José Luis. *De la Hermenéutica a la Acción Comunicativa*, pág. 271.

⁹¹⁹ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 429.

⁹²⁰ *Ibíd.*, pág. 429.

*trata de un saber que no está a nuestra disposición, en el sentido de que no está a nuestra mano hacerlo consciente ni cuestionarlo a voluntad”*⁹²¹.

La postura de Habermas, según mi interpretación, es que el contexto de fondo, en que tienen lugar todas nuestras interacciones comunicativas, nos ofrece una imagen general que enmarca las imágenes particulares del mundo que son posibles para cada participante en la comunicación. Debido a que se trata de un saber arraigado en nuestro inconsciente, lo hemos apropiado de tal manera que no nos damos cuenta hasta qué punto las imágenes del mundo que tenemos no pueden escapar de esa imagen más general que nos ha sido introyectada, y que compartimos, a la manera de un común denominador, con todos nuestros interlocutores.

Hasta donde alcanzo, el ejercicio de *adecuación cognitiva* a que se refiere Habermas, como parte del proceso para determinar la validez de los enunciados, consiste de hecho en la comparación de las imágenes del mundo particulares con esa imagen, mucho más general, que emerge de ese trasfondo contextual de la comunicación denominado <<*mundo de la vida*>> . De esta forma, el mundo de la vida cumpliría un papel determinante en la fijación de las condiciones de aceptabilidad de la pretensión de validez vinculada a las proposiciones, lo que a su vez es fundamental para la obtención de ese entendimiento que se requiere para la coordinación de los planes individuales de acción en la sociedad.

Me encuentro persuadido de que es por ello que Habermas, a manera de conclusión, subraya la importancia que tiene el concepto de <<mundo de la vida>> como elemento de enlace entre la teoría de la acción comunicativa y la teoría de la sociedad: el concepto de <<mundo de la vida>> complementa la teoría de la acción comunicativa, permitiéndole explicar el proceso de socialización y los procesos racionales implícitos en el acontecer socialmente relevante.⁹²²

*“Sólo cuando nos volvemos sobre ese horizonte contextualizador que es el mundo de la vida, desde y a partir del cual, los participantes en la comunicación se entienden entre sí sobre algo, se transforma el campo visual de suerte que se tornan visibles los puntos de conexión entre la teoría de la acción y la teoría de la sociedad: el concepto de sociedad ha de conectarse con un concepto de mundo de la vida complementario del de acción comunicativa. Pues es entonces cuando la acción comunicativa cobra primariamente interés como principio de socialización (Vergesellschaftung), al tiempo que los procesos de racionalización social adquieren una significación distinta. Pues éstos se cumplen más bien en las estructuras implícitamente sabidas del mundo de la vida y no, como sugiere Weber, en las orientaciones de la acción explícitamente conscientes”*⁹²³.

⁹²¹ *Ibíd.*, pág. 430.

⁹²² Una interesante crítica a la teoría de la acción comunicativa puede encontrarse en MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*, pág. 7

⁹²³ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 429.

1.4. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

- i) La racionalidad causal que impuso el positivismo científico durante la segunda mitad del siglo XIX fue exitosamente superada en el ámbito de las ciencias sociales por una racionalidad teleológica, de acuerdo con la cual la verdadera comprensión de las acciones sociales sólo es posible en la medida que se acceda a la dimensión de sentido que se obtiene mediante la referencia a los valores que persiguen.
- ii) Hacia comienzos de la década de los ochenta, la doctrina sociológica empezó a desvelar las principales angosturas de la racionalidad teleológica dominante hasta entonces en el ámbito de las investigaciones sociales. Una de las principales objeciones a ese paradigma de racionalidad consistió en que permanecía anclada a una teoría epistemológica, en la que las estructuras de comprensión aún eran consideradas de manera egocéntrica. En varios apartes de su obra, Habermas subraya que el principal problema de la racionalidad teleológica es que presupone a un sujeto aislado, por fuera del contexto social colectivo en el que se encuentra inevitablemente inserto, y que además asume que ese individuo, así considerado, puede acceder a la dimensión de sentido de los fenómenos sociales, mediante un juicio crítico-racional de naturaleza teleológica sobre el mundo objetivo que lo rodea.
- iii) Como alternativa al paradigma de racionalidad teleológica comenzó a aparecer una nueva forma de racionalidad de tipo comunicativo, en la que las estructuras de comprensión son consideradas de manera descentrada. La racionalidad de tipo comunicativo se elabora a partir de la idea de que el conocimiento es producto de un proceso colectivo y cooperativo de búsqueda de acuerdos intersubjetivos acerca de la manera de comprender el mundo. Por esta razón, la propuesta que hace Habermas en su *Teoría de la Acción Comunicativa* consiste en cambiar la perspectiva del objeto de estudio de las ciencias sociales, acentuando la preocupación por la comprensión del sistema común de referencia que utilizan los individuos para entenderse y para coordinar sus acciones en comunidad.
- iv) Debido a que la racionalidad comunicativa presupone la descentración de las estructuras de comprensión, y a que enfoca el estudio de las ciencias sociales desde la perspectiva del sistema común de referencia que utilizan los individuos para entenderse y coordinar sus acciones, el concepto de comunicación —y especialmente la comunicación mediante el lenguaje— adquiere una nueva importancia en el marco de la sociología contemporánea.

- v) Tomando como apoyo lo anterior, un sector importante de la doctrina sociológica actual entiende que la sociedad no puede seguir siendo entendida como la agregación de personas o instituciones, sino que debe ser entendida como el sistema de comunicaciones mediante las cuales son posibles determinadas formas de relación y entendimiento entre las personas o instituciones.

2. Teoría del derecho desde la perspectiva de la acción comunicativa.

2.1. Composición y función:

El punto de partida de Habermas para la elaboración de una teoría del derecho, es la idea de que el aumento de la complejidad en la sociedad desemboca en la necesidad de una herramienta que permita la coordinación de los planes de acción individuales, normalmente orientados por el éxito en el logro de intereses personales.⁹²⁴ En la medida que en las sociedades modernas aumenta la diferenciación, y se deshace el etnocentrismo que permitía realizar exitosamente procesos de entendimiento en las sociedades más antiguas, se produce una *“multiplicación de tareas funcionalmente especificadas, de roles sociales y de constelaciones de intereses, por la que la acción comunicativa queda liberada (o suelta) de vinculaciones institucionales demasiado estrechamente circunscrita (volviéndose así autónoma) y situada en un espacio de opciones ampliado, con lo cual en crecientes ámbitos queda también libre, a la vez que se vuelve necesaria, un tipo de acción guiada por intereses y orientada por el propio éxito personal”*.⁹²⁵ De esta manera, surge en las sociedades modernas la necesidad de una herramienta que permita lograr el entendimiento que se requiere para la coordinación de los planes de acción individuales.⁹²⁶

Ahora bien, esta diferenciación que caracteriza el proceso de evolución de la sociedad consiste, en primer lugar, en una especificación funcional lingüística

⁹²⁴ Una explicación sobre la forma en que la acción comunicativa permite la coordinación social de acciones individuales puede encontrarse en HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 54.

⁹²⁵ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 87. Un estudio sobre los alcances de este ensanchamiento del pluralismo como problema para la construcción de la sociedad civil, y un estudio comparativo entre la solución que ofrece Habermas basada en el consenso, y la propuesta de Foucault más bien anclada en el conflicto, en la dominación, en el poder, puede consultarse en FLYVBJERG, Bent. *Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?*, pág. 61.

⁹²⁶ Al respecto, es interesante la lectura que de Habermas hace Teubner, ubicando la teoría de la acción comunicativa como un intento por resolver lo que el denomina “colisión de discursos”, y que se erige en la actualidad como uno de los principales puntos de reflexión de las sociedades pluralistas. Ver este estudio en TEUBNER, Günther. *De Collisione Discursuum. Communicative Rationalities in law, morality and politics*, pág. 173.

del mundo de la vida, por virtud de la cual es posible realizar cortes para distinguir entre el lenguaje ordinario y otros tipos de discursos especializados. La distinción entre el lenguaje ordinario y otros tipos de discursos adquiere valor de realidad en la sociedad gracias a la introducción de códigos especiales. La especificación funcional del mundo de la vida permite diferenciar entonces entre un lenguaje ordinario, caracterizado por su complejidad gramatical y estructura reflexiva, y discursos especializados, caracterizados por la utilización de códigos propios. La función que cumple cada uno de estos lenguajes en el marco de la sociedad es distinta: (i) los lenguajes especializados, gracias a su código, pueden formular problemas y elaborar definiciones con mayor precisión, pero el coste de ello es la dificultad para comprender los problemas y conceptos formulados en un lenguaje ajeno, lo cual reduce su sensibilidad frente a los problemas globales de la sociedad; (ii) el lenguaje ordinario, en cambio, gracias a su complejidad gramatical, es multilingüe y multifuncional, en el sentido de que tiene una capacidad de traducción de códigos prácticamente ilimitada, pero el coste de ello es que sus definiciones de conceptos y problemas operan con un nivel de diferenciación menor, lo que las hace más difusas, o sea, menos precisas.

Una de las características más importantes de esta especificación funcional del mundo de la vida es que la realización de cortes para diferenciar entre el lenguaje ordinario y los especializados, no produce una ruptura total entre ellos. El lenguaje ordinario opera como una (en términos de Habermas) “*caja de resonancia*” para los costes de los lenguajes especializados, de manera que aquel puede compensar con su generalidad, con su multifuncionalidad, con su capacidad de traducción casi ilimitada, la reducida sensibilidad de éstos ante los problemas globales de la sociedad. El lenguaje ordinario, entonces, entrelaza todos los lenguajes especializados, sirviendo no sólo de medio común para la comunicación, sino también como referente común para la elaboración de conceptos y la definición de problemas.

Pero, por otra parte, esta diferenciación que caracteriza el proceso de evolución de la sociedad consiste también, en segundo lugar, en un proceso por medio del cual los componentes sociales del mundo de la vida —cultura, estructuras de la personalidad y, como ya veremos, el derecho— se especifican. Esta especificación acontece simultáneamente con el proceso de diferenciación entre el lenguaje ordinario y los discursos especializados, y se articula con ésta. La especificación de los componentes sociales del mundo de la vida produce la formación de dos subsistemas funcionalmente diferenciados en la sociedad: “*la economía, regida y controlada a través del dinero, y la administración, regida por el medio poder*”.⁹²⁷ A diferencia de otras

⁹²⁷ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 120. En relación con la forma en que esta diferenciación sistémica se articula con la diferenciación lingüística, BERIAIN (*La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica*, pág. 166) explica lo siguiente: “Los mundos de la vida y los sistemas se han «desvinculado» unos de otros desde que los sistemas político y económico se han desarrollado en subsistemas funcionalmente autónomos (A. GORZ, 1988, 47 ss). Ellos

perspectivas sociológicas, estos sistemas no se encuentran cerrados ni operan de forma autopoietica, sino que se trata de sistemas abiertos que observan, se conectan, se comunican y se adaptan a su entorno.⁹²⁸

*[La teoría de la acción comunicativa] distingue entre un mundo de la vida ligado al medio que representa el lenguaje ordinario y sistemas adaptativamente abiertos al entorno, regidos por códigos especiales.*⁹²⁹

regulan sus intercambios con sus diferentes mundos circundantes —extrasociales e intrasociales— a través de dos medios generalizados de comunicación. El dinero y el poder operan como sustitutos altamente especializados del lenguaje ordinario. Debido a la estructura de preferencias diseñada en sus códigos, estos medios definen la coordinación de las acciones, se liberan de las constricciones culturales y backgrounds compartidos y de las vicisitudes de los procesos de formación de consenso arriesgado (N. LUHMANN, TS, 1973, 198 y ss.). En las interacciones controladas de estos medios, los oponentes pueden condicionar mutuamente las reacciones de los otros, a través de sus ofertas, sin tener que apoyarse en un mundo de la vida común. Esto muestra un tipo de interacción «sin-mundo», donde los sujetos (monádicos) estratégicamente ejercen una influencia externa entre sí (HABERMAS, TKH, 1981 c, 530 y ss). A través del dispositivo valor de cambio —dinero—, y del dispositivo de acción sobre las conductas de los otros —poder—, ambos totalmente deslingüísticos, y funcionando como signos-valor de cambio, el «sistema» interviene en el «mundo de la vida», y lo hace monetizando- reificando la conducta de las personas en la forma de «lógica mercantil», en el caso del dinero, convirtiendo el «intercambio simbólico» entre las personas en mero cambio, compra-venta; y también interviene el «sistema» en el «mundo de la vida» burocratizando-normalizando las conductas de los hombres, en la forma de «razón normalizadora», en el caso del poder, convirtiendo las acciones del hombre en objetivos de disciplina, control, vigilancia, aunque sea bajo la forma encubierta de la «sociedad espectáculo de masas»».

⁹²⁸ Respecto a la integración de estos dos sistemas en la sociedad, BERIAIN (*La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica*, pág. 156) explica lo siguiente: “Habermas introduce el modelo sociológico más diferenciado que pueda dar cuenta de las posibilidades contrafácticas liberadas con el «desencantamiento del mundo», así como del proceso de racionalización societal (selectivo y limitado) que se institucionaliza en Occidente; este modelo distingue entre integración «social» e integración «sistémica» y niega que exista un funcional fit entre la economía por una parte y la cultura y la personalidad por otra (J. HABERMAS, PL, 1975, 17-18). Por integración sistémica, Habermas entiende los modos de coordinación de la acción social a través de la interconexión funcional de consecuencias de acción, mientras que por integración social se refiere a la coordinación de la acción a través de la comprensión interpretativa (comunicativamente mediada) de orientaciones de acción (HABERMAS, PL, 1975, 20). En la diferenciación institucional de las sociedades modernas en dos dominios —en particular la economía y la administración del Estado— (N. LUHMANN, 1988, 32-49 y 67-74), la coordinación de la acción social es crecientemente funcionalizada. Ambos, la economía capitalista, mediada a través del intercambio monetario en el mercado, y el Estado moderno, sustentado en el medio dinero, así como en el poder jurídico formal, generan una serie de acciones sociales que se influyen recíprocamente a través de consecuencias no previstas. (...) La economía, el mundo de mercado y los mecanismos administrativos pueden ser vistos como sistemas autorregulados, que entran en crisis cuando devienen disfuncionales. Bloqueos en el comercio mundial, inflación mundial, caída en los préstamos internacionales, ineficacia administrativa, etc., son disfuncionalidades de tales sistemas. Sólo aquellas disfuncionalidades que derivan de la integración social, que generan crisis de identidad en los individuos y en las colectividades, pueden ser llamadas crisis en el sentido enfático. «Sólo cuando los miembros de una sociedad experimentan las alteraciones estructurales como críticas para la existencia continuada y sienten sus identidades amenazadas podemos hablar de crisis... Estos estados de crisis muestran la forma de desintegración de las instituciones sociales» (HABERMAS, PL, 1975, 17-18)”.

Este proceso de diferenciación social, entendido tanto como distinción de lenguajes y como aparición de subsistemas, enmarca el surgimiento del derecho en la sociedad. A la sazón, es importante señalar que el lenguaje ordinario del mundo de la vida, por su complejidad gramatical, es multilingüe y multifuncional, de manera que puede interpretar y comprender todos los códigos especiales de los diferentes subsistemas. Sin embargo, tiene problemas para realizar la operación inversa. Es decir, el lenguaje ordinario tiene dificultades para *“operacionalizar sus mensajes para todos sus destinatarios de forma comportamentalmente eficaz”*.⁹³⁰ Dicho en forma menos abstracta, el lenguaje ordinario puede traducir todos los códigos al lenguaje común, pero tiene problemas para traducir el lenguaje común a todos los códigos. Esto se debe a que *“el circuito de comunicación del mundo de la vida queda interrumpido allí donde choca con medios, cuales son el dinero y el poder administrativo, sordos para los mensajes efectuados en el medio del lenguaje ordinario; pues estos códigos especiales no solamente están diferenciados del lenguaje ordinario, cuya estructura es más rica, sino también desmembrados de él”*.⁹³¹ Para la teoría de la acción comunicativa, el derecho aparece en este cuadro como una herramienta que permite justamente eso: la traducción de mensajes en lenguaje ordinario a los códigos de todos los subsistemas.

En efecto, es importante recordar que el concepto de <<mundo de la vida>> está articulado en términos de comunicación, lo cual significa que a él pertenece la red de todas las acciones comunicativas posibles en un momento histórico concreto. El mundo de la vida, como referente último de toda comunicación, no es el resultado de la agregación de individuos; no es *“una organización en gran formato a la que pertenezcan miembros”*.⁹³² Al mundo de la vida pertenecen sólo las acciones comunicativas, aun cuando éstas se nutran de tradiciones culturales o de las identidades de individuos socializados. Ahora bien, desde la perspectiva de la teoría de la acción comunicativa, el derecho es un sistema que pertenece al componente social del mundo de la vida, al igual de la cultura o las estructuras de la personalidad, y como él sólo puede estar integrado por comunicaciones. Por esta razón, a diferencia de otras teorías precedentes, la teoría de la acción comunicativa sostiene que el derecho no está integrado por personas, normas, organizaciones, intereses, valores o comportamientos, sino por comunicaciones.

“Al derecho pertenecen todas las comunicaciones que se orientan (a/y) por el derecho, refiriéndose las reglas jurídicas en términos de reflexividad a la integración social que en el proceso de institucionalización se efectúan en forma directa (es decir, sin la reflexividad que las normas jurídicas añaden)”.⁹³³

⁹²⁹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 119.

⁹³⁰ *Ibíd.*, pág. 120.

⁹³¹ *Ibíd.*, pág. 120.

⁹³² *Ibíd.*, pág. 145.

⁹³³ *Ibíd.*, pág. 146.

Sin perjuicio de lo anterior, es justo precisar que las comunicaciones que componen el derecho son de un tipo especial. Como sistema, el derecho tiene al mismo tiempo la propiedad de ser una institución social y un saber cultural. Es decir, es al tiempo un sistema de acción y un sistema de saber. Como sistema de acción, el derecho está compuesto por comunicaciones que se encarnan en las proposiciones prescriptivas (normas) que integran el complejo de regulación de la acción. Como sistema de saber, el derecho está integrado por comunicaciones que adquieren la fisonomía de un texto o un discurso dogmáticamente elaborado, elevado al nivel científico y racionalmente fundamentado.

Lo característico del derecho —y de allí su importancia en la sociedad—, es que ya sea como sistema de acción o como sistema de saber, a nivel de lenguaje utiliza en sus comunicaciones un código que está abierto por igual al mundo de la vida y a los subsistemas. Dicho en otras palabras, el código del derecho puede ser traducido tanto al lenguaje ordinario como a los códigos especiales con los que operan los medios de control o regulación de los subsistemas sociales, que son el dinero y el poder. La sociedad se sirve de esta cualidad del derecho para asegurar que los mensajes en lenguaje ordinario puedan ser operacionalizados de forma eficaz para todos los subsistemas destinatarios. En términos de Habermas, *“el derecho cumple una función de bisagra entre el sistema y mundo de la vida”*,⁹³⁴ de manera que tiene la tarea de mediar *“entre un mundo de la vida que ha de reproducirse a través de la acción comunicativa, por un lado, y los subsistemas sociales funcionales, que constituyen entornos los unos para los otros, por el otro”*.⁹³⁵

La capacidad del derecho de traducir los mensajes dados en lenguaje ordinario a los códigos especiales es muy importante en la sociedad porque *“asegura que la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa”*.⁹³⁶ A la sazón, es importante aclarar que la dificultad para traducir los mensajes en lenguaje ordinario a los diferentes códigos hace que para el mundo de la vida sea muy difícil cumplir esa tarea de servir de referente común para todos los subsistemas, en la definición y resolución de los problemas globales de la sociedad. Es decir, la dificultad para operacionalizar eficazmente sus mensajes a todos los destinatarios no permite que la generalidad del mundo de la vida pueda compensar satisfactoriamente la reducida sensibilidad de los subsistemas ante los problemas globales de la sociedad, ni enviar mensajes dirigiéndolos hacia la búsqueda de soluciones eficaces para dichos problemas.

Ya que el derecho opera con un código que está abierto por igual al mundo de la vida y a los subsistemas, *“sólo en el lenguaje del derecho pueden circular a*

⁹³⁴ *Ibíd.*, pág. 120.

⁹³⁵ *Ibíd.*, pág. 120.

⁹³⁶ *Ibíd.*, pág. 120.

lo ancho de toda la sociedad mensajes de contenido normativo".⁹³⁷ Por esta razón, el lenguaje del derecho es el más idóneo para que, desde el mundo de la vida, en dónde se aprehenden los problemas globales de la sociedad, se envíen los mensajes de regulación y control hacia los subsistemas sociales. En términos de Habermas, la apertura del código del derecho hace posible que *"las operaciones sociointegrativas de entendimiento intersubjetivo que se efectúan y ejercitan en el mundo de la vida"*⁹³⁸ sean traducidas en comunicaciones de contenido normativo que *"resultan inteligibles para los códigos con que opera una Administración regulada por el medio poder y una economía regida, controlada y gobernada por el dinero"*.⁹³⁹ De esta manera, el derecho hace posible la integración social al asegurar que ni la economía ni la administración burocrática, o sea, ni el dinero ni el poder, puedan sustraerse a los términos de los acuerdos intersubjetivos para la coordinación de acciones a los que se ha llegado en el mundo de la vida.⁹⁴⁰

2.2. Validez:

Como ya se ha tenido ocasión de mencionar, la teoría de la acción comunicativa sostiene que la evolución de la sociedad se encuentra caracterizada por un proceso de diferenciación, el cual rompe el etnocentrismo de las sociedades más antiguas y libera la acción comunicativa de aquellas instituciones sacralizadas (tradicción, religión, etc.) que, estrechando los espacios para la controversia, hacían posible la integración social en grupos pequeños y relativamente indiferenciados.⁹⁴¹ Este ensanchamiento del marco de referencia desata en las sociedades modernas un problema relacionado con la dificultad para estabilizar la validez de un orden social en el que, para su elaboración, convergen diferentes puntos de vista, intereses, gustos, preferencias, creencias, etc. En otras palabras, se hace latente la cuestión de cómo estabilizar la validez de un único orden que permita la coordinación de planes de acción individuales y la integración social, en el contexto de una

⁹³⁷ *Ibíd.*, pág. 120.

⁹³⁸ *Ibíd.*, pág. 146.

⁹³⁹ *Ibíd.*, pág. 146.

⁹⁴⁰ En mi criterio, es muy importante la crítica que hace Luhmann a la tesis de Habermas sobre la función socio-integradora del derecho. Ver esta crítica en LUHMANN, Niklas. *Quod Omnes Tangit. Remarkson Jürgen Habermas Legal Theory*, pág. 158. En este documento Luhmann sostiene: *"Since Habermas does not locate the problem on the level of actually occurring communications, he avoids this possible approach. Instead, he employs a theory of how the reasonable coordination of actions can take place if assured of the freely rendered agreement of all involved. This postulate, however, should not be dismissed out of hand as utopian and empirically unrealizable. While one could convincingly do so, such a dismissal could cause one to lose sight of important considerations which justify this conception's topical importance, as well as its concealed affinity with parallel developments in the theory of self-referential systems"*.

⁹⁴¹ En este sentido, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 150, quien se refiere a este aspecto de la teoría de Habermas con el título de "El Derecho Cosmopolítico", poniendo su teoría en diálogo con Rawls. Sobre este tema también se puede cfr. ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 13.

sociedad que debido a su alta diferenciación y complejidad cuenta con una diversidad de *mundos de la vida* posibles, diferenciados, pluralizados y desacralizados, muchos de ellos incompatibles entre sí, y entre los cuales resulta relativamente difícil la formación de consensos.⁹⁴²

En los términos de la teoría de la acción comunicativa, la solución a este problema consiste en trasladar el peso de la integración social hacia las operaciones de entendimiento intersubjetivo de los actores.⁹⁴³ Pero, ¿qué significa eso?

Es claro que para estabilizar la validez de un orden jurídico en condiciones de diferenciación y pluralismo como las de la sociedad moderna, se requiere encontrar normas que sean aptas para la integración social, en el sentido de que se trate de normas útiles para la coordinación de planes estratégicos de acción, y que al mismo tiempo sean consideradas válidas por todos los intervinientes. Es decir, la solución de la paradoja requiere la producción de una normatividad que cumpla, al menos, con dos características: por un lado, debe disponer de una coerción fáctica que imponga a cualquier actor estratégico la necesidad de acomodar sus intereses y sus planes de acción en la forma en que la norma determina que mejor quedan coordinados los diferentes intereses en conflicto; y por otro lado, para que los actores accedan a modificar sus planes estratégicos de acción, la norma debe estar basada en pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas.⁹⁴⁴ Por esta razón, Habermas sostiene que *“una salida la ofrece la regulación normativa de interacciones estratégicas en las que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo”*.⁹⁴⁵

La propuesta teórica de la acción comunicativa consiste en poner el énfasis en la identificación de la clase de operaciones mediante las cuales los diferentes actores podrían llegar a una normatividad semejante. Ya no se trata de construir una teoría para definir cuál debería ser el contenido de la

⁹⁴² Especialmente importante e ilustrativo resulta el estudio realizado por McCarthy, de forma más o menor cronológica, sobre la evolución de la teoría de la legitimación del derecho en Habermas. Su estudio comienza a principios de los setenta, después del giro de Habermas hacia la teoría del discurso, pasando por su trabajo sobre Facticidad y Validez, y culmina con una evaluación de los alcances de su teoría discursiva del derecho. Ver McCARTHY, Thomas. *Legitimacy and Diversity. Dialectical Reflections on Analytical Distinctions*, pág. 115.

⁹⁴³ ELOSEGUI (*La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, pág. 73) sostiene al respecto que *“La tesis de Habermas es que para que una sociedad multicultural sobreviva necesita que sus ciudadanos, incluidos los inmigrantes, compartan una cultura política común”*. Por otra parte, un estudio comparativo entre Habermas y Foucault sobre la forma en que cada uno de ellos hace frente al problema del fortalecimiento de la sociedad civil y la democracia en el contexto multicultural de las sociedades modernas, y en el que presenta a Habermas como el filósofo de la moralidad basada en el consenso, puede encontrarse en FLYVBJERG, Bent. *Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?*, pág. 61.

⁹⁴⁴ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 18.

⁹⁴⁵ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 88.

normatividad ideal que resuelve esa paradoja, sino de elaborar una teoría sobre cuáles son las características del procedimiento que debería implementar la sociedad para permitir que los individuos lleguen a una normatividad como esa. Para realizar un programa de esta envergadura, la teoría de la acción comunicativa elabora un “*concepto discursivo del derecho*” sobre el cual volveremos más adelante.⁹⁴⁶

Por ahora es importante mencionar que llevar a cabo un proyecto semejante no es, en todo caso, una tarea sencilla. A la sazón, debe primero lidiarse con otra nueva paradoja, consistente en que para alcanzar un acuerdo sobre algún modelo de normatividad se requiere de una acción orientada al entendimiento que, al menos en principio, es incompatible con la acción orientada al propio éxito,⁹⁴⁷ predominante en las sociedades complejas y altamente diferenciadas: “*Para los actores que actúan orientándose por su propio éxito todos los integrantes de la situación se convierten en hechos que los actores evalúan a la luz de sus propias preferencias individuales; mientras que los actores que actúan orientados por/a el entendimiento dependen de una comprensión de la situación negociada en común y sólo interpretan los hechos relevantes a la luz de las pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas*”.⁹⁴⁸

Por el lado de la dogmática jurídica, esta paradoja adquiere la fisonomía de una competencia entre la esfera de autonomía privada y la esfera de autonomía pública de los individuos.⁹⁴⁹ en las sociedades democráticas modernas le son reconocidas a los individuos una serie de libertades que les aseguran la posibilidad de perseguir, de manera “estratégica”, su éxito personal; sin embargo, esas libertades son reconocidas a través de normas para cuya producción existe un procedimiento en el que el individuo tiene derecho a participar, pero en el que se le exige una actitud que sobreponga la obtención del bien común a los intereses particulares.⁹⁵⁰ En la tradición que corresponde al derecho natural esta paradoja también existe, y se muestra en la forma de la contradicción entre los derechos humanos y la soberanía popular: “Los

⁹⁴⁶ Una exposición sintética del concepto discursivo de derecho de Habermas, muy importante debido a la autoridad académica y prestigio de su autor, se encuentra en ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, pág. 226. Un estudio crítico del concepto discursivo del derecho propuesto por Habermas puede encontrarse en ROSENFELD, Michael. *Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?* pág. 82.

⁹⁴⁷ Sobre las diferencias entre la acción orientada al entendimiento y la acción estratégica, puede consultarse HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 55.

⁹⁴⁸ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 89.

⁹⁴⁹ Una explicación de esta competencia entre autonomía pública y privada en Habermas, puede encontrarse en ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 13.

⁹⁵⁰ Una explicación sobre la importancia que tiene la participación discursiva de los individuos en los procesos a través de los cuales se busca el entendimiento sobre la forma de coordinar los planes de acción individuales, para la construcción de un modelo de sociedad civil que resuelva los problemas inherentes al pluralismo de las sociedades modernas, puede encontrarse en FLYVBJERG, Bent. *Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?*, pág. 65.

*liberales evocan el peligro de una <<tiranía de la mayoría>> y postulan el primado de unos derechos del hombre que garantizan las libertades prepolíticas del individuo y trazan límites a la voluntad soberana del legislador. Los defensores de un humanismo republicano acentúan, en cambio, el valor específico y no instrumentalizable que tiene la autoorganización de los ciudadanos, de suerte que para una comunidad de por sí política los derechos del hombre sólo cobran obligatoriedad como elementos de tradiciones en cada caso propias, que han sido objeto de una apropiación consciente”.*⁹⁵¹

Teorías precedentes intentaron disolver esta paradoja recurriendo a la distinción entre normas morales y normas jurídicas, y a la subordinación del derecho a la moral. Kant, por ejemplo, aún continuaba ligado a una tradición que se remonta a Platón, la cual sostenía la idea de que “*en la legislación jurídica no hace sino reflejarse la legislación moral*”,⁹⁵² de tal suerte que la validez del orden jurídico queda estabilizada por el respeto del derecho a la moral, o sea, por la correspondencia entre los dos órdenes.⁹⁵³ Estas teorías, sin embargo, perdieron su fuerza persuasiva debido a la desacralización de la moral y la independización del derecho, producidas con el advenimiento del positivismo jurídico.

Desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa, la estabilización de la validez del orden jurídico recurriendo al *principio moral*, es consecuencia de una perspectiva que enfoca el vínculo entre moral y derecho como una relación de subordinación, lo cual pertenece más bien al mundo del derecho

⁹⁵¹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 165. Por otra parte, para un estudio acerca de la manera en que Habermas presenta el problema de la modernidad en términos de una lucha entre las perspectivas liberal y republicana, puede consultarse MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 46; o también en SANCHO, Carmen. *Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas*, pág. 217. Una crítica a la lectura del republicanismo hecha por Habermas puede encontrarse en MICHELMAN, Frank I. *Family Quarrel*, pág. 309.

⁹⁵² HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 171.

⁹⁵³ Una breve exposición de la influencia de la filosofía kantiana en la teoría moral y la teoría de la justicia de Habermas puede encontrarse en ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 6. Un estudio que incluye abundantes referencias a la influencia de Kant en la teoría ética y política de Habermas puede encontrarse en MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*, pág. 7 y ss. Un estudio similar puede encontrarse también en FLYVBJERG, Bent. *Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?*, pág. 61.

premoderno.⁹⁵⁴ En lugar de esto, sostiene que en la actualidad hay que enfocar la relación entre derecho y moral en términos de complementariedad.⁹⁵⁵

*“Las cuestiones jurídicas y las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismos problemas: el de cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el de cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de principios normativos y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismos problemas de forma distinta en ambos casos. Pese al común punto de referencia la moral y el derecho se distinguen prima facie en que la moral post tradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el derecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional. El derecho no es sólo un sistema de símbolos, sino un sistema de acción”.*⁹⁵⁶

Al enfocar la relación entre moral y derecho desde la perspectiva de la complementariedad, se reelabora por completo el papel que cumple la moral en la estabilización de la validez del derecho: si bien es cierto que *“un orden jurídico sólo puede ser legítimo si no contradice a principios morales”*,⁹⁵⁷ no es ésta la única condición para la estabilización de su validez. Dicho en otras palabras, la no contradicción de los principios morales es una condición necesaria, mas no suficiente, para la estabilización de la validez del orden jurídico. Además de la no contradicción de los principios morales, para la estabilización de la validez del ordenamiento jurídico se requiere cumplir un *<<principio de discurso>>*, el cual surge a partir de la necesidad postconvencional de fundamentación de las normas jurídicas.⁹⁵⁸ Por

⁹⁵⁴ Un estudio de la teoría moral de Habermas, a propósito de su obra titulada *“La inclusión del otro. Estudios sobre Teoría Política”*, el cual incluye algunas de las críticas formuladas a Habermas por parte de Rawls y Berstein, puede encontrarse en ELOSEGUI, María. *La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, pág. 59. Sobre las diferencias entre la teoría moral de Habermas y de Rawls puede consultarse ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*, pág. 9. Sobre la teoría moral de Habermas, con especial referencia a la importancia que en ella tiene el concepto de intersubjetividad y la influencia — indirecta— de Freud, puede consultarse MILOVIC, Miroslav. *Freud, Habermas y la Cuestión de la Política*, pág. 165.

⁹⁵⁵ Al respecto, SANCHO (*Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas*, pág. 220) explica: *“Para Habermas en la política se combinan tres dimensiones diferentes. En primer lugar, una dimensión pragmática que se refiere a la necesidad de encontrar los medios más adecuados para alcanzar unos determinados fines. Esta dimensión se estructura según un criterio de eficacia ya que se trata de encontrar la solución más racional para el problema que se esté debatiendo. En ella cobran gran relevancia los mecanismos de negociación y de compromiso no sólo entre los diferentes fines sino también entre la mejor forma de alcanzarlos. En segundo lugar, una dimensión ética que se corresponde con la idea de bien y de la vida buena que cada colectividad posee. En este caso, el debate político versa sobre aspectos relativos a la identidad y la autocomprensión colectiva; se reflexiona sobre en qué medida un determinada propuesta política contribuye al bien común. Por último, una dimensión moral que se centra en cuestiones vinculadas a la noción de justicia. El objetivo es garantizar la equidad en la regulación de las relaciones interpersonales y en la toma de decisiones. Se debate, entonces, sobre la imparcialidad de las diferentes propuestas políticas, sobre la justificación moral de las distintas soluciones posibles a un problema”.*

⁹⁵⁶ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 172.

⁹⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 171.

⁹⁵⁸ Así lo entiende también GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 27. Una crítica de fondo a la tesis de Habermas sobre el discurso como fuente de validez, desde la perspectiva de Nietzsche, Foucault, Derrida y otros “filósofos

<<discurso>>, Habermas entiende “*toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro del ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones*”.⁹⁵⁹ De esta forma, y siendo consecuente con lo anterior, el principio de discurso es definido en el marco de la teoría de la acción comunicativa en los siguientes términos:

“*Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*”.⁹⁶⁰

El principio de discurso se ubica, sin embargo, en un nivel de abstracción demasiado alto. Dicho de otra forma, el principio de discurso así entendido no ofrece aún suficientes elementos para determinar cómo puede estabilizarse la validez de una norma jurídica en concreto. Por esta razón, este principio debe especificarse aun más, y ello ocurre en las sociedades modernas con la aparición del <<*principio democrático*>>.⁹⁶¹

En efecto, una de las características más importantes del principio de discurso es que se fundamenta en la posibilidad de un entendimiento racionalmente motivado entre los diferentes actores.⁹⁶² Para que dicho entendimiento pueda

del poder”, puede encontrarse en FLYVBJERG, Bent. *Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?*, pág. 67 y ss. Para una crítica al esquema rigurosamente racionalista que Habermas pretende implementar mediante el recurso a los entendimientos basados en discursos racionales, puede consultarse RODRÍGUEZ FOUZ, Marta. *La emancipación abreviada. Límites en la teoría social de Jürgen Habermas*, pág. 72. Para otra crítica a la subordinación del derecho a la idealización de la razón práctica que se encuentra en el concepto discursivo de derecho de Habermas, puede consultarse a REHG, William. *Against Subordination. Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas*, pág. 257.

⁹⁵⁹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 173.

⁹⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 172.

⁹⁶¹ Sobre el concepto de democracia de Habermas, y los alcances de éste en su teoría política, puede consultarse MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 127. Una crítica al optimismo de Habermas frente a la democracia en las sociedades modernas, puede encontrarse en FORBATH, William E. *Short-Circuit. A critique of Habermas's understanding of law, politics, and economic life*, pág. 272. Este último autor sostiene que “*Habermas has read deeply in contemporary American constitutional scholarship but his thinking seems untouched by an earlier moment in American legal thought: the breakthroughs of Legal Realism, and, specifically Realism's account of the relation between state and society, and law and economy*”.

⁹⁶² Este optimismo de Habermas sobre la posibilidad de llegar discursivamente a un entendimiento racionalmente motivado, le ha merecido importantes críticas. Por ejemplo, McCARTHY (*Legitimacy and Diversity. Dialectical Reflections on Analytical Distinctions*, pág. 150), sostiene que tanto como participantes como observadores, los ciudadanos están en condiciones de llegar no sólo a acuerdos razonables, sino también a desacuerdos razonables, y no hay forma de saber *a priori* cual tendrá lugar en un supuesto concreto: la determinación de si hubo un acuerdo o un desacuerdo razonable sólo puede ser determinado *a posteriori*, al verificar el éxito o el fracaso en la formación del acuerdo. En igual sentido, RUBIO CARRACEDO (<<*Posición Original*>> y <<*Acción Comunicativa*>> (*Rawls y Habermas*), pág. 229) también formula una crítica al optimismo habermasiano, y explica: “*la racionalidad*

tener lugar, el principio necesariamente debe presuponer que entre los diferentes intervinientes en el proceso de producción de las normas se traba una relación caracterizada por el reconocimiento y respeto recíproco. Este tipo de relaciones sólo es posible en aquellas sociedades que, por su diferenciación, han dejado atrás el etnocentrismo y han dado paso al pluralismo y a la igualdad como principios básicos de su organización. Para ser más exactos, este tipo de relaciones sólo son posibles en las sociedades democráticas. Por esta razón, en las sociedades modernas el principio de discurso se especifica en el principio democrático.⁹⁶³

La finalidad del principio democrático es definir el procedimiento para la producción de normas jurídicas, y adquiere valor de realidad como rector del conjunto de normas que regulan el procedimiento legislativo. No obstante, el principio democrático no puede definir este procedimiento de cualquier forma, sino respetando en todo caso el principio de discurso del cual emana. Por esta razón, el principio democrático garantiza que en el proceso de producción de normas jurídicas se satisfaga el principio de discurso, al punto que todos los sujetos afectados tengan la oportunidad de presentar sin interferencia sus discursos para apoyar o rechazar la propuesta normativa y, si es el caso, puedan llegar a un entendimiento racionalmente motivado.⁹⁶⁴

*dialógica en modo alguno garantiza el hallazgo de una solución satisfactoria para todos. Es ya un lugar común en los críticos de Habermas la ironía, y hasta el sarcasmo, sobre su ilimitada y un tanto ingenua confianza en el poder moral de la razón y en la misma voluntad de diálogo no estratégico. Además, el diálogo racional no garantiza el hallazgo de la solución justa y buena para todos los deliberantes, ni siquiera en la comunidad ideal de diálogo (a no ser que se entendiera ésta como «comunidad de los santos», como diría J. Muguerza (1980, pág. 12))». Por su parte, SÁNCHEZ FLÓREZ, Mónica Judith. *La filosofía del sujeto y la sociología del conocimiento en las teorías de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, pág. 96., sostiene que “Habermas es un pensador crítico, comprometido con la necesidad de humanizar la convivencia social. Su postura sustantiva, sin embargo, ha sido criticada por su obsesión con el consenso; su democracia discursiva pone al mundo de vida a cargo de conservar un dinamismo racional y valorativo que ataje tanto la colonización instrumental de los sistemas administrativo y económico, como las sinrazones de los atavismos emotivos. La evolución de la obra de Habermas, más allá de su Teoría de la acción comunicativa, muestra que busca una deontología de cómo ese dinamismo ha de manifestarse en una eclosión de los valores de la racionalidad comunicativa, incluso a nivel supranacional. Sin embargo, esta idea armoniosa de la interacción social resulta contra-fáctica: Ignora que el poder de la razón se puede encontrar indefenso en medio del disenso y el conflicto, siempre latentes en la interacción social y política”. Finalmente, y a propósito de estas críticas, Günther Teubner (TEUBNER, Günther. *De Collisione Discursuum. Communicative Rationalities in law, morality and politics*, pág. 173) ha subrayado que en la actualidad el éxito de la teoría de Habermas depende de la posibilidad de encontrar una solución plausible a lo que él denomina: “colisión de discursos”.*

⁹⁶³ Para un estudio sobre el alcance del concepto de democracia de Habermas, y sus diferencias frente al concepto de democracia de Rawls, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 52.

⁹⁶⁴ En la teoría de Habermas, el principio de democracia es la base que sustenta la autonomía política de los individuos, en el entendido que éstos sólo son políticamente autónomos cuando pueden incluirse colectivamente como autores de las leyes que los rigen. Al respecto, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 51.

Al hilo de esta argumentación, decir que la solución al problema de cómo estabilizar la validez del orden jurídico en sociedades altamente complejas y diferenciadas se halla en trasladar el peso de la integración social hacia las operaciones de entendimiento intersubjetivo de los actores, equivale a sostener que el problema de la validez debe resolverse en sede de los procedimientos existentes en las sociedades democráticas para adoptar el derecho vigente.⁹⁶⁵

Aún más, llevada esta postura hasta sus últimas consecuencias, resulta que el punto neurálgico de la solución al problema de la estabilización de la validez se halla exactamente en la actitud asumida por los legisladores. A tal efecto, nótese que para que las normas sean válidas deben estar legitimadas mediante un acuerdo intersubjetivo, el cual es posible cuando los participantes en el proceso de producción normativa no acuden en defensa de sus intereses particulares, o sea, no actúan estratégicamente, sino en la búsqueda de un acuerdo que permita llegar a un consenso sobre la forma de coordinar diferentes intereses en conflicto de manera general, es decir, actuando orientados hacia el entendimiento.⁹⁶⁶ Por esta razón, resulta concluyente afirmar que la legitimidad queda fundada allí donde la regulación no es el reflejo de la prevalencia de intereses individuales, sino el producto de un entendimiento intersubjetivo que permite la integración social mediante la coordinación consentida de los diferentes planes individuales de acción estratégica, lo que en todo caso depende de la actitud asumida por el legislador al momento de producción normativa.⁹⁶⁷

⁹⁶⁵ Para una explicación crítica de la forma en que el recurso al “procesalismo” (racionalidad procedimental) contribuye a estabilizar la validez (legitimidad) del derecho, puede consultarse ROSENFELD, Michael. *Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?* pág. 82. Por otra parte, en relación con este “procesalismo” implícito en la propuesta discursiva del derecho de Habermas, FLYVBJERG (*Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?* pág. 66) sostiene que el principal problema de su teoría es que “nos describe la utopía de la racionalidad pero no cómo llegar hasta allí. Habermas mismo menciona la falta de <<instituciones cruciales>>, la falta de <<socialización crucial>> y la <<pobreza, abuso y degradación>> como barrera para la toma de decisiones discursivas”.

⁹⁶⁶ Por esta razón, en opinión de algunos de sus comentaristas, el modelo democrático propuesto por Habermas se erige como un ejemplo de “democracia deliberativa”. Al respecto, SANCHO, Carmen (*Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas*, pág. 201) sostiene: “La democracia deliberativa implica un proceso de toma de decisiones políticas basado en el intercambio de razones y argumentos. Un proceso en el que todos los ciudadanos participan superando sus propios intereses y puntos de vista para reflexionar sobre el bien común. Uno de los principales argumentos que se esgrimen en defensa de la democracia deliberativa se refiere a su capacidad para mejorar la legitimidad de las decisiones políticas”.

⁹⁶⁷ Un estudio de los alcances de esta teoría en el ámbito político internacional, y especialmente el europeo, puede encontrarse en MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 185. Por otra parte, es importante señalar que el principio democrático no sólo confiere legitimidad al derecho. Además de ello, como explica SANCHO, Carmen (*Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas*, pág. 206), éste ofrece otras ventajas: “Las virtudes de la deliberación no se agotan en el aumento de la legitimidad política. Para los defensores de este modelo, la deliberación mejora la democracia en otros cuatro aspectos. En primer lugar, el intercambio de razones, opiniones e ideas aumenta la información disponible en dos sentidos: pueden aparecer

*“El proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social. De ahí que a los implicados en el proceso de producción normativa se les exija que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y, entrando en el papel de ciudadanos, adopten la perspectiva de miembros de una comunidad jurídica libremente constituida en la que un acuerdo acerca de los principios normativos de la regulación de la vida común, o bien venga ya asegurado por la tradición, o bien pueda alcanzarse mediante un proceso de entendimiento atenido a reglas normativamente reconocidas”.*⁹⁶⁸

Ahora bien, por su disposición para definir el procedimiento para la producción de normas jurídicas, el principio democrático termina también regulando y controlando lo que es, y lo que no es, derecho. Esto significa, por un lado, que el principio democrático se erige como el elemento último que estabiliza la validez del orden jurídico, en la medida que la validez de las normas depende de que hayan sido producidas mediante un procedimiento que respete el principio democrático. Pero además, esto tiene otra consecuencia muy importante, y es que desvela el carácter eminentemente reflexivo del derecho: *“Sólo el derecho es de por sí reflexivo en este sentido; contiene reglas secundarias que sirven a la generación de normas primarias de regulación o control de comportamientos”.*⁹⁶⁹

La reflexividad que adquiere el derecho en el marco de la teoría de la acción comunicativa es de suma importancia para entender su propuesta frente a la problemática de la validez de las normas jurídicas. Y es que gracias a la introducción del principio democrático, el sistema jurídico adquiere la reflexividad que la teoría de la acción comunicativa necesita para explicar cómo es que la validez del derecho se funda en el propio derecho; cómo es que nace legitimidad a partir de la legalidad; cómo es que la validez no se fundamenta recurriendo a elementos externos al sistema jurídico, como por ejemplo la moral, sino apelando a un elemento del propio sistema de derecho, como los es el principio democrático.⁹⁷⁰ En resumidas cuentas, permite desdoblarse la tautología, también presente en otras concepciones sociológicas modernas del derecho,⁹⁷¹ de acuerdo con la cual: *“vale como derecho lo que conforme a*

alternativas que no habían sido consideradas y, además, es posible analizar las consecuencias de cada propuesta. Así mejora la calidad de las decisiones. En segundo lugar, la deliberación refuerza la orientación hacia el bien común en detrimento de los intereses privados. Si el objetivo es tomar decisiones colectivas que redunden en beneficio de todos, cada opinión debe ser articulada en términos que los demás puedan admitir y esto obliga a transformar los propios intereses en principios defendibles públicamente. En tercer lugar, la deliberación mejora las facultades intelectuales y morales de los ciudadanos. La participación en el debate público ayuda a desarrollar la capacidad de razonar y escuchar y favorece la cooperación y la tolerancia. Por último, la deliberación genera decisiones políticas más justas y racionales. Es cierto que la deliberación no garantiza de forma absoluta la imparcialidad de los resultados obtenidos, pero parece acercarse más a esa imparcialidad de lo que lo haría una simple votación o negociación”.

⁹⁶⁸ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 94.

⁹⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 182.

⁹⁷⁰ En este mismo sentido, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 91.

⁹⁷¹ Como veremos, esta tautología también tiene su lugar especial en la teoría de sistemas, aunque allí es desdoblada o superada de forma distinta.

procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir, cobra fuerza jurídica, y, pese a la posibilidad jurídicamente dada de quedar derogado en algún momento, mantiene mientras ello ocurra dicha fuerza o vigor.⁹⁷²

2.3. El Sistema de los Derechos:

Hasta ahora sólo se ha dicho que el derecho permite la integración social mediante la coordinación de planes de acción estratégicamente orientados al éxito individual. Sin embargo, no se ha aclarado cómo hace el derecho para llevar a cabo esa coordinación de acciones.

Pues bien, para poder coordinar los planes de acción estratégicamente orientados al éxito individual, el derecho debe recurrir a algo que permita la formación de expectativas confiables de comportamiento. Así, las acciones estratégicas individuales quedan coordinadas a partir del momento en el que los actores pueden ajustar su comportamiento, no sólo a las expectativas que los demás tienen de uno, sino también a partir de las expectativas que uno puede hacerse del comportamiento de los demás. Esto significa que aquello a lo que el derecho ha de recurrir para coordinar las acciones estratégicas individuales debe, por un lado, crear expectativas confiables sobre el comportamiento que uno puede esperar de los demás, con lo cual se aseguran las libertades subjetivas de acción necesarias para que los individuos puedan perseguir sus propios intereses; y al mismo tiempo, debe crear expectativas confiables sobre el comportamiento que los demás pueden esperar de uno, con lo cual se limitan las libertades subjetivas de acción en el punto en el que ellas comienzan ser un obstáculo para que los demás puedan alcanzar exitosamente sus intereses. En el marco de la teoría de la acción comunicativa, ese algo que permite el equilibrio de esta compleja relación y, por consiguiente, la respuesta a la pregunta acerca de *cómo* hace el derecho para lograr la integración social a partir de la coordinación de planes de acción individuales, se halla en el sistema de *los derechos subjetivos*.⁹⁷³

Los derechos subjetivos son fundamentales para la comprensión moderna del derecho, porque *“fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad”*.⁹⁷⁴ Desde el punto de vista histórico, los derechos subjetivos encarnan un tipo de regulación en la cual se consagra un orden objetivo de obligatorio acatamiento por parte de todos los individuos, y en el que sin embargo se ofrece la mayor de las garantías a las libertades individuales.⁹⁷⁵ En este sentido, se trata de un ordenamiento que *“dota las*

⁹⁷² HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 91.

⁹⁷³ Sobre la clasificación de los derechos subjetivos en Habermas, puede consultarse GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 29

⁹⁷⁴ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 147.

⁹⁷⁵ Sobre el concepto de derechos fundamentales de Habermas, y su diferencia frente al de Rawls, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 57.

libertades de acción de la coerción del derecho objetivo”;⁹⁷⁶ o sea, que confiere a los actores la libertad de llevar a cabo sus planes estratégicos, imponiendo sólo aquellas limitaciones que son indispensables para asegurar la adecuada coordinación de acciones y, por consecuencia, la integración social.

Además, el sistema de los derechos subjetivos ofrece un ejemplo paradigmático del lugar en el que la paradoja existente entre facticidad y validez puede resolverse. Esto es así porque las normas que integran el sistema de los derechos subjetivos constituyen la síntesis de las dos condiciones requeridas para alcanzar la validez jurídica del derecho: validez social o fáctica, por un lado, y legitimidad, por el otro.

Frente a lo primero, la validez social se determina por la imposición o aceptación que puede esperarse de las normas entre los miembros de la comunidad jurídica, lo que en el derecho se alcanza artificialmente recurriendo a la amenaza de imposición de sanciones externas e institucionalizadas. En este sentido, ya que el incumplimiento de las normas de derecho subjetivo no sólo conlleva la imposición de sanciones jurídicamente definidas, sino que además su cumplimiento puede reclamarse ante los tribunales, entonces éstas gozan del grado suficiente de imposición para que sus mandatos sean aceptados y acatados por todos los miembros de la comunidad jurídica.

En cuanto a lo segundo, la validez jurídica de los derechos subjetivos, desde la perspectiva de la legitimidad de las normas, se apoya en la posibilidad de ser fundamentados racionalmente; es decir, en la viabilidad de exponer discursivamente las razones que sustentan la pretensión de validez normativa de sus enunciados, basado en puntos de vista que quepa considerar como racionales. En la práctica, ante la dificultad para establecer los criterios mediante los cuales puede considerarse que una norma está racionalmente fundamentada, la legitimidad suele ser reconducida al principio democrático, o sea, a términos de procedimiento legislativo. Dicho en otras palabras, la legitimidad de las normas jurídicas que confieren derechos subjetivos termina siendo determinada mediante la verificación del cumplimiento de todos los procedimientos y requisitos jurídicos exigidos para su producción.

El sistema de los derechos subjetivos permite la coordinación de los planes de acción individuales mediante la generación de expectativas, precisamente porque en el proceso de producción de las normas que confieren derechos subjetivos es necesario hacer compatibles las esferas pública y privada de acción. Dicho de otra forma, la coordinación de los planes de acción individuales es posible a través del sistema de los derechos subjetivos, porque las expectativas normativas de comportamiento que se encarnan en esos derechos son el producto de un proceso en el que las acciones estratégicas individuales son definidas y reguladas mediante una acción comunicativa dirigida al entendimiento intersubjetivo. Esto último se hace especialmente

⁹⁷⁶ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 89.

evidente cuando se analiza la validez jurídica de las normas que confieren los derechos subjetivos.

En efecto, recurriendo al concepto de <<*libertad comunicativa*>>, Habermas explica que en el marco de la acción comunicativa existe “*la posibilidad recíprocamente presupuesta..., de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo*”.⁹⁷⁷ O sea, la posibilidad de posicionarse con un sí, o con un no, ante la propuesta comunicativa del otro. Esta libertad comunicativa, entendida como la posibilidad de tomar postura frente a la pretensión de validez entablada con una proposición, tiene aparejada una obligación muy importante, consistente en justificar la posición asumida. Así, esta libertad no se concede a todos los participantes en una acción comunicativa, sino sólo a aquellos que están dispuestos a justificar, de ser necesario, la posición asumida ante la pretensión de validez entablada. Dicho de otra forma, sólo hay libertad comunicativa para aquellos que están dispuestos a presentar *razones* para justificar la posición asumida ante la pretensión de validez entablada con una elocución.⁹⁷⁸

La justificación ofrecida por quien aspira a gozar de libertad comunicativa, como se extrae ya de la definición dada por Habermas, no puede apoyarse en cualquier clase de razones. Por el contrario, éstas deben satisfacer una condición esencial para el éxito de la acción enderezada al entendimiento, cual es que deben estar orientadas al *reconocimiento intersubjetivo*. En pocas palabras, “*sólo pueden contar las razones que puedan ser aceptadas en común por las partes implicadas*”.⁹⁷⁹

A diferencia de quien actúa orientado al entendimiento, quien actúa estratégicamente no busca llegar a acuerdos intersubjetivos con los demás, sino sólo alcanzar su propio éxito personal. El propósito de la acción estratégica es la obtención de fines particulares, y no el entendimiento. De esta manera, la acción estratégica cumple su finalidad y no se necesita llegar a un acuerdo con los demás sobre las razones del comportamiento, sino que basta con disponer de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos individuales, aun a costa de la posición que los demás puedan tomar frente a ello. Por esta razón, para quien actúa estratégicamente no es un problema la cuestión de si las razones de su comportamiento pueden o no ser compartidas por los demás, y por ello tampoco está especialmente obligado a justificarlo. Esto significa, en términos de Habermas, que quien actúa estratégicamente

⁹⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 185.

⁹⁷⁸ Al respecto, ver la explicación y los comentarios al concepto de <<*libertad comunicativa*>> que se encuentra en GÜNTHER, Klaus. *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, pág. 236.

⁹⁷⁹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 185.

está liberado de la obligación de presentar razones orientadas al reconocimiento intersubjetivo para justificar su acción.

Los derechos subjetivos de acción garantizan las libertades subjetivas necesarias, tendientes a que cada individuo pueda satisfacer sus propios intereses. A primera vista, esto parecería indicar que los derechos subjetivos garantizan un modo de actuar estratégico, y que, por consiguiente, para el derecho deberían ser indiferentes las razones que el sujeto pueda tener para hacer uso de la libertad subjetiva que le es conferida. No obstante, para el derecho sí son importantes esas razones, ya que la validez de las normas que confieren derechos subjetivos depende de que hayan sido producidas conforme al principio democrático, el que a su turno es una especificación del principio de discurso. De tal suerte, para la validez de las normas que confieren derechos subjetivos sí es necesario justificar la libertad de acción, que es conferida mediante razones que puedan ser aceptadas en común por todos los miembros de la comunidad política.⁹⁸⁰

Es necesario recordar que conforme al principio democrático, la validez de la norma jurídica depende de que en el proceso legislativo de su producción haya quedado garantizado que todos los sujetos afectados tengan la oportunidad de presentar sin interferencia sus discursos para apoyar o rechazar la propuesta normativa, y, de ser el caso, puedan llegar a un entendimiento racionalmente motivado. Esto supone que de conformidad con el principio democrático, los destinatarios de la libertad de acción conferida por el sistema de derechos subjetivos deben participar a su vez en el proceso de producción legislativa. Ahora bien, como este proceso de producción normativa se rige por un principio de discurso, se deduce que está esencialmente orientado al entendimiento; por consiguiente, a los destinatarios de los derechos subjetivos, como participantes en el proceso de decisión legislativo, también les incumbe la justificación de las normas.⁹⁸¹

*“Conforme al principio de discurso pueden tener validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentimiento de todos los potencialmente afectados si éstos participasen en discursos racionales”.*⁹⁸²

La doble condición de participante en el proceso de producción normativa, y de destinatario de derechos subjetivos de libertad de acción, obliga a los miembros de la comunidad política a alternar sus acciones estratégicas

⁹⁸⁰ Al respecto, GARCÍA AMADO (*La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 20) interpreta que el concepto de validez de Habermas es normativo, en el sentido que *“un derecho sólo cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo”*.

⁹⁸¹ En la teoría de Habermas, esta participación discursiva y autoconsciente en los procesos políticos de producción legislativa es lo que permite que los individuos alcancen la emancipación de las estructuras de dominación existentes en la sociedad, lo cual es el objetivo de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt. (Cfr. RODRÍGUEZ FOUZ, Marta. *La emancipación abreviada. Límites en la teoría social de Jürgen Habermas*, pág. 61).

⁹⁸² HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 194.

orientadas a la realización de sus intereses personales (esfera privada de acción), con acciones comunicativas orientadas al entendimiento intersubjetivo (esfera pública de acción). Así mismo, esta doble condición implica una superposición de la esfera de autonomía pública y la esfera de autonomía privada de los individuos, la cual los hace responsables no sólo de las consecuencias de sus acciones estratégicas a nivel individual, sino también del ejercicio de la libertad comunicativa en el proceso de producción del derecho.⁹⁸³

Al hilo de esta consideración, Habermas sostiene que los derechos subjetivos son la génesis del entrelazamiento entre la forma jurídica y el principio de discurso. Dicho en otras palabras, los derechos subjetivos son el eslabón que une las razones intersubjetivamente compartidas, con las normas jurídicas. En sus propias palabras:

*“El principio de discurso sólo puede adoptar la forma en un principio de democracia o principio democrático, a través del medio que representa el derecho si ambos, es decir, principio de discurso y medio que es el derecho, se ensamblan, entrecruzan, entrelazan el uno con el otro, convirtiéndose en, y desarrollando un, sistema de derechos, que ponga a la autonomía privada y la autonomía pública en relación de superposición recíproca”.*⁹⁸⁴

2.4. Los tribunales

La función principal del derecho, como tantas veces se ha dicho, es asegurar la integración social mediante la coordinación de acciones estratégicas individuales. Para cumplir esa función, el derecho crea expectativas normativas de comportamiento que orientan a los individuos acerca de la forma en que pueden o deben ordenar sus acciones. Lamentablemente, en muchas ocasiones estas expectativas normativas de comportamiento no se cumplen, y ello tiene como consecuencia dos tipos de problemas: *“o bien se trata de la regulación de un conflicto provocado por orientaciones individuales de acción que son incompatibles, o bien de la elección y realización cooperativa de fines colectivos (regulación de conflictos interpersonales versus persecución de fines y programas colectivos)”*.⁹⁸⁵

La solución de los problemas derivados de la incoordinación depende de que el derecho logre estabilizar las expectativas de comportamiento defraudadas. Esta estabilización consiste en garantizar que las expectativas de comportamiento sigan siendo válidas como expectativas, y por consiguiente merecedoras de confianza como criterio de autoorganización del comportamiento por parte de los individuos, a pesar del desengaño que produce su defraudación. Para lograr la estabilización de las expectativas defraudadas, el derecho necesita

⁹⁸³ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, pág. 246.

⁹⁸⁴ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 194.

⁹⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 206.

recurrir a un tipo de consecuencia jurídica que sobrevenga necesariamente al acto de defraudación, y que tenga la propiedad de reafirmar comunicativamente el sentido de la expectativa original. En las sociedades modernas, esta función de estabilización de las expectativas la cumplen las sanciones externas e institucionalizadas previstas normativamente por el derecho, como consecuencia jurídica de la defraudación. En el derecho penal está sanción se denomina pena, y mediante ella se reafirman comunicativamente las expectativas defraudadas con el delito.

Para que las sanciones impuestas puedan estabilizar las expectativas defraudadas, es necesario que ellas adquieran valor de realidad mediante su efectiva aplicación. Dado que el derecho está compuesto por comunicaciones, y sólo por comunicaciones, el resultado de sus operaciones son otras nuevas comunicaciones, las cuales requieren tener algún tipo de repercusión en el mundo sensorialmente perceptible, para no quedarse simplemente en el plano de lo intelectual. Por esta razón, el derecho necesita recurrir a una entidad que pueda materializar, hacer efectivas, las consecuencias jurídicas de la defraudación. Esta entidad debe, en primer lugar, recoger la comunicación producida por las operaciones del derecho en el caso concreto, mediante la elaboración de un texto en el que se haga pública la imposición de la sanción y la declaratoria de validez de la expectativa defraudada. En casi todas las legislaciones esto ocurre mediante la producción de sentencias judiciales. Pero, por otro lado, esa entidad debe también hacer que la comunicación producida por las operaciones del derecho en el caso concreto, adquieran valor de realidad mediante la efectiva aplicación de la sanción a los responsables de la defraudación.

La entidad a la que recurre el derecho para hacer efectivas sus comunicaciones es el Estado; y más concretamente, los órganos judiciales que hacen parte de las instituciones que conforman el “*poder estatalmente organizado*”.⁹⁸⁶ En el marco de la teoría de la acción comunicativa, el concepto de <<*poder*>> adquiere no obstante un sentido especial, y es entendido de dos formas diferentes: como <<*poder comunicativo*>>, y como <<*poder administrativo*>>. Como poder comunicativo, éste no tiene que ver con la “*oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra quienes se resisten a ella, sino con el potencial de una voluntad común formada en una comunicación exenta de coerción*”.⁹⁸⁷ Aquí el poder se conecta con el éxito ilocucionario de las proposiciones, y la posibilidad de persuadir — no de coaccionar— a los demás intervinientes en la comunicación para que modifiquen su opinión o su comportamiento en un sentido determinado.⁹⁸⁸ En

⁹⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 201. Sobre la relación entre derecho y Estado cfr. OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 137.

⁹⁸⁷ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 215.

⁹⁸⁸ Al respecto, ver la explicación y los comentarios al concepto de <<*poder comunicativo*>> de Habermas que se encuentra en GÜNTHER, Klaus. *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, pág. 246. Ver también PREUSS, Ulrich K. *Communicative Power and the Concept of Law*, pág. 323.

términos de Habermas, el poder comunicativo tiene que ver con *“la fuerza de motivación racional propia de la garantía que acompaña a las pretensiones de validez”*.⁹⁸⁹ Como poder administrativo, en cambio, éste sí se conecta con la capacidad fáctica de imponerse e imponer una determinada voluntad. Es decir, con *“la fuerza de motivación empírica aneja a un potencial de sanción contingente asociado con los actos de habla”*.⁹⁹⁰

De acuerdo con la teoría de la acción comunicativa, el derecho es el *“medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo”*.⁹⁹¹ El derecho se forma mediante un proceso regido por el principio de discurso, y en esa medida es producto de una voluntad común racionalmente motivada. La validez del derecho entonces, se funda, se asienta, en el poder comunicativo. Pero luego el derecho necesita también imponerse fácticamente, aun en contra de la voluntad de quienes se resisten a la fuerza persuasiva de las razones en que se apoya el acuerdo que soporta su validez. Por esta razón, el derecho debe transformar el poder comunicativo, sustentado en la fuerza persuasiva de las razones en que se funda su legitimidad, en un poder administrativo que se imponga a quienes se resistan a ajustar su comportamiento a las expectativas normativas que permiten coordinar las acciones en la sociedad.

Para la imposición efectiva de las sanciones que permiten estabilizar las expectativas normativas de comportamiento, el derecho debe recurrir entonces al poder administrativo del Estado. En las sociedades modernas este poder administrativo se encuentra organizado mediante la división en diferentes ramas, cada una de las cuales es ejercida por diferentes órganos al interior del Estado. A esto responde la existencia de una rama ejecutiva, una legislativa y una judicial, y toda la teoría constitucional moderna sobre la distribución de competencias, pesos y contrapesos al interior del Estado.

“Ciertamente, razones pragmáticas sugieren una separación del poder judicial y el poder legislativo, tan pronto como el desarrollo dogmático del derecho y la cientifización de la jurisprudencia tienen por consecuencia una profunda profesionalización de la práctica de las decisiones judiciales”.⁹⁹²

La organización del poder administrativo en las sociedades modernas se consigue sometiendo el Estado al derecho, de tal suerte que *“el poder estatalmente organizado no entra, por así decir, desde fuera para colocarse al lado del derecho, sino que es presupuesto por el derecho mismo y se establece a sí mismo en formas jurídicas”*.⁹⁹³ Debido a este sometimiento al derecho, en el Estado moderno la relación entre derecho y poder es de tal naturaleza que hace necesario diferenciar entre *“el derecho como forma de organización de toda dominación estatalmente organizada que pueda fácticamente afirmarse, y el derecho como condición de legitimidad de precisamente el orden de*

⁹⁸⁹ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 387.

⁹⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 387.

⁹⁹¹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 217.

⁹⁹² *Ibíd.*, pág. 240.

⁹⁹³ *Ibíd.*, pág. 201.

dominación que pueda apelar a la autoridad de leyes justificadas".⁹⁹⁴ Esto significa que la relación entre derecho y poder estatalmente organizado en el Estado moderno es doble: por un lado, el derecho establece la forma de organización y funcionamiento de ese poder, y por otro lado, el derecho es la fuente de legitimidad de ese poder.

En cuanto a lo primero, la moderna noción de Estado de Derecho responde justamente a la idea de que el poder del Estado debe estar sometido al derecho, y ello tiene importantes consecuencias políticas relacionadas con el sometimiento de todos los servidores públicos, y todas las decisiones públicas, a la Constitución y ley. En cuanto a lo segundo, el sometimiento del Estado al derecho juega en las sociedades modernas un papel fundamental como razón de legitimidad del poder, en tanto que el ejercicio del poder se considera legítimo sólo cuando se actúa de conformidad con el derecho. Eso sí, teniendo en cuenta que *"no es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo su vinculación al derecho legítimamente estatuido"*.⁹⁹⁵

"la organización del Estado de derecho, ha de servir en última instancia a la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad que con el sistema de los derechos se ha constituido como la asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica. Las instituciones del Estado de derecho tienen por fin asegurar el ejercicio efectivo de la autonomía política de ciudadanos socialmente autónomos, y ello de suerte que, por un lado, pueda surgir el poder comunicativo resultante de la formación de una voluntad racional y encontrar expresión vinculante en programas legislativos, y que, por otro, este poder comunicativo a través de la aplicación racional y la implementación administrativa de esos programas legislativos, pueda circular a lo largo y ancho de toda la sociedad y — tanto a través de la estabilización de expectativas como de la realización de fines colectivos— pueda desarrollar su fuerza e integración social. Con la organización del Estado del derecho, el sistema de los derechos se diferencia formando un orden constitucional en el que el que es el derecho puede operar como un transformador encargado de reforzar los débiles golpes del flujo sociointegrador de un mundo de la vida comunicativamente estructurado".⁹⁹⁶

Un estudio completo de la organización del poder estatal requeriría como mínimo abordar cada una de las ramas del poder público en cuanto a su estructura y función. Una labor de esa naturaleza desborda sin embargo los propósitos de esta investigación. Por esta razón, de cara a este trabajo únicamente resulta oportuno detenernos a considerar, en sus aspectos fundamentales eso sí, *"el establecimiento de una administración de justicia estatalmente organizada que haga uso del poder de sanción del Estado para decidir autoritativamente los casos de litigio, y de la capacidad de organización del Estado para proteger, desarrollar, perfeccionar y precisar el derecho"*.⁹⁹⁷

El punto de abordaje para el estudio de la racionalidad de la administración de justicia, que es lo que en esencia nos interesa, se halla en la noción de que los jueces y tribunales, como todos los demás órganos que integran el poder

⁹⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 213.

⁹⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 202.

⁹⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 245.

⁹⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 201.

estatalmente organizado, también se encuentran sometidos al derecho. En este caso, como en los demás, el sometimiento al derecho también consiste en la definición de procedimientos y, concretamente, en la determinación de los procedimientos que debe seguir la administración de justicia para asegurar en cada caso el cumplimiento de “los exigentes presupuestos de la comunicación”.⁹⁹⁸ Al fin y al cabo, no debe perderse de vista que la propuesta de la teoría de la acción comunicativa es una teoría discursiva del derecho, la que en gran parte responde a una *racionalidad procedimental*.⁹⁹⁹

*“Parto de que a los sistemas jurídicos que a finales del siglo XX rigen en las democracias de masas, articuladas en términos de Estado social, lo que más se les ajusta es una comprensión procedimental del derecho”.*¹⁰⁰⁰

En efecto, una de las características más importantes de la administración de justicia, frente a las otras ramas del poder estatal, es el tipo de discurso que utiliza.¹⁰⁰¹ De acuerdo con Habermas: “Consideradas las cosas desde el punto de vista de la lógica de la argumentación, la separación de las competencias entre la instancia legisladora, la instancia aplicadora de la ley y la instancia ejecutora de la ley, resulta de la distribución de las posibilidades de recurrir a las distintas clases de razones y de las formas de comunicación que, correspondientemente, esas clases de razones comportan, formas de comunicación que fijan el tipo de trato con esas razones”.¹⁰⁰²

⁹⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 247.

⁹⁹⁹ Acerca del concepto de <<democracia>> como proceso, o mejor, del concepto de <<democracia procedimental>>, puede consultarse a MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 118; ver también ARATO, Andrew. *Procedural Law and Civil Society. Interpreting the radical democratic paradigm*, pág. 26; o también LENOBLE, Jacques. *Law and Undesirability. Toward a new vision of the proceduralization of law*, pág. 37; o también ROSENFELD, Michael. *Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?* pág. 82. Estos dos últimos autores tienen una lectura crítica de la propuesta de Habermas.

Por otra parte, a propósito de este tema de la racionalidad procedimental, es interesante la diferencia que hace Robert Alexy entre la <<justicia procedimental pura>> y la <<justicia procedimental no pura>>. Esta diferencia es explicada por ELOSEGUI (*La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, pág. 59), quien sostiene: “Robert Alexy establece una distinción siguiendo a Rawls, útil en esta discusión, entre distintos tipos de justicia procedimental. Primero entre la justicia procedimental pura (ahí se sitúa a sí mismo Habermas) y la justicia procedimental no pura. Esta última puede ser de dos tipos; justicia procedimental perfecta, cuando se aceptan los resultados del proceso democrático a través de las instituciones establecidas, en otras palabras lo que emane del Parlamento es válido; justicia procedimental imperfecta, se entiende que el proceso en sí mismo no garantiza la justicia, o por ejemplo en el proceso penal, cuando alguien inocente puede resultar condenado y al revés por falta de pruebas procesales formales, o que se pueden tomar decisiones mayoritarias que no sean justas, en este caso por ejemplo el Tribunal Constitucional debería garantizar la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades básicas frente a decisiones del legislativo, junto al proceso hay una referencia al contenido, luego se sustantiviza. Para Habermas esto es contaminar el procedimiento, de ahí su crítica a Rawls”.

¹⁰⁰⁰ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 264.

¹⁰⁰¹ Para mayor información, cfr. ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, pág. 230.

¹⁰⁰² HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 261.

Para hacerse a una comprensión adecuada de la propuesta de Habermas, debe tenerse en cuenta que el órgano legislativo, en cumplimiento del principio de discurso, tiene que asegurarse que en el proceso de producción de las normas jurídicas: *“todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”*.¹⁰⁰³ Esto significa que el órgano legislativo debe apelar a un tipo de *discurso de fundamentación* que permita que cualquier participante en el proceso de producción de normas pueda prestar su asentimiento. Habermas se refiere a este tipo de discursos introduciendo el *principio de universalización*, de conformidad con el cual los argumentos propuestos para la fundamentación de las normas tienen que estar elaborados de tal manera que puedan persuadir de la pretensión de validez implicada en la proposición a cualquier individuo que pudiera participar racionalmente en la discusión.¹⁰⁰⁴

La situación de los órganos judiciales es no obstante distinta, ya que sus decisiones, a diferencia de las del legislativo, no se toman sobre situaciones abstractas e hipotéticas necesitadas de regulación, sino sobre casos concretos y reales. Por esta razón, los jueces y tribunales hacen uso de un tipo de discurso diferente que Habermas denomina, siguiendo a Klaus Günther, *“discurso de aplicación”*, y al cual atribuye la característica de estar orientado por el *principio de adecuación*: se trata de un tipo de discurso en el que los argumentos están orientados a demostrar que las decisiones son una consecuencia jurídica necesaria de la aplicación del derecho vigente.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰³ *Ibíd.*, pág. 172.

¹⁰⁰⁴ Por esta razón, al referirse al concepto de democracia deliberativa en Habermas, SANCHO, Carmen (*Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas*, pág. 205) sostiene: *“En ese proceso los ciudadanos no sólo intercambian ideas y opiniones sobre lo que consideran que es la mejor propuesta política, sino que deben dar razones a favor o en contra de dichas propuestas con el objetivo de alcanzar un acuerdo. Ahora bien, las razones que se presentan no pueden juzgarse verdaderas o falsas, a lo sumo fuertes o débiles, más o menos capaces de conseguir apoyo. Por este motivo, la deliberación se adapta particularmente bien a la naturaleza del debate político que consiste muchas veces en la confrontación entre normas o valores diferentes. Esto no significa que la elección sea arbitraria. Unos valores son más capaces que otros de conseguir la aprobación de una audiencia razonable. Es imposible demostrar su validez pero pueden ser justificados. Y la fuerza de la justificación sólo puede ser medida por la amplitud e intensidad con la que es aceptada. El proceso de deliberación termina con una elección entre las diferentes propuestas. La opción elegida será reflejo de la mayor fuerza de los argumentos que la respaldan. Las razones de la minoría también han sido tenidas en cuenta pero han resultado menos convincentes. Así se cierra un proceso en el que todos han tomado parte, se han analizados las diferentes dimensiones de cada alternativa y libremente se ha decidido. Por eso el resultado es legítimo”*.

¹⁰⁰⁵ Así también lo menciona GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 52. Ver también la explicación que se encuentra en ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, pág. 230. Un estudio crítico de la distinción entre el discurso de fundamentación y el de aplicación puede encontrarse en LENOBLE, Jacques. *Law and Undesirability. Toward a new vision of the proceduralization of law*, pág. 66.

En los discursos de aplicación, el énfasis se encuentra en la determinación de la norma aplicable al caso concreto y en las consecuencias de la aplicación de esa norma frente a los intereses particulares en conflicto, de manera que en estos casos el nivel de abstracción de la norma jurídica debe ceder el paso a consideraciones relacionadas con lo satisfactoria o insatisfactoria que resulta la solución de la controversia. No obstante lo anterior, los discursos de aplicación también deben estar elaborados de manera que la decisión pueda quedar justificada ante cualquier persona, y no sólo ante las partes. Esto quiere decir que los intereses de todos los posibles afectados, inicialmente tenidos en cuenta por el legislador al momento de producir la norma, siguen siendo relevantes también para el juez, pero esta vez sólo como criterio de orientación acerca de la manera en que debe resolver el conflicto de intereses concreto existente entre las partes.

La perspectiva propuesta parte de considerar que los jueces, debido a que hacen parte de una comunidad de interpretación de la que no pueden sustraerse, al momento de fundamentar sus decisiones deben tomar en cuenta las posiciones de todos los demás, y responder discursivamente a todas ellas. A tal efecto, en el proceso de argumentación deben asumir todas las perspectivas que sean posibles en su comunidad de interpretación, y ofrecer razones a favor de su decisión desde cada una de ellas.¹⁰⁰⁶ Por esta razón, los discursos de aplicación, regidos por el principio de adecuación, requieren la conciliación, articulación y conexión de la perspectiva particular de los interesados en el conflicto, por un lado, y la perspectiva colectiva de todos los demás miembros de la comunidad política que podrían llegar a encontrarse algún día en esa misma circunstancia, por el otro.

*“En los discursos jurídicos de aplicación ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas propuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes. Este tipo de discurso exige una constelación de roles en la que las partes (o, en su caso, las autoridades estatales encargadas de hacer las correspondientes diligencias) puedan presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante un juez como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente, y además una distribución de competencias conforme a la que el tribunal ha de justificar su sentencia ante un espacio público jurídico ilimitado en principio”.*¹⁰⁰⁷

Ahora bien, debido a que los discursos de aplicación requieren de esta alternancia de perspectivas, el sistema del derecho demanda que las decisiones judiciales sean producidas en contextos en los que existan garantías suficientes de imparcialidad. Sólo en condiciones en las que el órgano encargado de adoptar la decisión puede desprenderse de los intereses particulares, para tomar una decisión sobre el conflicto en calidad de tercero ajeno que actúa como representante de la comunidad, es posible llevar a cabo

¹⁰⁰⁶ En una exigencia semejante yace a mi juicio la contraposición entre la facticidad y la validez que tanto preocupa a Habermas, ya que como él mismo admite, la posibilidad de llegar al entendimiento racionalmente motivado de todos los participantes sobre el argumento que legitima el derecho, es una suposición contrafáctica. Sobre este tema ver POWER, Michael K. *Habermas and the Contrafactual Imagination*, pág. 207.

¹⁰⁰⁷ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 240.

un esfuerzo argumentativo auténtico para conciliar las perspectivas pública y privada, en una solución que sea satisfactoria tanto para las partes involucradas como para la sociedad en general.¹⁰⁰⁸ La forma en que el derecho busca garantizar esas condiciones de asepsia para la toma de decisiones judiciales, es mediante la autoorganización del sistema de toma de decisiones, autoorganización que en la práctica se traduce, para el caso de las sociedades modernas, en la producción de un derecho para la producción del derecho, o sea, en la creación de reglas de procedimiento para la producción de decisiones judiciales.

De acuerdo con lo anterior, la fundamentación de las decisiones judiciales es una condición necesaria, mas no suficiente, para su validez jurídica (en términos de legitimidad). A la sazón, la legitimidad no depende sólo de que exista una fundamentación racional para la decisión, sino también del hecho de que los órganos judiciales puedan disfrutar de las condiciones requeridas para asegurar la posibilidad de tomar en consideración todas las perspectivas posibles. En una palabra, su imparcialidad. Por esta razón, en las sociedades modernas una parte del ordenamiento normativo se dedica a establecer los procedimientos que deben seguirse para que las decisiones judiciales puedan fundamentadas adecuadamente.

Al respecto, y siguiendo una larga tradición jurídica todavía vigente, Habermas presupone en su teoría la posibilidad de distinguir entre normas primarias, que regulan comportamientos, y normas secundarias, que regulan la producción del derecho. La existencia de normas jurídicas que regulan la producción del derecho, o sea, de un derecho acerca de la producción del derecho, es una evidencia de que éste es un proceso en el que el propio derecho determina lo que es derecho. Pero además, también es una evidencia de que las sociedades modernas reconocen que en la práctica el problema de la validez del derecho está estrechamente ligado a la observancia de los procedimientos para la producción de las normas: sólo es derecho lo que se produce a través de las formas y procedimientos establecidos por el propio derecho.

Desde la perspectiva de la teoría de la acción comunicativa, fundamentación y procedimiento son entonces los dos presupuestos de legitimidad de las decisiones judiciales: una decisión racionalmente motivada que sea producida con violación de los procedimientos judiciales no es válida como derecho; y, a la inversa, una decisión producida conforme a los procedimientos jurídicos preestablecidos, que sin embargo se fundamente de forma incoherente, no es legítima. El reto al que se enfrenta la teoría de la acción comunicativa consiste en explicar cómo se articulan estos dos elementos en la producción del derecho por los órganos judiciales.

¹⁰⁰⁸ Así lo interpreta también GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 55.

Otras teorías precedentes habían intentado un objetivo semejante desde diferentes perspectivas. Habermas, por ejemplo, reconoce la importancia que han tenido las aportaciones de Ronald Dworkin para la elaboración de una teoría sobre la reconstrucción racional del derecho a partir del estudio de la racionalidad en la práctica de las decisiones judiciales. Así, entre las contribuciones más importantes de esta teoría, Habermas reconoce el haber ayudado a superar la antigua exigencia de absoluta coherencia y acoplamiento entre la decisión judicial y la totalidad del ordenamiento jurídico. La obra de Dworkin ha permitido aclarar que una decisión a tal grado perfecta sólo sería posible si tuviéramos al alcance *“un juez cuyas facultades intelectuales pudieran medirse con las fuerzas físicas de Hércules”*,¹⁰⁰⁹ lo que de ninguna manera es un enfoque realista de la práctica judicial. En lugar de esto, ese autor habría tratado de elaborar una exigente teoría que ayudase a “Hércules” a reconstruir racionalmente el derecho vigente, a partir de la reconciliación de los casos pasados con los requisitos de aceptabilidad de las pretensiones de validez en el presente; es decir, una teoría que *“permitiese fundamentar las decisiones particulares a partir del contexto coherente del derecho vigente racionalmente reconstruido”*.¹⁰¹⁰

No obstante, Habermas cuestiona el hecho de que en las teorías propuestas hasta ahora siempre se ha partido, consciente o inconscientemente, del supuesto de que la actividad judicial es cumplida por un juez que actúa solo, de manera monológica. Para la teoría de la acción comunicativa sería necio intentar negar que el juez es miembro de una comunidad en la que la búsqueda del conocimiento es una empresa colectiva, y en la que, por tanto, el proceso de aprendizaje entre individuos que interactúan de forma cooperativa es continuo: *“El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos”*.¹⁰¹¹ Por esta razón, la teoría de la acción comunicativa sostiene que para reconstruir convincentemente la racionalidad de las decisiones judiciales, y ofrecer una teoría adecuada que permita asegurar su legitimidad, *“Hércules podría entenderse como parte de la comunidad de interpretación que son los profesionales del derecho y habría de dejarse guiar en sus interpretaciones por los estándares de práctica interpretativa reconocidos en la profesión”*.¹⁰¹²

Lamentablemente, apenas acabando de exponer la propuesta en sus líneas más generales, aparece de inmediato un obstáculo en ningún caso insignificante, y es que observado en su dimensión práctica, en el proceso judicial no parece haber algo parecido a una búsqueda cooperativa de conocimiento, antes bien, lo que se observa allí es la competición entre varias partes, cada una de las cuales ofrece los argumentos que estima necesarios y

¹⁰⁰⁹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 282.

¹⁰¹⁰ *Ibíd.*, pág. 281.

¹⁰¹¹ *Ibíd.*, pág. 295.

¹⁰¹² *Ibíd.*, pág. 295.

oportunos para alcanzar estratégicamente sus objetivos judiciales. Dicho de otra manera, la forma de argumentar al interior del proceso judicial no parece responder a la lógica de las acciones orientadas al entendimiento, sino más bien al de las acciones estratégicas, de allí que resulte sumamente sugerente el que Habermas se proponga explicar el proceso judicial en términos de la acción comunicativa.

La solución a esta dificultad consiste en enfocar la validez de la decisión judicial desde una perspectiva diferente. En lugar de hacerlo desde la perspectiva del contenido de los argumentos, la teoría de la acción comunicativa propone hacerlo desde el punto de vista del procedimiento de argumentación, de manera que no se trata ya de elaborar una teoría para determinar qué tipo de razones son válidas como fundamento de las decisiones, sino una para establecer cuál es el procedimiento argumentativo que puede legitimarlas.

Al efecto, es importante mencionar que para la teoría de la acción comunicativa *“los argumentos son razones que en condiciones discursivas sirven a desempeñar una pretensión de validez entablada con un acto de habla regulativo y que se mueve racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos”*.¹⁰¹³ El valor de las razones, en consecuencia, no depende sólo de su sentido semántico, sino también del papel que cumplen en el juego argumentativo. En este sentido, la bondad de las razones está directamente relacionada, por un lado, con la manera en que éstas se articulan mutuamente en el contexto de un discurso, y por otro, con el peso de sus aportaciones a la fuerza de motivación que tiene el argumento, para que la pretensión de validez que es entablada con la proposición sea susceptible de aceptación mediante un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado entre todos los participantes.

“Qué sea una <<buena razón>>, es algo que sólo se muestra en el papel que esa razón ha desempeñado dentro de un juego argumentativo, es decir, en la aportación que, conforme a las reglas de ese juego argumentativo, esa razón ha hecho en orden a decidir si una pretensión de validez controvertida debe aceptarse o no. El concepto de una racionalidad procedimental, extendida a la dimensión pragmática que representan una regulada competición entre argumentos y un regulado intercambio de argumentos, permite entonces complementar las propiedades semánticas de las razones mediante las propiedades (que indirectamente contribuyen a construir validez) de un dispositivo o medio (discurso), que es donde puede actualizarse el potencial de motivación racional que las buenas razones comportan. El vacío de racionalidad que se abre entre la fuerza meramente plausibilizadora que un argumento <<sustancial>> particular (<<sustancial>> en el sentido de Toulmin) posee y la secuencia de tales argumentos en principio siempre incompleta, por un lado, y la incondicionalidad de la pretensión de poder acertar con una <<única>> solución <<correcta>>, queda idealiter cubierto por el procedimiento argumentativo de búsqueda cooperativa de la verdad”.¹⁰¹⁴

La propuesta de abordar el estudio de la validez de las decisiones judiciales desde la perspectiva del procedimiento de argumentación tiene la bondad de fusionar, en una misma teoría, los puntos de vista discursivo y procedimental

¹⁰¹³ *Ibíd.*, pág. 297.

¹⁰¹⁴ *Ibíd.*, pág. 299.

del derecho: ya no se aborda la cuestión desde la perspectiva del discurso **o** desde la perspectiva del procedimiento, sino desde la perspectiva del procedimiento discursivo, o sea, una visión integradora de discurso **y** procedimiento. Por esta razón, Habermas subraya que el procedimiento judicial puede ser comprendido como una autoorganización del sistema jurídico, en lo tocante a la regulación del juego argumentativo en el litigio; es decir, el procedimiento puede ser entendido como el conjunto de reglas para la competición e intercambio de argumentos en el contexto de un proceso judicial, en orden a la fundamentación racional de una decisión en términos de aplicación y/o adecuación del derecho.

*“una teoría discursiva del derecho que hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación. Esta teoría se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme al cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación del mismo”.*¹⁰¹⁵

Además, enfocar el procedimiento judicial como el sistema de las reglas para la argumentación, deja realmente a salvo la teoría de cualquier compromiso frente a posturas de naturaleza política, moral, religiosa, etc. Una de las ventajas de la propuesta de Habermas es que *“el conjunto de normas procedimentales posibilita e institucionaliza discursos de aplicación, pero sin poder normar la argumentación como tal”*.¹⁰¹⁶ Es decir, el derecho procesal sólo establece las reglas de argumentación, sin privilegiar algún tipo de argumento en razón de su contenido o sentido, lo cual es muy positivo cuando se trata de construir una teoría que haya de funcionar en el marco de sociedades altamente diferenciadas y pluralistas. Por esta razón, la propuesta de la teoría de la acción comunicativa asegura que el derecho esté abierto a razones de cualquier procedencia (moral, religiosa, política, sociológica, económica, médica, psiquiátrica, etc.), valorándolas únicamente en función de la labor que cumplan en el juego argumentativo y del peso de su aportación a la fuerza persuasiva del argumento.

*“Pues el derecho procedimental o procesal no regula la argumentación jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal, social y objetivo el marco institucional para decursos de comunicación que así quedan libres, es decir, que así pueden producirse, los cuales sólo obedecen a la lógica interna de los discursos de aplicación”.*¹⁰¹⁷

Finalmente, no debe olvidarse que las reglas de procedimiento son elaboradas a través de un proceso legislativo que, por estar regido por el principio de discurso, debe llevarse a cabo mediante acciones orientadas al entendimiento sobre la forma de regular situaciones hipotéticas y abstractas. Debido a esta circunstancia, las reglas de procedimiento no privilegian la postura de alguna de las partes, y por el contrario canalizan las actitudes procesales estratégicas de cada una de ellas hacia la búsqueda cooperativa de argumentos para la

¹⁰¹⁵ *Ibíd.*, pág. 297.

¹⁰¹⁶ *Ibíd.*, pág. 246.

¹⁰¹⁷ *Ibíd.*, pág. 307.

producción de una decisión adecuada al derecho. De tal manera, el carácter estratégico de los argumentos por medio de las cuales cada una de las partes busca alcanzar sus propios fines judiciales, no sólo no se opone a una teoría discursiva del derecho, sino que, por el contrario, parece enriquecerla, como quiera que ello estimula la controversia necesaria para el afloramiento de nuevas perspectivas, nuevos enfoques, nuevas razones y, finalmente, nuevos argumentos.

2.5. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa a esta investigación:

- i) En el marco de esta racionalidad que comprende a la sociedad como un sistema de comunicaciones, el derecho es entendido como un sistema de comunicaciones producidas en el contexto del procesamiento de expectativas normativas de comportamiento. De acuerdo con un sector importante de la doctrina sociológica contemporánea, la principal función del derecho es asegurar que las expectativas normativas de comportamiento sigan siendo válidas al menos como expectativas, a pesar de su posible o segura defraudación.
- ii) En relación con el problema de la estabilización de la validez del derecho, la propuesta de Habermas se resume en la idea de que sólo son válidas aquellas normas respecto de las cuales todos los posibles afectados pudieran prestar su asentimiento como participantes en un discurso racional. Habermas llama a este principio de validez: <<principio de discurso>>.
- iii) Habermas sostiene que el principio de discurso no es suficiente para poder estabilizar la validez del derecho. Por esta razón, en las sociedades altamente diferenciadas el principio de discurso se concreta en el <<principio democrático>>. A la luz del este último principio, la validez de las normas depende de que sean producidas mediante un procedimiento que permita una interacción comunicativa libre de coacciones entre todos los posibles afectados, el cual asegure además la posibilidad de obtener de un entendimiento intersubjetivo a través del puro intercambio de razones.
- iv) De acuerdo con Habermas, la estabilización de la validez de las normas jurídicas en las sociedades altamente diferenciadas se alcanza mediante la instauración de un procedimiento para la producción del derecho que satisfaga el principio democrático.

- v) Para resolver el problema de la validez de las decisiones judiciales, Habermas recurre al carácter “reflexivo” del derecho, de acuerdo con el cual el sistema jurídico contiene reglas secundarias que determinan la forma de producción de reglas primarias. En este sentido, la validez de las decisiones judiciales se estabiliza asegurando que sean producidas mediante un procedimiento seguido conforme a normas que a su vez puedan ser consideradas como válidas.
- vi) Afirmar que la validez de las decisiones judiciales depende de que estas sean producidas mediante un procedimiento seguido conforme a normas que a su vez puedan ser consideradas como válidas, podría llevar a declarar la validez de decisiones judiciales incoherentes o con consecuencias prácticas inaceptables. Para resolver este problema, Habermas propone que el procedimiento de producción de las decisiones no debe ser entendido únicamente como un procedimiento judicial, sino también como un procedimiento argumentativo. Visto de esta forma, la validez de las decisiones depende de que el procedimiento no sólo satisfaga las disposiciones previstas en las normas que lo regulan, sino que además cumpla las condiciones discursivas mínimas necesarias para que la decisión pueda ser fundamentada racionalmente en términos de aplicación del derecho. De esta manera, es indispensable que el procedimiento garantice el libre intercambio y competición de argumentos en términos de igualdad de oportunidades para todos los participantes en el debate, y que asegure la posibilidad de que el juez pueda adoptar al momento de la fundamentación una actitud comunicativa, la cual haga posible que la decisión sea aceptada no sólo por los participantes en el debate, sino también por cualquier otro miembro de la comunidad de interpretación.

3. *Aportación de la teoría de los sistemas sociales.*

No hay duda de que la teoría de la acción comunicativa —aunque así expuesta, en líneas tan generales— ofrece un horizonte de investigación muy sugerente para las ciencias sociales. En el derecho, por otra parte, su capacidad de rendimiento para asumir antiguos problemas desde nuevas perspectivas está aún por explorar. Sin embargo, no sería juiciosa esta investigación si desestimásemos las aportaciones provenientes de otras perspectivas sociológicas tan importantes como la teoría de los sistemas sociales, la que intentaré abordar a continuación.

Lo anterior, no sin antes advertir que, como el propósito de este trabajo no es la realización de un estudio comparativo entre las diferentes perspectivas sociológicas de la teoría del derecho, en lo que sigue me limitaré a hacer una presentación, eminentemente descriptiva, de aquellos elementos de la teoría de sistemas que considero oportunos para los fines de esta investigación, de tal manera que el lector no puede, ni debe, esperar encontrar una exposición

rigurosamente detallada y completa de esta teoría. Aún más, debe entender que la siguiente presentación no puede escapar a las vicisitudes propias de la interpretación de los textos, a pesar de que se ha intentado ser lo más cuidadoso posible en respetar la idea original del autor. La riqueza y complejidad de esta teoría excede en mucho las limitaciones de este trabajo, y por eso me remito sólo a aquellos elementos que nos ofrece para abordar, desde un nuevo enfoque, la problemática de la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental.

3.1. Lineamientos generales de la teoría del sistema de la sociedad:

El método adecuado para el estudio verdaderamente científico de los fenómenos sociales continúa siendo objeto de una ardua discusión entre los sociólogos.¹⁰¹⁸ No obstante, parece existir consenso respecto a que la lógica causalista, de corte mecanicista, no sirve para alcanzar una comprensión adecuada de los fenómenos sociales, la cual sólo se adquiere cuando se logra acceder a su dimensión de sentido.

La sociología contemporánea entiende que es inútil intentar explicar, en términos causales, los fenómenos socialmente relevantes. Ello es así porque esos eventos ocurren en medio de *“un mundo caracterizado tanto por la supra-determinación como por la infra-determinación, esto es, caracterizado por el hecho de que existen numerosas causas y numerosos efectos que flotan por los alrededores y que no contienen una relación definida entre ellos”*.¹⁰¹⁹ Dado lo anterior, una alternativa razonablemente convincente para abordar el estudio de los fenómenos sociales es la de enfocarlo desde la perspectiva de la manera en que las relaciones que ellos traban entre sí, en un determinado contexto, es capaz de dotarlos de sentido. Una forma plausible de emprender un estudio este tipo consiste en identificar y seleccionar, de entre la constelación de todas las relaciones que el fenómeno guarda con los demás acontecimientos socialmente relevantes, aquellas que resultan más significativas. Ya no se trata de desentrañar la manera en que el fenómeno es causa o efecto de otro, sino de establecer cómo se relaciona con otros fenómenos en determinados contextos, y cómo estas relaciones y contextos lo dotan de significación social.

Un criterio plausible de selección de las relaciones relevantes es el *“condicionamiento”*.¹⁰²⁰ Al ocuparse del condicionamiento, la sociología deja a

¹⁰¹⁸ Una referencia a las diferencias entre la metodología funcionalista de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, y la metodología funcionalista de la teoría del sistema de la sociedad de Luhmann, puede encontrarse en RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 235 y ss.

¹⁰¹⁹ BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?*, pág. 4

¹⁰²⁰ *“Control significa establecer una causalidad para asegurar la comunicación, es decir, consiste en reducir los grados de libertad en la auto selección de los sucesos. Es por ello que la noción de <<condicionamiento>> es una de las más importantes en el campo de la teoría de*

un lado la preocupación por las causas y los efectos de los fenómenos, y pone el acento en la manera en que éstos pueden influir los unos sobre los otros.¹⁰²¹ El *condicionamiento* es un tipo de relación por virtud de la cual un fenómeno determina a otro a ser así, y no de otra manera. Lo característico de las relaciones de condicionamiento, frente a las de causalidad, es que no dependen de que se pueda establecer que un fenómeno es causa de otro; o sea, se hace abstracción de los mecanismos causales que explican la existencia de los fenómenos, y se concentra en la forma en que un fenómeno influencia a otro a ser de determinada manera. Las relaciones de condicionamiento, a diferencia de las de causalidad, son independientes de los mecanismos que hayan desatado el curso causal que condujo a la producción del fenómeno, ya que lo importante son los factores debido a los cuales éste es determinado a ser de cierta manera.

Además, las relaciones de condicionamiento son de doble vía. Mientras en la relación de causalidad la influencia de un fenómeno sobre el otro es unidireccional, o sea, uno determina la existencia del otro, y no al revés, en las relaciones de condicionamiento la influencia puede llegar a ser recíproca. Cuando un fenómeno condiciona a otro a ser de determinada manera, se expone a su vez a ser condicionado por éste. Es decir, la distribución de los roles de condicionante y condicionado entre ellos no es estática, sino que puede alternarse.

El potencial explicativo de las relaciones de condicionamiento depende, sin embargo, de un elemento adicional: *la comunicación*. Para desvelar y comprender la manera en que uno o varios sucesos pueden condicionar a otro (o condicionarse recíprocamente), dotándolo de un significado específico dentro de un contexto particular, es necesario investigar cómo se produce la comunicación que hace posible ese condicionamiento.¹⁰²² Desde una perspectiva como esta, el estudio de la comunicación estaría en condiciones de enseñarnos cómo adquieren sentido los fenómenos en nuestra sociedad.

Una propuesta como la acabada de esbozar se enfrenta, sin embargo, a una dificultad relacionada con la complejidad de los fenómenos sociales.¹⁰²³ La

sistemas. El condicionamiento se da en cuanto se introduce una distinción que separa un subconjunto de posibilidades, por un lado, y un observador forzado a elegir, por otro. BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?*, pág. 5

¹⁰²¹ “El concepto de condicionamiento, concepto central de la teoría de sistemas, se basa en la relación entre elementos”. LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 65.

¹⁰²² “Con otras palabras, la comunicación significa no estar seguro respecto de las causas y de los efectos. En el momento en el que la comunicación entra en juego, se tiene que esperar a que las causas produzcan sus efectos, y a que los efectos sean producidos por las causas. La comunicación es ese concepto que aparece en cuanto se toma en serio la afirmación de Gregory Bateson de que << la causa no es el efecto >>. Esto significa que algo va a ocurrir para que la causa produzca su efecto y para que el efecto sea producido por la causa”. BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?*, pág. 4

¹⁰²³ Ver AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 90; o

cantidad y variedad, tanto de fenómenos como de relaciones entre ellos, lanza a la sociología a una constelación de sucesos que, a primera vista, se nos presenta como un universo caótico, anárquico e inconmensurable.¹⁰²⁴ Observados desprevenidamente, sin prejuicios ni preconociones, los acontecimientos socialmente relevantes, y la sociedad misma, no parece seguir un orden predeterminado. Visto de esta forma, no percibimos más que sucesos individuales, aparentemente desconectados y sin orden.¹⁰²⁵

En 1984, Niklas Luhmann publicó su trabajo titulado “*Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*” (*Soziale Systeme. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie*), en el cual propone una tesis bastante sugerente acerca de la manera en que podría abordarse el estudio de la sociedad. Luhmann sostuvo que a pesar de ese aparente caos y desorden, de esa significativa cantidad y variedad de fenómenos y relaciones, algo tan complejo como la sociedad podría estudiarse racionalmente a partir de una aplicación de la teoría general de sistemas.¹⁰²⁶

también OLMEDO FERNÁNDEZ, Elena. et al. *De la Linealidad a la Complejidad: hacia un nuevo paradigma*, pág. 73.

¹⁰²⁴ “Por su carácter el mundo se parece a un caos eterno; ello no se debe a la ausencia de necesidad, sino a la ausencia de orden, de encadenamiento, de formas, de belleza y de sabiduría”. (NIETZSCHE. *La Gaya Ciencia...* §109).

¹⁰²⁵ “El mundo no busca en absoluto imitar al hombre, ignora toda ley. Abstengámonos de decir que existen leyes en la naturaleza. El conocimiento ha de luchar contra un mundo sin orden, sin encadenamiento, sin belleza, sin sabiduría, sin armonía, sin ley. El conocimiento se relaciona con un mundo como éste y no hay nada en él que lo habilite a conocer ese mundo, ni es natural a la naturaleza ser conocida”. (FOUCAULT, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, pág. 24).

¹⁰²⁶ Lo que modernamente se conoce como la <<teoría general de sistemas>>, puede definirse como “aquel cuerpo de hipótesis, principios y modelos que se desprenden del movimiento iniciado casi simultáneamente en las décadas de los 1930 a 1950 por von Bertalanffy en Biología, Rapoport en Matemáticas, Wiener y Asbhy en Cibernética, Shanon y Weaver en Teoría de la Información, K. Bouilding en Economía y otros como von Neumann y Morgenstern con su Teoría de los Juegos y H. L. Hazen y Gordon Brown con sus Teorías sobre los Servomecanismos. Este movimiento, iniciado oficialmente con la histórica creación de la Sociedad para Investigación de Sistemas Generales, en 1954, bajo la iniciativa de von Bertalanffy, Bouilding y Gerard, se ha continuado a través de la producción de una ingente literatura en todos los campos del saber. Bastaría examinar, por ejemplo, la referencia bibliográfica confeccionada por G. Klir, la cual, en 1977, constaba ya de más de 1.400 títulos” (PARRA LUNA, Francisco. *¿Para qué sirve la teoría de sistemas en sociología?*, pág. 78). Para una reflexión acerca de la manera en que las teorías sobre la información, la ingeniería de los sistemas computacionales, la cibernética, la inteligencia artificial y otros campos de las llamadas “nuevas tecnologías” son absorbidas e integradas en la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, puede consultarse WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann’s system theory*, pág. 1.732. Para un estudio comparativo entre los presupuestos de la teoría crítica y la teoría de sistemas, consultar MÁS TORRES, Salvador. *Teoría Crítica y Teoría de Sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Lunmann*, pág. 107.

La idea de un sistema,¹⁰²⁷ y de la construcción de un sistema para la ordenación de una parte del conocimiento, se remonta como mínimo al siglo XVII.¹⁰²⁸ Sin embargo, en aquel entonces “se consideraba el sistema como medio de orden y clasificación y, de este modo, como medio para asegurar y fundamentar los conocimientos, pero no sin más también como realidad”.¹⁰²⁹ La idea de sistema no sólo servía como técnica para ordenar y clasificar la materia, sino que era también uno de los presupuestos fundamentales del conocimiento científico. Es decir, se intentaba organizar el conocimiento como un sistema, no sólo en procura de mayor racionalidad, sino porque en realidad se pensaba que el mundo era en sí mismo un sistema, y que parte de la labor de la ciencia era desentrañar el orden y las leyes que rigen ese sistema. Por esta razón, como reconoce un importante sector de la doctrina, “los sistemas, en realidad, nunca han tenido buena prensa. Parecen sugerir que existe más

¹⁰²⁷ “Digamos también en seguida que un sistema se puede definir como un conjunto de elementos en interacción donde la modificación de uno de ellos afecta al todo y donde se postula que no es posible conocer la parte sin una referencia a la totalidad, al tiempo que el conjunto así formado no coincide con la mera suma de sus partes. Existen, pues, las partes y algo más que es lo que se conoce por «hipótesis de la emergencia» o, en otras palabras, de la interacción entre el elemento a y el elemento b emerge una relación R que no estaba individualmente ni en a ni en b”. (PARRA LUNA, Francisco. *¿Para qué sirve la teoría de sistemas en sociología?*, pág. 79).

¹⁰²⁸ “La idea del sistema había sido traspasada a principios del siglo XVII de la astronomía y la enseñanza de la música a la teología, la filosofía y la jurisprudencia, en estrecha relación con el problema de la certeza de la discusión teológica y del naciente confesionalismo, y lo había sido en un principio como medio para el orden técnico de la enseñanza, después de que las cuestiones centrales de la contingencia y de la certidumbre de la fe se habían mostrado insolubles al nivel de la discusión conceptual de la escolástica” (LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 18).

¹⁰²⁹ LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 17. Al respecto, OLMEDO FERNÁNDEZ, et al. (*De la Linealidad a la Complejidad: hacia un nuevo paradigma*, pág. 75) han señalado que “La aplicación del paradigma newtoniano al análisis del mundo lo reduce a mecánica simple aunque la complejidad del mundo sea evidente. Por otro lado, el éxito del paradigma newtoniano es innegable, y prueba de ello es el desarrollo de la ciencia y tecnología moderna. Que tenga límites no implica que no funcione en un determinado ámbito sino que son precisamente estos límites los que dan lugar al concepto de Complejidad. La ciencia trabaja combinando la observación de la realidad con algún tipo de actividad inductiva para obtener generalizaciones a partir de esta observación. En definitiva, con el método científico se relaciona el mundo real (o sistema natural) con el mundo de las ideas (sistema formal), codificando el sistema natural en otro sistema, desarrollado por el investigador, que es el sistema formal. Se trabaja con este sistema formal hasta conseguir que represente adecuadamente el sistema natural. Entonces se decodifica el sistema formal para verificar si representa o no adecuadamente el fenómeno natural observado. Si este esquema funciona, se obtiene un modelo del mundo real. El problema con el que nos encontramos es que, debido a que el mundo es complejo, el sistema formal no va a poder capturarlo por completo, y por eso no puede representarlo adecuadamente. Durante mucho tiempo, el sistema formal adecuado fue el proporcionado por el paradigma newtoniano, y esto fue tanto así que el mismo paradigma reemplazó al mundo real: el sistema formal tomó el lugar del sistema natural. Pero conforme los problemas fueron examinados con mayor profundidad, hubo aspectos que el paradigma newtoniano no explicaba adecuadamente, y que por tanto necesitaban una explicación diferente. Aquí es donde nace el concepto de complejidad”.

orden y razón en el mundo del que ninguno de nosotros estamos dispuestos a admitir y aceptar".¹⁰³⁰

Además, en sus comienzos, la idea de sistema operaba en ausencia de una teoría general de sistemas bien acabada, lo cual privaba a la teoría del conocimiento hasta entonces vigente de criterios fijos y definitivos para la clasificación y ordenación de la materia. Los pensadores de los siglos XVII y XVIII, en su mayoría relacionaron la idea de sistema con la *"exigencia de una gran libertad de disposición al organizar la materia según el criterio de las leyes internas del sistema analítico"*.¹⁰³¹ En otras palabras, operaron con la idea de que el *"sistema no era más que el fruto de la clasificación basada en puntos de vista aceptados"*,¹⁰³² lo cual propiciaba la coexistencia de multiplicidad de sistemas para la ordenación de una misma materia, y con ello un excesivo relativismo en la estructura del conocimiento.

Las pretensiones de veracidad y universalidad de las ciencias naturales impulsaron a principios del siglo XIX la necesidad de introducir una teoría acabada, que sirviera de correctivo frente al relativismo existente. A tal efecto, fue necesario proponer una teoría en la cual los criterios de sistematización no dependieran del observador, sino del objeto misma materia de ordenación y clasificación.¹⁰³³ Desde entonces aparece en la agenda de la teoría de sistemas, como propósito prioritario, *"situar en el mismo objeto lo que se entendía por orden, organización y sistema, y a fundamentar su propia sistemática a partir del objeto"*.¹⁰³⁴ En la actualidad Luhmann, en varios apartes de su obra, se declara de acuerdo con esta línea de pensamiento y sostiene que el método adecuado para extraer del objeto los criterios para la construcción del sistema es el *análisis funcional*.¹⁰³⁵

¹⁰³⁰ BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?*, pág. 3. Al respecto, debe subrayarse que *"La principal acusación de Niklas Luhmann contra las categorías de la sociología clásica es la de su tosquedad y simpleza. En su opinión, cuando las teorías sociológicas analizan la realidad, tienden a no respetar su desbordante complejidad y a optar por cómodas simplificaciones. Un buen ejemplo de esta actitud crítica pueden ser sus embates contra lo que ha llamado la «doctrina clásica de la organización racional-teleológica», fundada en las ideas de un poder directivo, indicador de fines, y de jerarquías rígidas, indicadoras de medios"*. (IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*, pág. 230). Para una síntesis de las diferentes críticas que se erigen en contra de la aplicación de la teoría general de sistemas en sociología, consultar PARRA LUNA, Francisco. *¿Para qué sirve la teoría de sistemas en sociología?*, pág. 80.

¹⁰³¹ LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 18.

¹⁰³² *Ibíd.*, pág. 18.

¹⁰³³ Ver AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 90.

¹⁰³⁴ LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 17. *"Más bien se puso de manifiesto a principios del siglo XIX, con la aparición de perspectivas evolucionistas e históricas también en otras disciplinas, ante todo la biología, que un análisis funcional del objeto anulaba la arbitrariedad y carácter hipotético (en el viejo sentido de Newton) de la sistematización clasificante"*.

¹⁰³⁵ En este mismo sentido, cfr. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191. Sobre las nuevas perspectivas

Como él lo entiende, el análisis funcional no pretende ofrecer soluciones a los problemas que en cada área del conocimiento ocupan a la ciencia, sino nuevas perspectivas desde las cuales abordarlos.¹⁰³⁶ El análisis funcional es una *técnica teórica* para la producción de nueva información, con la cual puede abrirse el espectro de posibilidades para la solución de problemas.¹⁰³⁷ El análisis funcional investiga las diferencias, las compara y las constituye en distinciones, aumentando de esa forma la cantidad de información de la que disponemos sobre el objeto de estudio. La nueva información ha de permitir al investigador adquirir nuevas perspectivas del problema, y ofrecer soluciones iguales o mejores pero, en todo caso, distintas: “*equivalentes funcionales*”. Aunque la capacidad de producción de nuevo conocimiento de este método no es segura, el análisis funcional permite, por lo menos, poner a prueba nuestro conocimiento actual y, por esa vía, darle un mejor fundamento.¹⁰³⁸ Así las cosas, el valor agregado del método funcional estaría entonces dado, por un lado, por la resultante de los excedentes de información producidos a través de la identificación y comparación de diferencias —en la medida que se constituya en distinciones que puedan articularse en una teoría más amplia y completa sobre el objeto—, y por otro, por la generación de nuevas ideas a través del uso del ingenio y la imaginación del investigador para el hallazgo de equivalentes funcionales.¹⁰³⁹ En su dimensión práctica, el conocimiento generado por este método debe estar en condiciones de ofrecer nuevas y mejores perspectivas a los problemas investigados, gracias a que la generación de nueva información debe facilitar la identificación de equivalentes funcionales para su solución.

“El análisis funcional utiliza el proceso del relacionar con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo distinto como comparable. Relaciona lo dado, sean estado o sean acontecimientos, con puntos de vista del problema e intenta hacer comprensible y concebible que el problema pueda ser

metodológicas de la sociología, puede consultarse MARTÍN SERRANO, Manuel. *Perspectivas que ofrecen los nuevos modelos de investigación para las ciencias sociales*, pág. 7.

¹⁰³⁶ Sobre este punto es interesante la explicación que puede encontrarse en KING, Michael. *What’s the use of Luhmann’s Theory?*, pág. 36.

¹⁰³⁷ “El método de análisis funcional que presuponemos se basa, a su vez, en el concepto de información. Dicho método sirve para ganar información (si también sirve para la <<explicación>> depende de cómo se defina este concepto). Regula y precisa condiciones bajo las cuales las diferencias se constituyen como distinciones. En otras palabras, se trata de un horizonte especial del mundo de la vida (*lebenswelt*) formado para intenciones específicas que sitúa lo que siempre sucede en todo tratamiento de información, es decir, análisis de diferencias, bajo condiciones determinadas”. LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 130.

¹⁰³⁸ “No existen garantías absolutas para la adquisición de conocimiento mediante el análisis funcional, ni en la teoría ni en el método del procedimiento correcto. Pero, por lo menos, existe un importante punto de apoyo. Se puede suponer que los juicios poseen tanto más valor de conocimiento cuanto más diferentes son las situaciones en las que se pueden confirmar. Su funcionamiento, a pesar de la heterogeneidad, constituye por sí mismo un tipo de comprobación”. LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 142.

¹⁰³⁹ “Ya en el siglo XVIII estaba extendida la tesis según la cual para plantear una comparación inusual, que abarca cosas muy distintas, se necesitaba ingenium (ingenio), agudeza, imaginación o algo parecido, en todo caso una capacidad sólo individualmente dada”. LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 75, nota 122.

solucionado de esta manera o de otra. La relación entre problema y solución del problema no es aquí considerado como un fin en sí mismo; más bien sirve como hilo conductor de la pregunta por otras posibilidades, como hilo conductor en la búsqueda de equivalencias funcionales".¹⁰⁴⁰

Luhmann propone utilizar el análisis funcional para aplicar la teoría general de sistemas a la elaboración de una teoría general del sistema social.¹⁰⁴¹ Ello responde, en gran medida, a la convicción de que *"Tanto el concepto de sistema como la idea de una teoría de sistemas se encuentran ciertamente vinculados con el intento de la sociedad moderna por controlarse y supervisarse a sí misma"*.¹⁰⁴² En este sentido, una teoría que aspire a explicar la sociedad a partir de un sistema, no sólo no parece algo excesivamente forzado, sino que, por el contrario, emerge como algo muy deseable y natural.

Como punto de partida para la elaboración de una teoría de los sistemas sociales, es necesario señalar que desde la perspectiva de Luhmann la sociedad es entendida como un sistema autorreferente que se compone de comunicaciones¹⁰⁴³ y que se ocupa de procesar la complejidad y la autorreferencia en forma de sentido.¹⁰⁴⁴ Por supuesto, entiendo que una definición en términos semejantes requiere de una explicación ulterior que suavice sus contornos y nos permita aprehenderla en la extensión de todos sus detalles. En lo que sigue, trataré únicamente de esbozar las líneas más generales este concepto de sociedad, al menos en lo que hace a sus elementos esenciales, sólo con el propósito de sentar las bases para comprender el contenido y el alcance de la aportación de la teoría de sistemas sociales al derecho.

El primer paso para entender la sociedad como un sistema consiste en introducirla en el paradigma de la diferencia entre *sistema* y *entorno*.¹⁰⁴⁵ En el marco de la teoría general de sistemas, una de las características

¹⁰⁴⁰ LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 71.

¹⁰⁴¹ *"Se gana una relativa seguridad partiendo del hecho de que la teoría de sistemas pueda referirse a sistemas muy diversos. Como consecuencia de ello se presentan diferentes niveles de generalidad de la teoría de sistemas. Además de una teoría general, pueden construirse otras teorías para un tipo específico de sistemas. En este sentido, limitaremos a partir de ahora la investigación a una teoría de los sistemas sociales"*. LUHMANN. *Sociedad y Sistema*, pág. 45.

¹⁰⁴² BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?*, pág. 3

¹⁰⁴³ En este sentido cfr. LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 37 y ss.; *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 13 y ss; IZUZQUIZA, Ignacio. *La Urgencia de Una Nueva Lógica*. En: *Sociedad y Sistema*, pág. 25; *La Sociedad Sin Hombres*, pág. 147; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 103 y ss.

¹⁰⁴⁴ Además, es muy importante señalar que la teoría los sistemas sociales tiene una pretensión de universalidad, lo cual se traduce en que *"cada contacto social será aprehendido como sistema hasta alcanzar a la sociedad como el conjunto de todos los contactos posibles"*. De esta forma, *"la teoría general de sistemas sociales pretende abarcar todo el campo de la sociología y, por ello quiere ser una teoría sociológica universal"*. LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 39.

¹⁰⁴⁵ Cfr. LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 40. En este mismo sentido lo entiende también ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 780.

fundamentales del sistema es su unidad. Debido a esta circunstancia, un sistema requiere de límites para su mantenimiento. Sin fronteras no sería posible determinar el contenido del sistema y, en consecuencia, el sistema entendido como unidad, desaparecería. Estos límites permiten diferenciar entre todo aquello que hace parte del sistema, porque está dentro de sus límites, y todo lo que hace parte del entorno del sistema, porque está afuera de sus límites.¹⁰⁴⁶ El sistema es sistema en tanto tiene límites, en cambio, el entorno como tal “*está delimitado por horizontes abiertos y no por límites que pueda franquear. El entorno, por consiguiente, no es un sistema*”.¹⁰⁴⁷

La distinción ente sistema y entorno es importante como paso previo para diferenciar entre el *entorno del sistema y los sistemas en el entorno*.¹⁰⁴⁸ Es posible que en el entorno del sistema haya otros sistemas diferentes. Estos otros sistemas no son el entorno del sistema, sólo están en su entorno. Ello es esencial, porque la forma en que el sistema se relaciona con su entorno, es diferente de la manera en que el sistema se relaciona con los demás sistemas que están en su entorno. El sistema y su entorno tienen una relación de interdependencia que no se ve resquebrajada por la existencia del límite que los separa. Pese a la existencia de límites, en la frontera entre el entorno y el sistema hay un proceso de selección que permite cierto intercambio, por ejemplo, de energía o información.¹⁰⁴⁹ La manera como se interrelaciona el sistema con los demás sistemas del entorno es en realidad diferente, y ello tiene que ver con procesos de observación, comunicación y autorreproducción.

A lo anterior debe añadirse que cada sistema está compuesto por *elementos*, entendiendo por tal: aquella unidad última que compone el sistema y “*que ya no puede descomponerse*”.¹⁰⁵⁰ Estos elementos establecen entre sí, y sin excepción, una serie de relaciones particulares. “*De la misma manera que no existen sistemas sin entorno, tampoco existen elementos sin conexión relacional, ni relaciones sin elementos*”.¹⁰⁵¹ Inicialmente, el sistema se descompone en elementos, relaciones entre elementos, y las relaciones entre relaciones que producen el *condicionamiento* al que ya me he referido.¹⁰⁵² En la medida en que los elementos, o las relaciones entre ellos, o las relaciones entre relaciones, van diferenciándose y aumentando la complejidad del

¹⁰⁴⁶ En este mismo sentido, cfr. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 198.

¹⁰⁴⁷ LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 41.

¹⁰⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 41.

¹⁰⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 41.

¹⁰⁵⁰ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 63.

¹⁰⁵¹ *Ibíd.*, pág. 59.

¹⁰⁵² “*Los sistemas no son simplemente relaciones (en plural) entre elementos. En alguna parte tiene que estar reglamentada la conexión de las relaciones. Esta reglamentación adopta la forma básica del condicionamiento. Esto significa que una determinada relación entre los elementos se realizará bajo la condición de que eso otro venga o no al caso. Siempre que hablamos de condiciones o de condiciones de posibilidad (incluso en el sentido de la teoría del conocimiento) nos estamos refiriendo a este uso del concepto.*” LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 46.

sistema, es posible que el sistema se descomponga en subsistemas diferenciados que aglutinen los conjuntos de elementos y relaciones semejantes. Este proceso se encuentra definido en la teoría general de sistemas bajo el concepto de <<diferenciación sistémica>>.

Lo que ocurre es que al interior de los sistemas puede tener lugar una diferenciación de procesos, la cual da lugar al surgimiento de subsistemas dentro del sistema.¹⁰⁵³ En relación con los subsistemas, se replica para ellos la diferencia ya anotada, y la teoría previamente elaborada para los sistemas.

Frente a lo anterior es importante también señalar que la diferenciación sistémica produce *complejidad*. En los términos de Luhmann, <<complejidad>> significa aumento de la diferenciación y de las relaciones posibles tanto entre los elementos del sistema como entre las relaciones mismas, al punto que “*ya no es posible que cada elemento se relacione en cualquier momento con todos los demás, debido a limitaciones inmanentes a la capacidad de interconectarlos*”.¹⁰⁵⁴ Entre mayor sea la diferenciación, y la cantidad de las

¹⁰⁵³ “Es importante subrayar que, pese a sus apariencias, el concepto de sistema no actúa en favor de una homogeneización de la realidad social. Cuando Luhmann caracteriza todos los sistemas como una «diferencia respecto a un entorno» (1991: 39) no está haciendo tabla rasa entre todos los sistemas. Antes bien, al hacer recaer el peso del sistema en «una diferencia» entre un interior y un exterior, Luhmann disuelve y supera cualquier intento de concebir los sistemas a partir de una ideología de la identidad. En este sentido, su idea de sistema es un anticoncepto, casi un «indecible» (de nuevo en el sentido derrideano del término), que parasita la terminología funcionalista para formular teorías que atentan radicalmente contra la ontología de aquélla. No es casual a este respecto que se haya hablado de un «paroxismo de la diferencia» (Izuzquiza, 1991: 21) en referencia a la obra de Luhmann. La autorreferencia del sistema y su invención de un entorno, una historia y una memoria, vuelven sus relaciones con el exterior —en último extremo— inefables”. (IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*, pág. 231).

¹⁰⁵⁴ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 66. Sobre el concepto de complejidad consultar AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 90. Este autor explica: “La idea de complejidad adquiere ya desde la tradición presocrática una doble faceta, que podríamos adscribir a una cierta oposición pitagórico-parmenidiana. Se esboza así una complejidad epistemológica frente a una complejidad ontológica. La complejidad epistemológica, de raigambre pitagórica, es relativa a aquello que está más allá de los límites del conocimiento humano, bien por ‘contaminación ontológica’ del sujeto respecto del objeto (o el problema de la observación no privilegiada), bien por ‘contaminación ontológica’ del objeto respecto del sujeto (el problema de los límites materiales del conocimiento). En general, esta complejidad epistemológica es entendida como un atributo del sujeto conocedor (complejidad subjetiva, Navarro, 1990)). Presenta, por ello, una naturaleza característicamente reflexiva: implica en cierto sentido ese bucle epistemológico que Morin denomina (1994b) ‘conocer el conocer’. La complejidad epistemológica arrastra toda una tradición epifenoménica como límite del conocimiento científico y, en consecuencia, es habitualmente asociada a los conceptos de azar, imprevisibilidad, espontaneidad, etc. La complejidad ontológica, por el contrario, se presenta como un atributo del objeto esencialmente cognoscible en tanto que ontológicamente autosuficiente. Emerge experimentalmente (e incluso deductivamente ya en la tradición escolástica) como el resultado de la acumulación de lo simple (Locke) y se asienta como un atributo definible, pese a esconder en su interior la trampa de la referencia externamente ordenada (nada es complejo si no es en relación a algo). La complejidad como atributo del

relaciones existentes, mayor será la complejidad del sistema, y viceversa.¹⁰⁵⁵ En esta forma, el proceso de diferenciación sistémica es producto de la reproducción de las diferencias entre elementos, y con ello de la multiplicación tanto de las relaciones entre elementos como de las relaciones entre relaciones. Toda esta reproducción y multiplicación de la diferenciación desemboca en un aumento de la *complejidad* del sistema, que en el caso de los sistemas sociales será procesada en forma de sentido.¹⁰⁵⁶

Así mismo, es interesante subrayar que ya que el aumento de la complejidad está relacionado con la reproducción y multiplicación de la diferenciación, la única forma de reducir la complejidad es mediante la formación de un sistema con menos relaciones. Sin embargo, para reconstruir la estructura de las relaciones de un sistema complejo (como la sociedad) mediante otro con menos relaciones, se requiere que este último adquiera previamente un nivel de complejidad superior que le permita identificar y, sobre todo, seleccionar las relaciones significativas que pretende destacar en su formación.¹⁰⁵⁷ Por esta razón, la teoría de sistemas lleva implícita, en apariencia solamente, la paradoja de que la complejidad sólo puede reducirse mediante una complejidad mayor.¹⁰⁵⁸

objeto (complejidad objetiva) es percibida como la manifestación de una intrincada red de codeterminaciones. (...) La complejidad se presenta así como el nudo de la doble contingencia entre conocimiento y epistemología. Consecuentemente, cualquier aproximación a la idea de complejidad ha de recurrir a un concepto capaz de operar coherentemente en esa tierra de nadie entre el sujeto y el objeto, en el territorio móvil e indefinido, esquivo por recursivo, del acto de conocer. Así, lo esencialmente característico del pensamiento de la complejidad es que éste se erige sobre la formulación implícita de un principio de indeterminación del conocimiento según el cual, la determinación del objeto supone la indeterminación del sujeto y la determinación del sujeto supone la indeterminación del objeto”.

¹⁰⁵⁵ Una crítica a este concepto de complejidad puede encontrarse en HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 192. Acerca del concepto de complejidad, y de las causas de la complejidad en un sistema, consultar OLMEDO FERNÁNDEZ, Elena et al. *De la Linealidad a la Complejidad: hacia un nuevo paradigma*, pág. 75.

¹⁰⁵⁶ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 73. Para una explicación sobre la forma en que la complejidad es procesada en forma de sentido, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 780.

¹⁰⁵⁷ En este mismo sentido cfr. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191; también ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 780.

¹⁰⁵⁸ “Una manera habitual de «faltar el respeto» a la complejidad del mundo consiste en la elaboración de teorías normativas, teorías que, por ejemplo, traten de establecer entre las distintas partes de la realidad relaciones de subordinación jerárquica y pretendan explicar cada parte por su relación de dependencia con su superiora. La crítica de Luhmann a esta forma de pensar lo social no significa que no conceda valor a la teoría y mucho menos que la suya en particular no sea marcadamente ambiciosa. Sin embargo, en todo momento Luhmann intenta ser consciente de la múltiple diversidad de los fenómenos de los que trata de dar cuenta, algo que se manifiesta en una continua necesidad de introducir matices a cada tesis. En este afán por respetar la complejidad no sólo se ve obligado a alcanzar un alto nivel de abstracción conceptual, sino que, lo que es más importante, a menudo necesita también recurrir a formulaciones paradójicas. Y es que, según Luhmann, «los sistemas sociales, en tanto que vistos por un observador, son sistemas paradójicos» que, examinados «bajo las particulares

*“Se debería hablar, en cambio, de reducción de la complejidad en un sentido más restringido, siempre y cuando la estructura de relaciones de una formación compleja pueda reconstruirse mediante otra formación compleja con menos relaciones. Solamente la complejidad puede reducir complejidad”.*¹⁰⁵⁹

Ahora bien, a partir de los elementos antes mencionados, la teoría de sistemas permite abordar el estudio de los fenómenos desde una perspectiva bien distinta a la causalidad, y en esa medida supone un cambio de paradigma y perspectiva bien estimulante. La teoría de sistemas, a diferencia de algunos de los enfoques sociológicos que la precedieron, aspira a abordar el estudio de los fenómenos sociales, no desde la pregunta por sus causas, sino desde la concerniente a la manera o a la forma en que estos fenómenos se producen. Por esta razón, Luhmann deja de lado la cuestión relacionada con “las causas de los efectos”, y prefiere ocuparse del estudio de “la producción de los efectos”.

Para entender adecuadamente esta distinción, se debe comenzar por saber que en el marco de la teoría de sistemas se habla de <<producción>> cuando “se emplean bajo el control de un sistema **algunas y no todas** las causas que se necesitan para generar unos efectos determinados”.¹⁰⁶⁰ Esto significa que el concepto de <<producción>> está asociado, no sólo a la idea de que se puede y se debe renunciar “a <<dominar>> todas las causas”,¹⁰⁶¹ sino también al hecho de que es necesario efectuar un proceso de selección de aquellas causas que tienen significación para la construcción del sistema.

El concepto de <<producción>> es medular, ya que en el marco de una teoría de sistemas éste permite comprender la *autorreferencialidad*¹⁰⁶² como modalidad o forma de explicación del cambio en la estructura interna de los sistemas. Al respecto, es importante señalar que la teoría de los sistemas no se ha elaborado de espaldas a la noción de <<tiempo>>, y por el contrario ha tomado seriamente en cuenta que las cosas cambian; es decir, acepta y prevé que los sistemas sufren, de cuando en cuando, modificaciones en su estructura interna.¹⁰⁶³ No obstante, la teoría de sistemas no está tan preocupada por

constricciones del análisis lógico», deben ser descritos como «jerarquías enredadas». (IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*, pág. 231).

¹⁰⁵⁹ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 73.

¹⁰⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 58. [Las negrillas son mías].

¹⁰⁶¹ *Ibíd.*, pág. 58.

¹⁰⁶² En el marco de la teoría de sistemas, el concepto de autorreferencialidad guarda una estrecha relación con otros dos conceptos: autoorganización y autopoiesis. Luhmann (*Sociedad y Sistema*, pág. 95) ciertamente subraya la existencia de un matiz entre estos conceptos, señalando que existen diferencias entre producir cambios en las relaciones existentes entre los elementos en el sistema (autoorganización), y la reproducción de unidades o elementos en el sistema (autopoiesis).

¹⁰⁶³ “A este respecto, es importante comprender que el sistema nunca se constituye de una vez por todas, dado que la complejidad de su entorno ni se da idéntica a lo largo del tiempo, ni, en consecuencia, puede responderse definitivamente. Como el barco de Quine, está flotando en un alta mar mutable y debe rehacerse continuamente, darse órdenes que tornen esa inmensidad caótica legible. En esa constante dinámica de reestructuraciones, cada sistema

conocer las causas de esos cambios como por entender la forma en que dichos cambios se producen. Para tal efecto, lleva a cabo una selección de las causas que tienen significación en el cambio de la estructura interna de los sistemas, y centra sus investigaciones en la forma en que aquellas interactúan para producir éstos.

Para explicar la forma en que se producen estos cambios, la teoría recurre al concepto de <<autorreferencialidad>>. De acuerdo con Luhmann, *“con el concepto de autorreferencia se designa la unidad, que presenta para sí misma un elemento, un proceso, un sistema. <<Para sí misma>>, esto significa: independientemente del modo de observación de otros”*.¹⁰⁶⁴ Los sistemas autorreferentes se caracterizan porque son ellos mismos quienes producen los cambios en su estructura interna, mediante un proceso de autodeterminación.¹⁰⁶⁵ En este sentido, la teoría de sistemas se elabora no sólo sobre la base de la existencia de límites que diferencian entre sistema y entorno, sino además sobre el presupuesto de que los sistemas son cerrados, y también capaces de autodeterminar cambios en las relaciones internas que definen su estructura.¹⁰⁶⁶

Desde la perspectiva de Luhmann, la autorreferencia, entendida como autodeterminación de cambio en la estructura interna del sistema y/o como

autopoiético queda (aproximadamente) caracterizado por el (parcial) mantenimiento de unas relaciones organizativas (relativamente) estables entre sus elementos constitutivos. La estabilidad de los sistemas, por tanto, tiene un carácter dinámico y se basa en una «desintegración continua» del sistema sobre su propia reconstrucción (Luhmann, 1991: 68-69). Como esa sociedad yanomami que halló Clastres (1986), la paz del sistema exige una guerra sin tregua”. (IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*, pág. 234).

¹⁰⁶⁴ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 89.

¹⁰⁶⁵ Para una mayor explicación, ver HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191; ver también ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 781.

¹⁰⁶⁶ *“Aunque Luhmann recoge principalmente el concepto de «autopoiesis» de los biólogos chilenos Maturana y Varela, la idea que lo anima de una circularidad no viciosa, o abierta a un entorno extraño, ha estado presente de alguna manera en el campo de la filosofía del lenguaje y las matemáticas desde hace tiempo. Éste no es el momento de acometer una arqueología del concepto de autopoiesis y sus afines, así que simplemente me conformaré con citar algunos precedentes. Entre éstos cabe recordar cómo la teoría romántica del arte y el lenguaje ya sostenía el carácter reflexivo y autónomo, cerrado sobre sí mismo, de los fenómenos artísticos y lingüísticos (Todorov, 1977). Similarmente Gödel (1981), ya en el siglo XX, en su famoso artículo de 1930 mostraba la circularidad lógica de los constructos de axiomatización formal de la matemática. Este teorema ha dado paso a numerosas reflexiones sobre la circularidad de los sistemas lógicos. Más adelante Quine (1985) y Neurath (1981) han advertido la autorreferencia lingüística de los procesos cognoscitivos, circunstancia que deja de aparecer como un error que haya que subsanar y se establece como una característica intrínseca del conocimiento. El propio Luhmann (1992), y baste con estas referencias, ha citado las contribuciones de Von Foerster, Spencer Brown y Günther en torno a la autología lingüística”* (IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*, pág. 233).

auto-reproducción, se produce gracias a que es posible la observación mutua entre los sistemas. Cuando un sistema observa a otro, el sistema observador puede *deducir*¹⁰⁶⁷ lo que funciona como unidad y lo que funciona como diferencia en el sistema observado, lo cual activa en el sistema observador la producción de autorreferencia, que culmina con el cambio de su estructura interna.¹⁰⁶⁸ Si bien un sistema no puede producir o determinar cambios en la estructura de otro sistema, la observación que está en capacidad de hacer de los otros sí puede producir cambios en su propia estructura interna.

“Ningún sistema puede descomponer a otro de modo analítico con el fin de llegar a unos elementos últimos (sustancias), donde el conocimiento halle un último apoyo y una correspondencia segura con su objeto. Cada observación debe, en cambio, aplicar un esquema de diferencia constituyéndose la unidad de diferencia en el sistema observante y no en el observado”.¹⁰⁶⁹

Ahora bien, ya en lo que hace a la forma en que esta teoría de sistemas puede aplicarse para elaborar una teoría comprensiva de la sociedad y del derecho, Luhmann sostiene que es posible identificar al menos tres tipos fundamentales de sistemas: sistemas vivos, sistemas psíquicos y sistemas sociales.¹⁰⁷⁰ Los sistemas sociales estarían principalmente compuestos por comunicaciones. Las comunicaciones se constituyen en los elementos del sistema social, y el proceso de diferenciación de las comunicaciones, de las relaciones entre esas diferentes comunicaciones, y de las relaciones entre esas relaciones, da lugar al surgimiento de subsistemas como el derecho, la economía, la política, la educación o la religión.¹⁰⁷¹ La manera en que cada uno de estos subsistemas

¹⁰⁶⁷ *“Funcione lo que sea como unidad, no se deja observar desde fuera; sólo se puede deducir”*. (LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 89).

¹⁰⁶⁸ Cfr. WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.736.

¹⁰⁶⁹ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, Pág. 94.

¹⁰⁷⁰ En este sentido, Cfr. IZUZQUIZA, Ignacio. *La Urgencia de Una Nueva Lógica*. En: *Sociedad y Sistema*, pág. 24; o también WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.734.

¹⁰⁷¹ *“Según Luhmann, la comunicación se compondría de tres momentos o selecciones. A saber: la selección de la información, el acto de comunicar y el acto de entender (Luhmann, 1996: 220). Con esta concepción pretende, en primer lugar, oponerse a la metáfora de la comunicación como transmisión, que habría predominado hasta entonces y que entiende cargada de supuestos ontológicos viciados. Según dicha teoría, la comunicación consistiría en la transmisión de información de un emisor a un receptor”*. (IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*, pág. 234). En igual forma lo interpreta BERICAT ALASTUEY, Eduardo. *El Contenido Emocional de la Comunicación en la Sociedad del Riesgo. Microanálisis del Discurso*, pág. 225, quien explica: *“Luhmann concibe la comunicación, en el marco de su teoría general de la contingencia, como una triple selección, como la unidad de tres actos selectivos: información, expresión comunicativa y comprensión. Cada uno de ellos implica una diferencia. La información, equivalente al contenido de lo que se comunica, es producto de una selección, la percepción selectiva de una diferencia. Pero la información por sí misma no produce comunicación, pues la información ha de ser expresada, y esto, en sí mismo, implica otra selección, marca una nueva diferencia. Por último, la expresión comunicativa ha de ser comprendida, comprendida en tanto diferencia entre información y comunicación, esto es, comprendida desde la propia lógica comunicacional, que reconoce tanto la selección informativa como la expresiva, así como la diferencia entre ambas. Para*

se relaciona con su entorno es diferente de la manera en que se relaciona entre sí. Así mismo, cada uno de estos subsistemas está compuesto de elementos y de relaciones particulares entre estos elementos, cuya multiplicación y diferenciación da lugar al aumento de la complejidad del subsistema y del sistema al que éste pertenece.¹⁰⁷²

Una de las cosas más interesantes de la propuesta de Luhmann, y que le ha merecido el que su teoría se califique como “escándalo”, es que para él la sociedad no está compuesta por organismos vivos, por individuos, sino por el conjunto de las comunicaciones con que se enlaza a los individuos a través de un sentido compartido.¹⁰⁷³ Su teoría de la sociedad, a diferencia de las precedentes, no es antropocéntrica; es decir, no pone al individuo como referente ontológico último de la sociedad, ni reconduce el estudio de la sociedad a la investigación de algunas formas de agregados humanos.¹⁰⁷⁴ Esto

Luhmann, la comunicación, en sentido estricto, es la unidad de estos tres procesos u actos, informativo, expresivo y comprensivo, unidad que sólo es posible en tanto proceso autorreferencial”.

¹⁰⁷² Cfr. ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 781.

¹⁰⁷³ En este sentido, cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 110; o también IZUZQUIZA, Ignacio. *La Sociedad Sin Hombres*, pág. 147; HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191; AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 85; WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.729; ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 781. Es conveniente aclarar que esta no es sólo la posición de Luhmann, sino también la de otros autores que, como Simmel, representan en buena parte el estado actual de la sociología. Una presentación de la obra de Simmel, a propósito de su concepto de sociedad y su cercanía a Luhmann, puede encontrarse en GARCÍA BLANCO, José María. *Sociología y sociedad en Simmel*, pág. 103. Este último autor explica: “El concepto de sociedad tiene en Simmel dos significaciones: por una parte, «es el complejo de individuos socializados [...] que constituye toda la realidad histórica»; por otra, «es también la suma de aquellas formas de relación por medio de las cuales surge de los individuos la sociedad en su primer sentido» (Simmel, 1977a: 20 s.). Pero de estas dos acepciones del concepto de sociedad, la que prima en Simmel, en cuanto objeto de la sociología en sentido estricto —o sea, la sociología «formal» o «pura», según la denominación última de Simmel (cf. 1984: 27)—, es la segunda. Y esto es así porque «el concepto de sociedad tiene evidentemente sentido sólo en caso de que se contraste de algún modo a la mera suma de los individuos» (Simmel, 1989: 126). Obsérvese, en este sentido, que en la primera de las dos significaciones del concepto de sociedad, Simmel no habla de ésta como de un complejo de individuos sin más, sino de individuos «socializados», lo que significa que tal complejo sólo puede existir en virtud de que las relaciones interpersonales ponen en marcha las fuerzas y formas por medio de las cuales los seres humanos se socializan”.

¹⁰⁷⁴ Una crítica a este concepto de sociedad puede encontrarse en FRIEDERIKE MÜLLER, Anne. *Some Observations on Social Anthropology and Niklas Luhmann's Concept of Society*, pág. 165; o también en PARRA LUNA, Francisco. *El objetivo olvidado de la sociología*, pág. 11. Este último autor sostiene que “La sociología podría haber olvidado el objeto para el cual comienza estableciéndose como ciencia. A partir del homocentrismo tradicional de la sociología, se conviene en admitir que es la persona humana (la «vieja medida de todas las cosas»), con su complejo vital de necesidades e intereses, significaciones y deseos, expectativas y cálculos, el centro de interés insoslayable de todo estudio sobre lo social. Sin

no significa que su teoría no presuponga la existencia de individuos, sino tan solo que ellos, en cuanto individuos, están por fuera del sistema social, el cual queda integrado sólo por las comunicaciones. Luhmann define la sociedad como:¹⁰⁷⁵

embargo, formalismos como los de Simmel, unidos a la eclosión de las numerosas especialidades a que da origen el acelerado desarrollo institucional de la ciencia y el más que probable mimetismo sociológico por seguirla, han ido minando subrepticamente el fin primigenio de la sociología (hasta llegar, por ejemplo, a la «sociedad sin hombres» de Luhmann), que no fue otro que el descubrimiento de los principios más estructurantes que determinaban o condicionaban el funcionamiento de la vida social con el fin exclusivo de la mejora de ésta última; lo que es tanto como decir, para beneficio de las personas que la formaban». Por su parte, SÁNCHEZ FLÓREZ, Mónica Judith. La filosofía del sujeto y la sociología del conocimiento en las teorías de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann, pág. 96, explica la crítica de Habermas a Luhmann de la siguiente forma: “Luhmann pone de manifiesto la moderna (posmoderna) conciencia de fragilidad del ser humano que el proceso de la civilización nunca pudo suprimir: el yo moderno con diversos estados de conciencia unificados en una vida cuyo sentido es meramente funcional y diferenciado. Luhmann rechaza la filosofía misma del sujeto y se convierte así en un hereje del credo moderno, de manera análoga en que lo hacen los pensadores posmodernos; rechaza la modernidad sobre las mismas bases que ésta les ha dado. Habermas critica esta postura, pues, dice que, desde el punto de vista sistémico de Luhmann, las necesidades funcionales de integración se deben satisfacer aun cuando esto implique tecnificar completamente lo que él llama el ‘mundo de vida’. Su objeción es que “el funcionalismo sistémico de Luhmann transforma imperceptiblemente este postulado práctico en uno teórico, y así esconde su contenido normativo” (Habermas, 1990: 488). Esto significa que Luhmann propone un modelo para explicar los mecanismos de la formación del sentido en la situación típico-ideal en que el único valor de la humanidad fuera su propia funcionalidad...; pero, gracias a la idea de los modelos típico-ideales weberianos, sabemos que esta situación nunca es completa; afortunadamente, el tipo ideal nunca se encuentra en la realidad empírica en ese grado de pureza. En este sentido, Habermas cree que la debilidad del funcionalismo sistémico radica en el supuesto de que la descripción típico-ideal del proceso burocratizante de Weber ya ha deshumanizado completamente a la sociedad. “El ‘mundo administrado’, dice Habermas, que para Adorno era una visión horripilante, es para Luhmann un supuesto trivial” (1990: 443)”.

¹⁰⁷⁵ Al respecto, GARCÍA BLANCO (Sociología y sociedad en Simmel, pág. 114) aclara: “Esta imposibilidad de disponer de operaciones extracomunicativas dentro de la sociedad nos pone ante la necesidad de redefinir algunos conceptos clásicos de las ciencias sociales; y ello en el sentido preciso de evitar cualquier tipo de significados confusos y buscar, en lo posible, referencias sistémicas nítidamente diferenciadas. En este sentido, el término «persona», tal y como se apunta en el primero de los «apriorismos sociales» de Simmel, debería retornar a su sentido originario de máscara que se pone uno a efectos comunicativos. Una persona es un comunicante y un destinatario necesario para la reproducción de la comunicación; es decir, una construcción requerida por el proceso de la comunicación. Y una función fundamental de esta construcción es tomar para sí la unidad de la persona y del correspondiente ser humano que se oculta tras ella, aunque la comunicación no pueda mantener bajo su dominio por ella misma algo que ha de aceptar como una especie de caja negra. Una persona, de esta manera, puede ser y será considerada como si fuera un ser humano, y su identidad servirá para designar la falta de información que la sociedad, o un concreto sistema social dentro de ella —una familia o una organización, por ejemplo—, puede permitirse con respecto a los procesos corporales y psíquicos del individuo en cuestión. Una persona, en definitiva, es una forma de generalizar materialmente expectativas, que es lo que en todo sistema social hace las veces de estructura”.

*“un sistema de comunicaciones que integra selectivamente el potencial físico, químico, orgánico y psíquico de la humanidad, y en la conducción de esa selectividad encuentra su propia realidad y su autonomía como sistema”.*¹⁰⁷⁶

Puesto en los términos anteriores, el sistema social propuesto por Luhmann se caracterizaría por ser un sistema altamente complejo, no sólo porque es posible una amplia diferenciación entre los tipos de comunicación que lo integran, y porque es posible hallar infinidad de relaciones entre estas diferentes formas de comunicación, sino también porque está descompuesto en múltiples subsistemas, cada uno de los cuales cuenta con sus propia complejidad, derivada de la diferenciación de sus elementos y la multiplicación de las relaciones entre sus elementos.¹⁰⁷⁷ De hecho, el estudio de los sistemas sociales, siguiendo el método de análisis funcional propuesto por Luhmann, no puede sino aumentar esa complejidad, pues esta clase de estudios sólo puede generar información mediante el aumento de la diferenciación, lo que a su vez aumenta la complejidad del sistema.

3.2. Teoría del derecho como subsistema del sistema de la sociedad:

Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas sociales, el derecho es comprendido como un subsistema del sistema social.¹⁰⁷⁸ Esto significa, por una parte, que el sistema de la sociedad es el entorno del subsistema derecho, y por otra, que dentro de la sociedad como sistema hay otros subsistemas que hacen parte del entorno del derecho como subsistema. De esta forma, debe diferenciarse la forma en que el derecho se relaciona con su entorno, o sea, con el sistema de la sociedad, y la forma como aquel se relaciona con los demás subsistemas que están en su entorno, es decir, con los demás subsistemas que hacen parte del sistema de la sociedad.¹⁰⁷⁹ Además, al subrayar que el derecho es un subsistema que hace parte del sistema de la sociedad, se implica, así mismo, que las operaciones que realiza el sistema jurídico son también operaciones del sistema de la sociedad.¹⁰⁸⁰

“Sólo se puede concebir al Derecho como un sistema social si se toma en cuenta el hecho de que este sistema es un subsistema de la sociedad y que también existen otros subsistemas. Concebir la sociedad en sí misma como un sistema social diferenciado presupone una teoría general de los sistemas sociales

¹⁰⁷⁶ LUHMANN, *Sociología de la Moral*, pág. 31, op. cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 155.

¹⁰⁷⁷ En este mismo sentido, cfr. ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 780.

¹⁰⁷⁸ Una presentación general de los conceptos fundamentales utilizados en la sociología jurídica de Luhmann puede encontrarse en HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 187. Acerca de los tres estadios de evolución histórica del sistema jurídico de la sociedad (arcaico, premoderno superior y moderno industrial) según Luhmann, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 783.

¹⁰⁷⁹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 88.

¹⁰⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 89.

que no sólo pueda analizar el sistema comprensivo <<sociedad>> como un todo, sino también otros sistemas sociales, por ejemplo, la interacción cara-a-cara o las organizaciones.¹⁰⁸¹

(...)

Debe evitarse a toda costa formulaciones como la afirmación de que existen <<conexiones>> entre el Derecho y la sociedad, pues presupone que el Derecho es algo situado fuera de la sociedad. El sistema jurídico es un sistema funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad. Así, el sistema jurídico está, en sus propias operaciones, siempre ocupado de la ejecución de la autorreproducción (autopoiesis) tanto del sistema social general como de sí mismo”.¹⁰⁸²

Pero sin perjuicio de lo anterior, debe aclararse que aunque la sociedad es el entorno del subsistema jurídico, las operaciones del subsistema jurídico tienen alcances más allá de los límites existentes entre el subsistema de la sociedad y su entorno: “el derecho tiene que ver también con el entorno del sistema de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes”.¹⁰⁸³

Precisamente porque las operaciones del subsistema del derecho son también, y al mismo tiempo, operaciones del sistema de la sociedad, éstas pueden condicionar operaciones en los sistemas que están en el entorno del sistema de la sociedad, y viceversa. Y por cierto: las operaciones a las que nos referimos en el marco de la teoría de los sistemas sociales consisten, desde el punto de vista temporal, en acontecimientos que actualizan las diferentes posibilidades de sentido de las comunicaciones que componen el subsistema.¹⁰⁸⁴

En el marco de la teoría de sistemas, y especialmente para los propósitos de la investigación contenida en este trabajo, la anotación anterior es de suma importancia. La idea de que las operaciones del subsistema jurídico puedan tener alcance en otros sistemas que no están en su entorno, pero sí en el del sistema de la sociedad, es fundamental para comprender, por ejemplo, “el acoplamiento estructural entre comunicación y conciencia. En tanto que el sistema jurídico utiliza el lenguaje para comunicar, presupone posibilidades de conexión fuera del sistema. La prensa puede informar sobre leyes y dictámenes nuevos. Las cuestiones jurídicas pueden ser objeto de conversaciones habituales”.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 71.

¹⁰⁸² *Ibíd.*, pág. 72.

¹⁰⁸³ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 96.

¹⁰⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 105.

¹⁰⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 111. Una comprensión más precisa de la función que cumple el sistema jurídico en el sistema social podría alcanzarse mediante un estudio de la teoría sobre el poder propuesta por Luhmann. Lamentablemente, un estudio semejante se encuentra por fuera de nuestro alcance por cuanto desborda el objeto de este trabajo. Al respecto, el lector puede remitirse al propio Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. Luz Mónica Talbot. Edt. Anthropos. Barcelona, 1995), o a estudios acerca de esta parte de su obra, como el que puede encontrarse en ASHENDEN, Samantha. *The Problem of Power in Luhmann's System Theory*, pág. 127; o también en CLAM, Jean. *What is Modern Power?* pág. 143.

Sólo a manera de esbozo, y para una mejor ilustración del lector, Luhmann sostiene que “La función del poder consiste en la regulación de la contingencia. Como con cualquier otro código de medios, el código del poder se relaciona con una discrepancia posible —no necesariamente real— entre las selecciones de alter y ego: acaba con la discrepancia. (...) En consecuencia, el

3.2.1. Composición:

Otras teorías precedentes también han intentado explicar el derecho como un *sistema*, pero lo han hecho tomando como presupuesto la idea de que está únicamente compuesto por principios y reglas, las cuales se organizan en la forma de una unidad coherente y plena —es decir, sin contradicciones ni vacíos—. En cambio, cuando en el marco de la teoría de los sistemas sociales se afirma que el derecho es un sistema, se lo hace en un sentido muy distinto. De acuerdo con Luhmann, el derecho es un sistema en el sentido que está compuesto por “*un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones - independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho*”.¹⁰⁸⁶ Como subsistema social, el derecho está compuesto únicamente por aquellas comunicaciones de naturaleza jurídica que: (i) se produzcan en el contexto del procesamiento de expectativas normativas (*función del subsistema*); y (ii) puedan ser coordinadas por el código binario que utiliza el sistema para asignar alguno de los siguientes

poder de quien lo detenta, no se describe en forma satisfactoria como una causa, o incluso como una causa potencial. Más bien, puede compararse con la función compleja de un catalizador. Los catalizadores aceleran (o retardan) el inicio de los sucesos; sin cambiar ellos mismos en el proceso, causan cambios en el coeficiente de conexiones efectivas (o probabilidad) que se espera de las conexiones causales que existen entre el sistema y el entorno”. (Poder, pág. 18). Adicionalmente, para entender cómo el poder contribuye al acoplamiento del sistema jurídico a los sistemas de conciencia, este autor explica que “También en el caso del poder, el principal punto de interés es la transmisión de elección, no, por ejemplo, las realizaciones concretas de ciertos resultados. El poder no surge sólo en caso extremo de que alter deponga la acción de ego, dirigiéndolo, por ejemplo, a apretar un determinado tornillo tanto como sea posible. Es más típico y satisfactorio considerar al poder, del mismo modo a cualquier otro medio de comunicación, como algo que limita la gama de selecciones del otro” (Poder, pág. 17). Desde la perspectiva de Luhmann, “El poder del portador de poder es mayor si puede poner la elección de realizar, con base en su poder, tipos de decisión cada vez más diversas. Y, además, su poder es mayor si puede hacer esto con un compañero que, por su parte, posee varias alternativas diferentes. El poder aumenta con la libertad en ambas partes y, por ejemplo, en cualquier sociedad determinada, aumenta en proporción con las alternativas que produce”. (Poder, pág. 15). De esta manera, “El poder también supone apertura a otras acciones posibles por parte del ego afectado por el poder. El poder hace su trabajo de transmitir, al ser capaz de influenciar la selección de las acciones (u omisiones) frente a otras posibilidades. El poder es mayor si es capaz de mantenerse incluso a pesar de las alternativas para la acción o inacción. Y solo puede aumentarse junto con un aumento de la libertad por parte de cualquiera que esté sujeto al poder. (...) Por lo tanto, el poder debe diferenciarse de la coerción (Zwang) para hacer algo concreto y específico. Las elecciones posibles de una persona que está limitada se reducen a cero. En casos extremos, la coerción, ésta recurre al uso de la violencia física y, de este modo, a la sustitución de la acción propia por la acción de los otros que uno no puede conseguir. El poder pierde su función de crear doble contingencia en la misma proporción que se aproxima a la coerción ” (Poder, págs. 13-14).

¹⁰⁸⁶ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 96.

valores: “conforme a derecho”/“no conforme a derecho”¹⁰⁸⁷ (código del subsistema).

“toda comunicación que realiza una afirmación jurídica o plantea una defensa frente a dicha afirmación es una operación interna del sistema, incluso si se produce como consecuencia de una disputa entre vecinos, un accidente de tráfico, una acción policial o cualquier otro suceso. Resulta suficiente con que se le asigne a la comunicación un lugar dentro del sistema, lo cual ya ha sucedido gracias al código legal/ilegal”.¹⁰⁸⁸

(...)

“En consecuencia, no toda referencia al Derecho es una operación interna del sistema. Pero cuando tiene lugar una comunicación en el contexto de la administración de justicia, de la solución de conflictos dentro del Derecho o de la modificación del Derecho —esto es, en el procesamiento de expectativas normativas—, entonces estamos tratando con operaciones del sistema jurídico”.¹⁰⁸⁹

Es cierto que las normas jurídicas contienen hipótesis que siempre reconducen a una acción u omisión, y que en el marco de la sociedad todos los comportamientos pueden ser procesados como permitidos o prohibidos. Sin embargo, a diferencia de otras teorías precedentes, la teoría de los sistemas sociales no afirma que el derecho esté compuesto por normas o por comportamientos, sino por las comunicaciones que se refieren a esas normas o a esos comportamientos. De esta forma, el subsistema del derecho está compuesto únicamente de comunicaciones que desembocan en una interpretación de las normas, mediante la cual se determinan las expectativas fácticas existentes.¹⁰⁹⁰ Claro está que tampoco hace parte del subsistema cualquier comunicación relativa a normas o a comportamientos, sino sólo aquellas que encajan en la función y en el código propio del derecho.

Dicho en otras palabras, ya que el sistema social procesa las comunicaciones en forma de sentido, el subsistema del derecho también procesa estas comunicaciones en forma de sentido, pero en este caso en forma de un sentido particular. Esto significa que aquí el derecho como sistema, a diferencia de otras teorías del derecho precedentes, no adquiere realidad en el instante en que aparecen principios o reglas positivas, sino por la realización de operaciones que producen y reproducen comunicaciones con un sentido específico en el derecho.¹⁰⁹¹ Por esta razón los conceptos, las normas, las expectativas y todo aquello que de acuerdo con otras teorías precedentes hace parte del derecho, en el marco de la teoría del sistema social sólo adquiere

¹⁰⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 123. Para una presentación general y resumida de su teoría del derecho, puede consultarse POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7.

¹⁰⁸⁸ LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 76.

¹⁰⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 76.

¹⁰⁹⁰ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 87. Una crítica a esta postura puede encontrarse en ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 785.

¹⁰⁹¹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 97.

valor de realidad en el subsistema del derecho cuando hacen parte de un acontecimiento comunicativo.¹⁰⁹²

Para comprender lo anterior tal vez sea útil detenernos a revisar la forma en que se diferencian y seleccionan las comunicaciones que componen el sistema del derecho: lo que ocurre es que el sistema social lleva a cabo operaciones mediante las cuales diferencia todas aquellas comunicaciones que lo integran. En la medida que este proceso de diferenciación avanza, se van produciendo nuevos tipos de comunicaciones, relaciones entre esas comunicaciones y relaciones entre esas relaciones. Eventualmente, el sistema alcanza un nivel de diferenciación en el cual no es posible ya conectar y/o relacionar todos los elementos del sistema (comunicaciones) en un mismo momento, lo cual se traduce en la aparición de la *complejidad* en la sociedad. Llegado este punto, el sistema se ve obligado renunciar a la ambición de que cada uno de sus elementos esté conectado al tiempo con todos los demás, y se hace necesario realizar una selección de cierto tipo de comunicaciones para producir un *corte* en el sistema de la sociedad. Este corte establece los límites del tipo sistema/entorno que existen entre el sistema de la sociedad y el subsistema del derecho, de manera que este último queda integrado únicamente por un tipo particular de comunicaciones: la comunicaciones de naturaleza jurídica que se producen en el marco del procesamiento de expectativas normativas y que pueden ser coordinadas a través del código binario del que se sirve el derecho.¹⁰⁹³

Ahora bien, para que el derecho pueda ser un subsistema y operar como tal (de forma autorreferencial), se requiere la existencia de un vínculo entre todas sus operaciones que sea capaz de producir *unidad*. La unidad del sistema jurídico se logra apelando a la simbolización; es decir, creando un símbolo que sirva de enlace entre todas las operaciones del subsistema. En el subsistema del derecho, el símbolo que produce la unidad es la *validez jurídica*.

La validez es sólo un símbolo que sirve para enlazar todas las operaciones del subsistema jurídico, y en esa medida cumple un papel muy importante en la diferenciación y selección del derecho;¹⁰⁹⁴ es decir, la validez nos permite diferenciar lo que es y lo que no es derecho, de manera que al declarar que algo es "*jurídicamente válido*" se acepta que determinada comunicación hace parte del subsistema jurídico y que puede ser procesada por él. Sin embargo, la validez no nos dice nada acerca de la cualidad del derecho; o sea, no aporta elementos de decisión para establecer si se trata de un buen derecho o de un derecho justo.¹⁰⁹⁵ Por esta razón, en el marco de la teoría de sistemas

¹⁰⁹² *Ibíd.*, pág. 102. Una crítica a este planteamiento puede encontrarse en ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 788.

¹⁰⁹³ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 98.

¹⁰⁹⁴ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 12.

¹⁰⁹⁵ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 155.

propuesta por Luhmann, la pregunta por la validez no se ancla en el problema de la fundamentación, sino en el de la modificación del derecho: la validez no es un “*criterio para aquellas situaciones de aplicación de la ley en las que se duda si el derecho es válido como derecho*”;¹⁰⁹⁶ la validez es una cuestión que adquiere valor de realidad en el nivel operativo del sistema, en el momento en el que es necesario pasar de un derecho anterior a uno posterior, y se necesita garantizar que el tránsito de un estado al otro se dé mediante una operación que realmente produzca derecho y no otra cosa.

*“La validez no tiene la forma de una afirmación cognitiva acerca del derecho. Tampoco es el resultado del efecto de una causa externa —de una razón de validez trascendente, trascendental o inmanente autoritaria (“estatal”)—. La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo producen. La validez es la forma en que se participa en la unidad del sistema”.*¹⁰⁹⁷

Cómo símbolo, la validez es una forma de dos lados: *validez / no validez*. Cada uno de ellos se denomina estados internos del sistema, y ésta designación es producto de las operaciones propias del sistema. Mediante sus operaciones, el sistema determina cómo se puede modificar el derecho y, con ello, establece cuáles son las condiciones de validez de sus propias operaciones. En este sentido, la validez no está determinada por factores externos al sistema, sino por el procedimiento implementado por éste para regular y limitar la forma en que se puede modificar el derecho,¹⁰⁹⁸ procedimiento que, además, es producto de las propias operaciones del sistema.

Ya que es el subsistema del derecho, mediante sus propias operaciones, el que establece cuáles son los procedimientos para la modificación del derecho, y con ello las condiciones de validez, entonces puede decirse que es el propio derecho el que señala lo que en un momento dado es válido como derecho. Así mismo, puede decirse que también el derecho, mediante sus propias operaciones, está en condiciones de cambiar lo que en un momento posterior será considerado válido como derecho. Por tal razón, la determinación general de la validez resulta, sólo en apariencia, definida circularmente: “*En cada momento es válido como derecho (o como discrepante con el derecho), lo que anteriormente se haya determinado en calidad de vigente*”.¹⁰⁹⁹ Dicho en pocas palabras, desde la perspectiva de la teoría de sistemas las condiciones de

¹⁰⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 157.

¹⁰⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 159.

¹⁰⁹⁸ En este punto, Luhmann marca una clara diferencia con aquellos autores que reconducen el problema de la validez del derecho a la cuestión de la conformidad o disconformidad entre los ordenamientos jurídicos nacionales y otros ordenamientos superiores, como por ejemplo el sistema de los derechos humanos. Para un estudio acerca de la forma en que la teoría de los sistemas sociales podría articularse con la doctrina de los derechos humanos, puede consultarse VERSCHRAEGEN, Gert. *System Theory and the Paradox of Human Rights*, pág. 99. Cfr. también POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 12.

¹⁰⁹⁹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 166.

validez del derecho no son estáticas ni definitivas, sino que se reelaboran permanentemente.

Ahora bien, debido a que las condiciones de validez del derecho dependen del propio derecho, y que éste las puede modificar o reelaborar en cualquier momento, no es posible determinar definitivamente las condiciones de validez; es decir, no se puede reconducir la razón de la validez a un argumento último y definitivo, como pretendieron hacerlo aquellas teorías precedentes que apelaban a fuentes externas del derecho, como la ley natural, el pueblo, la autoridad impuesta políticamente, etc. La validez sólo puede ser comprendida, en forma general y abstracta, como las condiciones de integración de las nuevas operaciones a la red de operaciones del subsistema: una operación del subsistema es válida como derecho sólo en la medida en que pueda conectarse con las demás operaciones y no cree una solución de continuidad en el proceso de autorreferencialidad, autoorganización y autopoiesis del sistema.¹¹⁰⁰

Al hilo de esta perspectiva, podría decirse que mientras la validez indica la producción de nuevos enlaces entre las operaciones y, con ello, la incorporación de las nuevas operaciones al sistema del derecho, la invalidez revela la imposibilidad de nuevas conexiones y, por ende, la exclusión de estas operaciones del sistema: las operaciones son válidas porque pueden integrarse con las demás operaciones del sistema y, en esa medida, hacen parte del sistema del derecho; en cambio, las operaciones no son válidas cuando no pueden conectarse con las demás operaciones y, por consiguiente, quedan por fuera del sistema del derecho. De allí que se aclare la afirmación, aparentemente circular, de que es válido como derecho lo que en un momento dado se ha determinado como derecho.

3.2.2. Función:

Es importante saber que, como subsistema, el derecho tiene un propósito establecido. Es decir, el procesamiento de las comunicaciones de naturaleza jurídica no es un ejercicio de *l'art pour l'art*, sino que tiene como finalidad resolver un problema temporal importante que se encuentra en el marco del sistema de la sociedad.

El problema del que se ocupa el subsistema del derecho tiene lugar cuando el sistema social alcanza un nivel de complejidad tal que las comunicaciones sociales *“tienen que orientarse y expresarse en expectativas de sentido que implican tiempo”*.¹¹⁰¹ Lo que ocurre es que las operaciones del sistema de la

¹¹⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 166.

¹¹⁰¹ *Ibíd.*, pág. 182. Sobre el concepto de complejidad en Luhmann, consultar AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 90.

sociedad se llevan a cabo tanto sobre comunicaciones ya ocurridas como sobre los posibles enlaces futuros que éstas produzcan. Por este motivo, el proceso de autorreferencialidad del sistema de la sociedad está especialmente determinado por el factor tiempo, en la medida que para operar en el presente no sólo depende de las comunicaciones que ya ocurrieron en el pasado, sino también del pronóstico de los enlaces que éstas produzcan en un futuro. Mas como el futuro es en todo caso desconocido, el factor tiempo expone al sistema a la incertidumbre, relacionada con la imposibilidad de saber qué clase de conexiones producirán en el futuro la comunicaciones pasadas, y las repercusiones (positivas o negativas) que estas conexiones futuras tendrán sobre la unidad del sistema de la sociedad.

Para enlazar el tiempo y reducir la incertidumbre, el sistema de la sociedad recurre a la creación de expectativas. Mediante este recurso, el sistema de la sociedad puede prepararse para un futuro, en todo caso incierto, y autoorganizarse mediante la formulación de planes y objetivos. De esta manera, las expectativas permiten un mayor grado de confianza y hacen posible vivir en sociedades cada vez más diferenciadas y complejas.¹¹⁰²

Las expectativas utilizadas por el sistema de la sociedad para el enlace temporal pueden ser cognitivas, cuando se basan en el conocimiento y experiencia propias del sistema, o normativas, cuando se sustentan en normas, entendidas estas últimas en sentido funcional: *“el concepto de norma se refiere a una forma específica de expectativa fáctica, la cual puede ser observada psíquicamente o mediante el sentido mentado que se vuelve comprensible en la comunicación”*.¹¹⁰³ Para lo que aquí nos interesa, debe señalarse que la función del subsistema del derecho tiene que ver fundamentalmente (aunque no exclusivamente) con las expectativas normativas.¹¹⁰⁴

Cuando el sistema de la sociedad recurre a las expectativas normativas para disminuir la incertidumbre, debe pagar un doble precio por ello: (i) en primer lugar, el coste de asegurarse mediante la producción de expectativas normativas, es la asunción del riesgo de defraudación, o sea, el surgimiento de la posibilidad de desviación frente a la norma, y la necesidad de que el sistema reaccione ante dicha desviación;¹¹⁰⁵ (ii) y en segundo lugar, ya la determinación del sentido mismo de las expectativas que se condensarán en la norma puede ser motivo de consenso o disenso, lo cual implica que el coste de asumir

¹¹⁰² En este mismo sentido, ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 783.

¹¹⁰³ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 86.

¹¹⁰⁴ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7. Una crítica a este planteamiento puede encontrarse en ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 787.

¹¹⁰⁵ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 185.

expectativas normativas es también el incremento de la tensión social.¹¹⁰⁶ La función que cumple el subsistema del derecho tiene que ver con estos costes, en la medida que es el derecho el que, por un lado, se encarga de mantener la confianza en las expectativas pese al desengaño de su constante defraudación, y por otro, establece los procedimientos para la producción de las normas que contienen las expectativas, aliviando con ello la tensión social que esto implica.

El subsistema del derecho cumple, para el sistema de la sociedad, la importante labor de afianzar contrafácticamente las expectativas normativas, asegurando así cierto tipo de estabilidad en el sistema de la sociedad.¹¹⁰⁷ Así mismo, mediante el proceso de diferenciación y selección que lleva a cabo, de

¹¹⁰⁶ *“En este escenario históricamente construido, los problemas que afectan a la integración social y a la reproducción socio-cultural son el núcleo de la «crisis» de las sociedades occidentales.*

*N. Luhmann subraya que las sociedades complejas ya no se cohesionan ni integran a través de estructuras normativas, es decir, a través de una «conciencia colectiva» común, o de un «mundo de la vida» compartido; su unidad ya no se genera intersubjetivamente a través de una comunicación en la que participan los individuos socializados; más bien, la integración sistémica, considerada desde el punto de vista del autogobierno (steering media), se independiza de una integración social asequible al punto de vista del mundo de la vida. Para Luhmann, la reproducción de las sociedades muy complejas depende de un sistema de autogobierno diferenciado: el sistema político-administrativo. Mediante el aumento de su capacidad de elaborar información y su indiferencia frente a los otros subsistemas, el sistema político adquiere una autonomía privilegiada: «La política ya no puede dar por supuestas las bases —marco normativo— de su decisión (por sí misma). Debe operar su propia legitimación en una situación que se define como estructuralmente indeterminada y como abierta tanto de las posibilidades de consenso como respecto de los resultados estratégicos apetecidos» (N. LUHMANN: *Komplexität und Demokratie [KD]*, 316, citado en J. HABERMAS, PL, 1975, 157). El hecho de que el sistema de legitimación se haya separado de la administración posibilita la autonomía del proceso de adopción de decisiones respecto del input en motivaciones, valores e intereses generalizados. En las sociedades postindustriales, la normatividad de las leyes es reemplazada por la performatividad de los procedimientos (N. LUHMANN, 1969). O para decirlo con Carl Schmitt, en una situación de emergencia-contingencia el proceso de decisión es liberado de las normas morales y deviene absoluto (C. SCHMITT, 1986). En el marco teórico en el que opera Luhmann —sitúa como el metaproblema gnoseoantropológico la «reducción de la complejidad del mundo»— se desplaza cualquier marco normativo en aras «de procesos de aprendizaje superadores de contingencia» que pretenden ofrecer «outputs funcionales» a desafíos de sobrecomplejidad social (disfuncionalidad, bloqueo en el proceso de toma de decisiones, etc.) (HABERMAS, RMH, 1981 a, 105). «En tales condiciones, carece de sentido la pretensión de elevar la reflexividad de la administración, reacomplándola con la sociedad a través de la participación y la formación discursiva de la voluntad: los procesos de decisión son procesos de exclusión de otras posibilidades... Reclamar una participación intensa y comprometida de todos significaría elevar la frustración a la condición de principio: quien entienda de ese modo la democracia debe arribar, de hecho, a la conclusión de que es incompatible con la racionalidad» (LUHMANN, KD, 319; citado en HABERMAS, PL, 1975, 158)”. BERIAIN RAZQUIN, Josetxo. *La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica*, pág. 177.*

¹¹⁰⁷ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7. Para una crítica a la función que Luhmann adjudica al derecho, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 793.

forma autorreferencial, el subsistema del derecho, este permite establecer cuáles son las expectativas que tienen respaldo social.

*“El derecho procesa, de una manera que ningún otro sistema puede hacer, las expectativas normativas capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto. Por supuesto, el Derecho no puede garantizar que estas expectativas no serán defraudadas. Pero sí puede garantizar que puedan mantenerse, como expectativas, incluso en caso de que sean defraudadas”.*¹¹⁰⁸

Es importante entender que como el derecho no está integrado por personas, ni por normas, ni por conductas, sino por comunicaciones, entonces su función no puede consistir en el direccionamiento del comportamiento de las personas.¹¹⁰⁹ Si así fuera, estaría más que probado que el derecho es ineficaz para cumplir su función, pues diariamente pueden observarse miles de comportamientos contrarios al derecho. El derecho es necesario y cumple su función, precisamente porque a diario miles de comportamientos defraudan la confianza que la sociedad requiere tener en las expectativas que se plantea normativamente. El derecho es aquello que permite que las expectativas sigan siendo expectativas a pesar del desengaño que produce constatar, cognitivamente, que a diario son defraudadas miles de veces. En este sentido, obsérvese que a diferencia de otras teorías que asignan al derecho la función de coordinar acciones, inducir motivaciones, resolver conflictos, etc., la teoría de sistemas no hace recaer la función del derecho en algo por fuera de él, antes bien pone dicha función en el mantenimiento y reproducción del derecho mismo, lo cual es consistente con su definición del derecho como un subsistema social *autorreferente*.¹¹¹⁰

Ahora bien, con lo dicho aún no se ha aclarado cómo es que opera el sistema jurídico. Por tal razón, a continuación intentaré presentar someramente la propuesta de la teoría de sistemas acerca de la operatividad del derecho, delineándola mediante tres de sus conceptos más fundamentales: autorreferencialidad, código y programa.

3.2.3. Autorreferencialidad:

Como se ha dicho, el subsistema del derecho opera con un tipo concreto comunicaciones diferenciadas. Sin embargo, esto no implica que desde el punto de vista del análisis lingüístico, o del estudio de los actos de habla, el derecho utilice un tipo de lenguaje distinto al de la sociedad. En términos

¹¹⁰⁸ LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 73.

¹¹⁰⁹ Cfr. IZUZQUIZA, Ignacio. *La Sociedad Sin Hombres*, pág. 147, o también HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191; AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*, pág. 85; WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.729.

¹¹¹⁰ Cfr. WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.730.

generales, el derecho “utiliza el lenguaje normal, matizado sólo con algunas expresiones particulares o con palabras que toman, en el discurso jurídico, un sentido divergente al usual”.¹¹¹¹ A pesar de ello, el discurso jurídico es autónomo, y se requiere una preparación especial para comprender la intensión y el sentido de las comunicaciones que componen este subsistema. Debe tenerse en cuenta que en el marco de la teoría de sistemas, el derecho es un subsistema cerrado. Por esta razón, la autonomía del discurso jurídico debe entenderse en el marco de la autorreferencialidad con que se producen y reproducen comunicaciones al interior del subsistema.¹¹¹²

Para entender la forma en que el derecho opera autorreferencialmente como un subsistema cerrado, debe en primer lugar aclararse que el subsistema está clausurado operativamente, pero no se encuentra aislado causalmente de su entorno.¹¹¹³ El subsistema se encuentra clausurado operativamente sólo en el sentido que “para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en ese sentido se reproducen a sí mismos”.¹¹¹⁴ Esto significa que las operaciones sobre las comunicaciones que componen el derecho, y sólo las operaciones sobre estas comunicaciones, producen nuevas comunicaciones en el derecho, relaciones entre esas comunicaciones, y relaciones entre las relaciones.¹¹¹⁵ Puesto en términos sencillos, esto significa que “sólo el derecho puede decir lo que es derecho”¹¹¹⁶ y también que sólo el derecho puede producir derecho.

Sin embargo, no puede olvidarse que el derecho es un subsistema del sistema de la sociedad, que por consiguiente la sociedad es el entorno del subsistema jurídico, y que por esta razón existe entre el derecho y la sociedad una relación del tipo sistema / entorno, por virtud de la cual las operaciones del subsistema del derecho condicionan al sistema social a realizar operaciones, y viceversa.¹¹¹⁷ Lo que ocurre es que las operaciones del subsistema del derecho están profundamente ligadas a procesos de observación y de

¹¹¹¹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, Pág. 91.

¹¹¹² Un estudio comparativo entre la tesis de Luhmann acerca del derecho como un sistema autopoietico, y el modelo del derecho reflexivo (*reflexive law*) propuesto por otros autores como Günther Teubner o Hellmut Willke, puede encontrarse en PATERSON, John. *Reflecting on reflexive law*, pág. 13. Una crítica a la tesis de la autorreferencialidad del derecho propuesta por Luhmann puede encontrarse en ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 791.

¹¹¹³ Al respecto, cfr. NEWMARK, Hjalmar. *La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*, pág. 39. Consultar también ZIEGERT, Klaus A. *The Autonomy of Legal System. The outlines of Luhmann's legal theory*, pág. 77; o también WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.730.

¹¹¹⁴ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 99.

¹¹¹⁵ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7.

¹¹¹⁶ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 106.

¹¹¹⁷ Una explicación más amplia puede encontrarse en NEWMARK, Hjalmar. *La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*, pág. 39.

autoobservación, lo cual explica que sus operaciones sean simultáneamente autorreferentes y heteroreferentes. El subsistema del derecho observa desde afuera las operaciones de su entorno (sistema de la sociedad), y reacciona a ellas mediante la producción y reproducción de operaciones en su interior. Pero para que la observación de las operaciones del entorno pueda condicionar al subsistema del derecho a producir sus propias operaciones, se requiere que éste previamente se haya observado a sí mismo. El subsistema del derecho reconoce la diferencia entre sistema y entorno, y se basa en esa diferencia para poder alternar la observación y la autoobservación que le permiten, de forma simultánea, reaccionar a las operaciones del entorno (heteroreferencia) mediante la producción de sus propias operaciones (autorreferencia).¹¹¹⁸ Por esta razón, la teoría de sistemas es una teoría de observación de segundo orden: *“observamos cómo observa el sistema y cómo operacionaliza con ello la distinción entre autorreferencia y heteroreferencia”*.¹¹¹⁹

Así como las operaciones del derecho están ligadas a la observación de las operaciones del entorno y a la autoobservación de sus propias operaciones, las operaciones del sistema de la sociedad también pueden explicarse como reacciones a la observación de las operaciones de los subsistemas que la componen, la autoobservación de sus operaciones, y la observación de su propio entorno y los otros sistemas en su entorno. De allí que la observación y la autoobservación expliquen no sólo cómo el derecho responde a los cambios que hay en la sociedad, sino también cómo la sociedad responde a los cambios ocurridos en el derecho. No puede perderse de vista que más allá de la abstracción propia de la teoría, el derecho está inserto en sociedades históricamente definidas por su cultura, su economía, su política, etc., y que se articula con otras estructuras como la familia la moral o la religión, para cumplir una función determinada en la sociedad.

“En otro sentido el sistema jurídico es también una máquina histórica, puesto que cada operación autopoiética modifica el sistema: coloca la máquina en otra posición y por ello crea condiciones de salida modificadas por las operaciones inmediatamente anteriores. Por consiguiente, en la terminología de Heinz von Foerster, no se trata de una máquina trivial que transforma siempre de la misma manera inputs en outputs (cuando no comete errores o está descompuesta), sino una máquina que pone en juego su estado en cada operación y, por esa causa, construye en cada momento operativo una nueva máquina”.¹¹²⁰

Adicionalmente, valga también señalar que el subsistema del derecho no sólo puede autoobservarse, sino que también puede autodescribirse. La autodescripción del subsistema del derecho cobra valor de realidad en el subsistema cuando hace parte de un acontecimiento comunicativo producido de forma completamente autorreferente. En este caso, la autodescripción es una operación del subsistema que no se produce como reacción a la observación de las operaciones del entorno, sino de forma absolutamente

¹¹¹⁸ Sobre la autorreferencialidad del sistema del derecho consultar ZIEGERT, Klaus A. *The Autonomy of Legal System. The outlines of Luhmann's legal theory*, pág. 77.

¹¹¹⁹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 106.

¹¹²⁰ *Ibíd.*, pág. 114.

autorreferente, a partir de la pura y simple autoobservación. Luhmann sostiene que se trata de operaciones “*altamente pretenciosas de autorreferencia*”, por cuanto se trata de operaciones del sistema en el sistema. La autodescripción del derecho es una operación que puede producir, en el subsistema y por el subsistema, nuevas diferenciaciones, nuevas comunicaciones, nuevas relaciones entre comunicaciones y nuevas relaciones entre relaciones. Por esta razón, este tipo de operaciones pueden llamarse también: *reflexión*.¹¹²¹

Ahora bien, la gran pregunta que a estas alturas debe uno hacerse es la siguiente: ¿cómo es que toda esa autorreferencialidad, esa observación y autoobservación, esa descripción y autodescripción, hacen posible que el derecho cumpla su función? Esto nos introduce en el problema de la validez contrafáctica de las expectativas normativas, ya que la función del subsistema del derecho es garantizar que las expectativas sigan siendo expectativas, aun cuando hayan sido defraudadas.

Al respecto, Luhmann sostiene que el subsistema de derecho puede asegurarse esa “*dureza contrafáctica*”, es decir, esa “*testarudez*”, gracias al aprendizaje obtenido de la repetición de secuencias operativas en la praxis,¹¹²² por un lado, y al recurso al *no-aprendizaje*,¹¹²³ por el otro. La repetición de secuencias operativas produce una condensación de la norma, de manera que ésta sigue siendo la misma para el sistema a pesar del desengaño producido por su violación. Para decirlo de una manera más simple: ya que el número de veces que la expectativa contenida en la norma se cumple es mayor que el número de veces que se defrauda, el sistema aprende de esta repetición de secuencias operativas, cual es la expectativa, la estabiliza e internaliza. De esta manera, cuando se produce una defraudación, el subsistema reacciona emitiendo una comunicación que confirma la vigencia de la expectativa y, gracias a su capacidad para diferenciar y seleccionar la información que procesa, conserva la información concerniente a la confirmación de la norma (aprende de su experiencia) y desecha la relativa al caso particular causante de la defraudación. En este sentido, el recurso al *no-aprendizaje* selectivo, el cual consiste en olvidar el suceso y no aprender de él, le asegura al sistema la dureza contrafáctica que se requiere para confirmar las expectativas, pese al desengaño, y contribuir a la estabilización del sistema social.¹¹²⁴

Como puede verse, el concepto de autorreferencialidad aplicado a la teoría de los sistemas sociales implica el reconocimiento de que la sociedad, y por ende los subsistemas que la componen, incluido el derecho, no son en modo alguno estáticos. La teoría del derecho como un subsistema social no intenta presentar al derecho bajo una estructura definitiva. Admite que el derecho como

¹¹²¹ *Ibíd.*, pág. 109.

¹¹²² *Ibíd.*, pág. 137.

¹¹²³ *Ibíd.*, pág. 148.

¹¹²⁴ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7.

subsistema cambia de tiempo en tiempo su estructura, sugiriendo además que lo hace de una forma particular: autorreferencial, autoorganizativa y/o autopoiéticamente.¹¹²⁵

3.2.4. Código:

En principio, el procesamiento de las comunicaciones referentes a las expectativas normativas produce un esquematismo binario, de manera que el subsistema del derecho debe decidir sólo entre dos alternativas: o bien se cumplieron las expectativas normativas, o bien éstas no se cumplieron. Sin embargo, este esquematismo no es suficiente para el subsistema, ya que no sirve para procesar aquellas comunicaciones que se refieren a supuestos en los que, pese a que las expectativas normativas han sido defraudadas, el comportamiento no es totalmente contrario al derecho.¹¹²⁶ Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que concurre alguna causal de justificación del comportamiento.

Para resolver este problema, el subsistema del derecho recurre a la formulación de una abstracción aun mayor, la cual se concreta en la implementación de un código que se sirve de una distinción diversa. Es así que para procesar estas comunicaciones, el sistema jurídico adopta una estructura de relaciones internas que facilita la traducción de los diferentes supuestos en los términos de un código binario: legal / ilegal o jurídico / antijurídico.¹¹²⁷ La coordinación y el procesamiento de comunicaciones bajo el código binario consisten en una operación propia del sistema jurídico que produce una nueva comunicación. En este caso, se trata de una comunicación mediante la cual se *declara* si la comunicación anterior es o no conforme a derecho.¹¹²⁸

*“El procesamiento de dichas expectativas precisa de un código binario que contenga un valor positivo (la justicia) y un valor negativo (la injusticia), así como que excluya artificialmente ambas contradicciones — v.gr. la justicia es injusta y la injusticia es justa—. (...) Todo aquello que entre dentro de la esfera de relevancia jurídica puede ser legal o ilegal”*¹¹²⁹

La codificación binaria del subsistema jurídico tiene diferentes propósitos. Por un lado, contribuye a la clausura operativa del sistema, en la medida que permite diferenciar y seleccionar las comunicaciones que componen el subsistema jurídico, mediante una diferenciación binaria que es exclusiva del

¹¹²⁵ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 102.

¹¹²⁶ *Ibíd.*, pág. 224.

¹¹²⁷ En este mismo sentido, cfr. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191. Para una crítica al esquematismo binario del código que Luhmann adjudica al derecho, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 792.

¹¹²⁸ Una explicación crítica de este esquematismo binario puede encontrarse en WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.732.

¹¹²⁹ LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 74.

derecho. De este modo, ya que el derecho es el único subsistema que utiliza el código derecho / no-derecho, y que ningún otro subsistema puede utilizar este código, entonces sólo son elementos del subsistema del derecho aquellas comunicaciones que pueden ser procesadas en los términos de esos dos valores: uno positivo (conforme a derecho) y otro negativo (no conforme a derecho).

Por otro lado, también coadyuva a la realización autorreferencial de operaciones por parte del subsistema. Para que una comunicación pueda ser coordinada a través del código binario, se requiere que ésta contenga, explícita o implícitamente, una pregunta por su conformidad o no conformidad con el derecho. De ello se desprende que las comunicaciones que pueden ser coordinadas mediante el código demanden una respuesta, la que a su vez exige una nueva comunicación; es decir, una nueva operación del sistema, que pueda producir la comunicación que responda a la comunicación inicial. En este sentido, puede decirse que la condición de que sólo hagan parte del subsistema del derecho aquellas comunicaciones que pueden ser coordinadas mediante el código binario de que se sirve, se justifica también, entre otras razones, porque este tipo de comunicaciones demanda nuevas comunicaciones, lo cual produce el impulso necesario para la autorreferencialidad, autoorganización y/o autopoiesis del sistema.¹¹³⁰

Y finalmente, el recurso al código binario también le facilita al subsistema jurídico la tarea de cumplir su función dentro del sistema social. Al efecto, téngase en cuenta que para procesar una comunicación en términos de *conforme a derecho / no conforme a derecho*, el subsistema debe necesariamente presuponer la vigencia normativa de las expectativas a que se refiere la comunicación. Para emitir una nueva comunicación, que responda a la comunicación inicial en los términos del código binario, el subsistema necesita anclarse a algún criterio de decisión, y por ello debe presuponer la vigencia de las expectativas fácticas contenidas en las normas. De lo contrario, esto es, sin presuponer tal vigencia, el subsistema no tendría de donde asirse para asignar valores positivos o negativos a la comunicación que procesa.¹¹³¹ Por esta razón, puede decirse que el código adoptado coadyuva a que el sistema del derecho se afirme y confirme permanentemente a sí mismo, y que de esa forma establezca la confianza en las expectativas normativas que el sistema de la sociedad requiere para operar en medio de la complejidad y de la incertidumbre.

3.2.5. Programa:

Diferenciar y decidir en qué extremo del código debe ir cada comunicación no es, sin embargo, una tarea que el subsistema pueda cumplir, por decirlo de

¹¹³⁰ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 123.

¹¹³¹ *Ibíd.*, pág. 129.

alguna manera, “intuitivamente”. Para poder producir esas distinciones, el derecho requiere del diseño y ejecución de un *programa* que le indique cuáles son los criterios de decisión.

*“Dado que los valores derecho y no-derecho no son propiamente criterios para la determinación del derecho (o del no derecho), deben existir otros puntos de vista que indiquen cómo los valores del código derecho/no-derecho se asignan bien correctamente, o bien erróneamente. Esta semántica adicional la vamos a llamar (en el derecho como en el caso de otros sistemas codificados) programas”.*¹¹³²

Los programas de los que se vale el derecho se encuentran representados en la teoría jurídica que contiene los criterios para la asignación de los valores del código. En forma menos abstracta: los programas se encuentran especificados en el conjunto de todos los principios, reglas y criterios que han sido instituidos en el derecho para ser utilizados por el subsistema de organización de decisiones del sistema jurídico al momento de procesar cada comunicación y establecer en qué extremo del código binario se clasifican.¹¹³³

Una de las características más importantes de los programas de decisión jurídica es que son programas *condicionales*, en el sentido que establecen las condiciones en las que una comunicación puede ser *conforme a derecho*, o *no conforme a derecho*;¹¹³⁴ es decir, se trata de programas que asumen la forma: “*si esto / entonces aquello*”. La importancia de su condicionalidad estriba en que promueve la apertura cognitiva del sistema, con lo cual se compensa la clausura operativa producida por la exclusividad del código binario y se evita el aislamiento causal del sistema frente a su entorno.

A la sazón, es importante tener en cuenta que las condiciones necesarias para que una comunicación pueda ser clasificada en uno u otro extremo del código no se dan en el subsistema del derecho, sino por fuera de él; es decir, las condiciones exigidas por el programa para que una comunicación pueda ser procesada conforme al código no se producen al interior del sistema del derecho; éstas se dan por fuera de él, en el sistema de la sociedad, y el programa simplemente las reconoce, las incorpora como criterios de decisión, y exige en cada caso su constatación para la clasificación de las comunicaciones en uno u otro extremo del código.¹¹³⁵ Esto se explica porque a pesar de que los principios, las reglas y los criterios que usa el programa son disposiciones internas del sistema jurídico, éstas “*dependen del sistema sociedad incluyente y de su entorno, como condiciones de posibilidad*”.¹¹³⁶

¹¹³² *Ibíd.*, pág. 248.

¹¹³³ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 14. Para una crítica al programa que Luhmann adjudica al derecho, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 793.

¹¹³⁴ Cfr. ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 784.

¹¹³⁵ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 14.

¹¹³⁶ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 253.

Ahora bien, debido a que las condiciones se hallan por fuera del sistema, el derecho, tanto para producir como para ejecutar estos programas, debe primero orientarse cognitivamente hacia su entorno y reforzar la divergencia de lo observado mediante la producción de nuevas diferencias, para luego proporcionar los criterios necesarios para coordinar la diversidad de comunicaciones mediante su propio código. Esto es posible porque, como se ha dicho, a pesar de que el subsistema del derecho se encuentra clausurado operativamente, está abierto cognitivamente: el derecho tiene la capacidad de observar las operaciones de su entorno, autoobservarse y, a continuación, reaccionar operativamente a esas observaciones. De esta manera, al programar la diferenciación y clasificación de sus operaciones según el código, el derecho prevé que tiene capacidad de constatar si por fuera, en el sistema de la sociedad, se dan las condiciones que al interior del subsistema se han fijado para que una comunicación pueda ser considerada como derecho y coordinada a través del código. Es por ello que puede decirse que el hecho de que se trate de programas condicionales asegura la apertura cognitiva del subsistema a las operaciones de su entorno —pues de otra forma no podría establecerse si una comunicación cumple o no las condiciones para ser clasificada en uno u otro extremo del código— y compensa la clausura operativa producida por el carácter exclusivo y binario del código utilizado por el derecho.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el carácter rigurosamente binario del código expone al derecho a una estructura inflexible que lo fuerza a decidir entre “esto / o lo otro”, lo cual resulta difícil de soportar en un sistema tan complejo y diferenciado como el de la sociedad. Para resolver este problema, el programa de decisión debe incorporar elementos que permitan direccionar la semántica¹¹³⁷ de la decisión, en el sentido que mejor se articule con la función que cumple el subsistema del derecho en el sistema de la sociedad.¹¹³⁸

Para Luhmann, la determinación teleológica del derecho ha cumplido tradicionalmente ese papel como factor de corrección. Sin embargo, en su opinión, este criterio requiere actualmente de una revisión urgente, ya que la utilización del fin como criterio de decisión trae implícita una valoración discutible sobre un futuro incierto: de alguna forma, al apelar al criterio teleológico para corregir la semántica de la decisión, ésta termina fundándose

¹¹³⁷ Sobre el concepto de <<semántica>> en Luhmann consultar HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 197. Este último autor sostiene que “As a result of this shift towards semantics, meaning, knowledge, or, as other would say, towards the cognitive and informational domain which can be interpreted as culture, it was only to be expected that Luhmann would use the concept of self-reference rather than that of self-organisation”.

¹¹³⁸ Cfr. ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 784.

en un pronóstico muy discutible acerca de sus consecuencias futuras, lo cual la expone a una crítica empírica muy dura, de la que difícilmente puede salir.¹¹³⁹

Como alternativa, Luhmann propone interpretar los programas como suplementos de la codificación: a diferencia del código, caracterizado por su dureza e inflexibilidad, los programas jurídicos son susceptibles de cambio, para adecuarse mejor a las necesidades de integración del subsistema del derecho a su entorno. De esta manera, las soluciones insatisfactorias que puedan producirse a causa de la dureza del código, pueden corregirse sin necesidad de modificarlo, simplemente introduciendo distinciones en el programa de asignación de valores al momento de tomar la decisión. Dicho de otra forma: *“Para fines de programación, el carácter unívoco del código, que sólo se encuentra en su estado binario, tiene que abrirse. Los valores del código tienen que interpretarse como posibilidades; o con otros términos: como un medio que puede aceptar formas diversas”*.¹¹⁴⁰

La ventaja que ofrece esta perspectiva frente a la teleología se halla en que la solución para la inflexibilidad del código no se logra de forma arbitraria, ni recurriendo a elementos externos al sistema (el fin), sino a partir de sus propias operaciones, con lo cual se conserva la autorreferencialidad como característica principal del derecho. A fin de cuentas, los cambios en los programas son producto de operaciones del propio sistema del derecho que se realizan bajo las formas del propio sistema del derecho.

Lo anterior, no obstante, permite entrever que pese la existencia de un programa, la asignación de valores al interior del subsistema es en gran parte contingente; es decir: *“Esta adjudicación se tiene que presentar como una decisión que por principio también hubiera podido ser de otra manera y que, además, eso ha sido tomado en consideración”*.¹¹⁴¹ Esto nos lleva a la aparición de una distinción ulterior que complementa el código binario básico del sistema: la distinción entre la aplicación correcta o equivocada de los criterios del programa para la adjudicación de lo que es o no conforme a derecho.

El código binario *“conforme a derecho / no conforme a derecho”* opera a nivel primario con el programa y permite decidir, casi automáticamente, a cuál de los dos valores se adjudica la comunicación. En la mayoría de los casos, el programa de decisión puede operar *“limpiamente”*, de manera que el sentido de la decisión no sea susceptible de controversia. Sin embargo, en algunos casos difíciles, límites, borrosos, o como quiera que se les desee llamar, puede surgir la necesidad de saber si se cometió un error al momento de asignar el valor. Esto significa que el sistema de la sociedad no sólo está expuesto a la inseguridad frente al cumplimiento futuro de las expectativas, sino también a la

¹¹³⁹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 257 y ss.

¹¹⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 252.

¹¹⁴¹ *Ibíd.*, pág. 241.

incertidumbre relacionada con la manera en que el derecho procesará ciertas comunicaciones.

Para que el sistema pueda resolver su problema de incertidumbre no basta con garantizar las expectativas normativas contrafacticamente, sino que se requiere, además, asegurar normativamente las expectativas normativas. En términos menos abstractos, esto significa que la sociedad necesita tener la seguridad de que el derecho reaccionará siempre de la misma manera frente a una defraudación de las expectativas normativas. Para lograr tal seguridad, el sistema jurídico crea expectativas normativas sobre la reacción del propio derecho ante la defraudación de una expectativa normativa en la sociedad.¹¹⁴²

Esto significa que, para poder cumplir su función, el derecho debe operar reflexivamente.¹¹⁴³ Es decir, no es suficiente que el derecho alterne la observación de las operaciones de su entorno y la autoobservación, para luego impulsar autorreferencialmente el cambio en su estructura; es necesario, además, que el derecho asuma la posición de un observador de segundo orden, y observe la manera en que él observa, para poder crear expectativas normativas acerca de la forma en que ha de reaccionar ante las defraudaciones de las expectativas normativas en la sociedad. Estas expectativas normativas ante las expectativas normativas se producen gracias a que la observación de segundo orden permite que el subsistema del derecho pueda llevar a cabo un proceso de diferenciación y selección de sus operaciones, produciendo un corte que genera un subsistema especial dentro del subsistema del derecho. El subsistema del derecho tiene que apelar a su capacidad de autoobservación y organizar una jerarquía de control, una instancia especializada que pueda asumir la posición de un observador de segundo orden y valorar la decisión desde afuera. De esta manera se explica no sólo la existencia de tribunales superiores, sino también la inclusión de dispositivos que al interior del proceso judicial activan el control de la legalidad por parte de otras instancias de la organización.

La teoría del sistema social asume que el derecho, como subsistema, es capaz de diferenciar y seleccionar sus operaciones, produciendo cortes que establecen límites para nuevos subsistemas. La diferenciación del sistema jurídico da lugar al surgimiento de diferentes tipos de subsistemas, entre los cuales sobresalen por su importancia el subsistema de la jurisdicción y el subsistema de la legislación.¹¹⁴⁴ Tanto el subsistema de la jurisdicción como el de la legislación contribuyen a la organización de las decisiones al interior del sistema jurídico, y en esa medida ambos son fundamentales para que éste pueda cumplir su función de aseguramiento de las expectativas normativas

¹¹⁴² *Ibíd.*, pág. 201.

¹¹⁴³ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 12.

¹¹⁴⁴ Sobre este tema, cfr. NEWMARK, Hjalmar. *La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*, pág. 39.

dentro del sistema de la sociedad.¹¹⁴⁵ Ciertamente, hay otro tipo de subsistemas, como por ejemplo aquel encargado de la decisión no judicial de las controversias “privadas”, pero la mayor parte de las operaciones del sistema jurídico están concentradas en aquellos dos.

Como subsistema del derecho, la jurisdicción está dedicada exclusivamente a la toma de decisiones frente a las comunicaciones que se producen en el marco de *conflictos* relacionados con la defraudación de expectativas, y para ello opera siguiendo los procedimientos establecidos normativamente por el propio subsistema.¹¹⁴⁶ Es decir, al interior del subsistema del derecho se forma un subsistema dedicado a la toma de decisiones, el cual define normativamente la forma de procesar las comunicaciones referentes a expectativas normativas, con lo cual este nuevo subsistema crea expectativas normativas respecto al procesamiento de las comunicaciones referentes a las expectativas normativas. Luhmann denomina a este subsistema al interior del subsistema del derecho: “*sistema de organización de las decisiones del sistema jurídico*”,¹¹⁴⁷ y de él hacen parte las comunicaciones que son procesadas por las autoridades institucionales encargadas de la creación o aplicación de las normas en la sociedad, como los jueces y tribunales, por ejemplo.

*“Para este ámbito de decisiones del sistema jurídico, se han desarrollado formas bien establecidas de reflexividad. Estas formas utilizan el formato de la doble modalidad —estandarización de la estandarización—, pero reducen el uso de esta posibilidad en las aplicaciones requeridas por el sistema. El caso más conocido es la estandarización de las reglas de procedimiento que, una vez acatadas, conducen a que la decisión que se ha producido tenga, a su vez, fuerza normativa”.*¹¹⁴⁸

El sistema de la jurisdicción y el sistema de la legislación tienen en común la función de tomar decisiones frente a comunicaciones que integran el sistema

¹¹⁴⁵ Cfr. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann’s Contribution of the Sociology of Law*, pág. 14.

¹¹⁴⁶ “However, the observation of the normative closedness and the cognitive openness of the legal system is not enough to explain its specific use of normative, for instance in comparison with religion, morality or the normative contexts in all other social systems. The theoretical concept of the self-referential uniformity of the legal system must be complemented by a theoretical concept of function of law. This function of law can be approached by a principle of “structural selection”, i.e. the autopoietical election as operated by the legal system.(...) This selection consists of the utilisation of conflict-laden issues for the constitution and reproduction of expectations which are congruently generalized in the social, temporal and contextual dimensions. To envisage conflict if one is prepared to keep up one’s expectations is a test for the generalisation of expectations, since not everything that is projected in this way will be socially acceptable. In answering the questions “which expectations can be kept?” a great number of congruently generalized expectations will be produced in a permanent, coordinated and ongoing fashion, not “by principle” but in an evolutionary process. These expectations can be systematized by lawyerly skills, by legal terms and by legal dogmatic. The result of all this is experienced as law”. (ZIEGERT, Klaus A. *The Autonomy of Legal System. The outlines of Luhmann’s legal theory*, pág. 77). Al respecto, cfr. también POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann’s Contribution of the Sociology of Law*, pág. 14.

¹¹⁴⁷ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 202.

¹¹⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 203.

del derecho, pero cada uno de ellos opera de manera diferente desde la órbita de sus propias competencias.¹¹⁴⁹ Así, la diferencia más sobresaliente entre ellos consiste en que el subsistema de la jurisdicción es el único que tiene la *obligación* de decidir: mientras el subsistema de la legislación y los demás que integran derecho no están coaccionados para adoptar decisiones en relación con cada propuesta comunicativa que se les plantea, el sistema de la jurisdicción se encuentra sometido por la norma que contiene la prohibición de denegación de justicia, la cual lo **obliga** a decidir incluso en aquellos eventos en los que no haya legislación disponible para el caso.¹¹⁵⁰

En el marco de la propuesta teórica de Luhmann, esta obligación de decidir que pesa sobre la jurisdicción tiene una consecuencia muy importante para el derecho: debido a ella, el sistema jurídico puede y debe organizarse como un sistema *“universalmente competente y, al mismo tiempo, capaz de decidir”*,¹¹⁵¹ lo cual resulta fundamental para dimensionar la importancia de su aporte al mantenimiento de la estabilidad del sistema de la sociedad.¹¹⁵²

Adicionalmente, uno de los puntos más interesantes de esta capacidad de diferenciación del sistema jurídico tiene que ver con la naturaleza de las relaciones que se establecen entre sus subsistemas. Al respecto, Luhmann sostiene que en lugar de las relaciones de tipo funcional que existen entre los subsistemas que integran los sistemas altamente complejos como la sociedad, los subsistemas del derecho (que sin embargo es bastante complejo ya) establecen entre ellos relaciones del tipo *centro / periferia*.¹¹⁵³ Al efecto, explica que otros subsistemas como el legislativo requieren, para procesar sus operaciones, o sea, para adoptar sus decisiones, información proveniente del entorno o de otros sistemas en el entorno. Por esta razón necesitarían ubicarse en la periferia del sistema, en donde la apertura cognitiva del sistema jurídico

¹¹⁴⁹ Uno de los aspectos más interesantes de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann es su cambio de paradigma frente al origen y al papel de la democracia en la sociedad occidental. Luhmann entiende que *“la democracia emerge como una realidad contingente, generada a partir del incremento de la complejidad interna del sistema político, y su función primaria es gestionar y aliviar el sistema político: para tal fin es necesario el derecho”*. (THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann’s Political Theory: politics after metaphysics?*, pág. 98). Esta forma de comprender la democracia permite entender el papel que cumple el sistema de la legislación para estabilizar el sistema de la sociedad, mediante la gestión y el alivio de las tensiones a las que está sometido el sistema político, debido al aumento de la diferenciación y la complejidad en el sistema de la sociedad.

¹¹⁵⁰ Cfr. NEWMARK, Hjalmar. *La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*, pág. 39.

¹¹⁵¹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 224.

¹¹⁵² NEWMARK (*La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*, pág. 42) sostiene que esta selectividad forzosa, que se deriva de la prohibición de denegación de justicia, demuestra que la teoría de Luhmann no es conservadora, en el sentido que no está preocupada por mantener el *statu quo*, sino todo lo contrario.

¹¹⁵³ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 383.

es más fácil de realizar.¹¹⁵⁴ El subsistema jurisdiccional, en cambio, para asegurar la autorreferencialidad de sus operaciones requiere protegerse de la influencia del entorno y de los sistemas en el entorno, y por ello se ubica en el centro del sistema jurídico.¹¹⁵⁵

El tipo de relación centro / periferia no es, entonces, indicativa de la importancia o del predominio de algún subsistema, sino de su ubicación estratégica para el cumplimiento de sus operaciones.¹¹⁵⁶ La importancia de este modelo de diferenciación consiste en que facilita explicar, por ejemplo, la relación existente entre otros subsistemas sociales ubicados en el entorno del derecho —como el político o el económico— y el subsistema legislativo, o la relativa indiferencia del subsistema judicial ante la formación de consenso en el sistema político respecto de sus decisiones.¹¹⁵⁷

3.2.6. Justicia y argumentación:

La pregunta que a estas alturas debería uno hacerse es la siguiente: si la asignación de valores se produce y corrige semánticamente, a través de un programa cuya correcta aplicación es a su vez objeto de control por instancias especializadas dentro del sistema, entonces ¿dónde queda la justicia?

En el marco de la teoría de sistemas, la justicia es una fórmula de contingencia consistente en una norma que opera a nivel de las observaciones del programa y que permite tomar decisiones *consistentes*. La justicia está estrechamente relacionada con el principio de igualdad, cuando éste adquiere la forma de una regla que obliga y a la vez permite decidir casos iguales de la misma forma, y casos diferentes de forma diferente —de aquí la relación entre justicia y consistencia—. ¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁴ Sobre la relación entre el sistema jurídico y el sistema político en la teoría de Luhmann, puede consultarse THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's Political Theory: politics after metaphysics?*, pág. 98.

¹¹⁵⁵ Una explicación y una crítica a esta tesis de la diferenciación centro / periferia entre la jurisdicción y la legislación, puede encontrarse en NEWMARK, Hjalmar. *La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*, pág. 43.

¹¹⁵⁶ NEWMARK (pág. 43) sostiene que, además, ningún subsistema puede reemplazar al otro en el cumplimiento de sus funciones, debido a que las cargas son demasiado excesivas para que uno pueda soportar el peso de ambas.

¹¹⁵⁷ Para una crítica acerca del modelo de relación entre derecho y política propuesto por Luhmann, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 789.

¹¹⁵⁸ Para un estudio acerca de las consecuencias de la teoría de los sistemas sociales propuesta por Luhmann frente a temas como la discriminación racial y los derechos humanos, puede consultarse MURPHY, Tim. *From subject to system: some unsystematic systems-theory thoughts on race equality and human rights*, pág. 55.

Para Luhmann, *“la justicia no es ni una afirmación en torno a la esencia o la naturaleza del derecho, ni un principio fundador de validez jurídica ni, finalmente, un valor que hiciera aparecer el derecho como algo digno de preferencia”*.¹¹⁵⁹ Para él, la justicia tiene que ver principalmente con *“la posibilidad de delimitar el caso específico frente a otros casos, recurriendo a reglas de decisión que a su vez puedan considerarse justas cuando seleccionan consistentemente entre casos iguales y casos desiguales”*.¹¹⁶⁰

La justicia, vista desde esta perspectiva, obliga al derecho a tomar decisiones en el contexto de otras decisiones. Para ello, debe asumir la posición de un observador de segundo orden, y observar el derecho como es observado desde fuera por otros observadores. Sólo en la medida que las decisiones sean consistentes, es decir, que los casos iguales sean resueltos de igual forma, y los casos desiguales de diferente forma, puede afirmarse la justicia.

Sin embargo, lograr la producción de decisiones consistentes no es, en lo absoluto, sencillo. El hecho de que el subsistema del derecho se sirva de un código binario, sumado a la enorme diversidad de los casos a los que se refieren las comunicaciones que deben ser procesadas, estimula una bivalencia que produce incertidumbre en el sistema.¹¹⁶¹ Esta incertidumbre tiene lugar en aquellos supuestos en los que no es fácil asignar a la comunicación alguno de los valores del código, ya sea porque las circunstancias propias del caso no hacen sencilla la tarea de identificar si reúne o no la condiciones fijadas por el programa para ubicarle en uno u otro extremo, o porque el programa de decisión no tiene criterios de decisión disponibles. En el primer caso, se trata de la dificultad para aplicar el programa existente a la toma de la decisión; en el segundo caso, se trata de que el programa no tenía previsto el evento de esta comunicación, y por tanto no anticipó criterios de decisión para coordinarla a través del código. Además, debido a que el subsistema de la jurisdicción no puede disponer de su capacidad de decidir, sino que está en todo caso obligada a hacerlo, la incertidumbre no justifica el silencio frente a una propuesta comunicativa que reúna las condiciones para hacer parte del sistema.

En estos eventos, los espacios de indeterminación e incertidumbre deben llenarse con razones, y es aquí donde encaja y se articula la teoría de los sistemas sociales con la teoría de la argumentación jurídica. Para la teoría de sistemas, las argumentaciones *“son comunicaciones especiales en las que mediante intercambio de razones se resuelven las diferencias de opiniones acerca de cómo distribuir los valores del código con que opera el derecho”*.¹¹⁶² De acuerdo con Luhmann, la argumentación jurídica es el producto de una autoobservación de segundo orden que realiza el sistema, en supuestos en los

¹¹⁵⁹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 284.

¹¹⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 289.

¹¹⁶¹ *Ibíd.*, pág. 124.

¹¹⁶² HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 114.

que dos o más comunicaciones entran en controversia a propósito de una decisión del sistema.

La necesidad de argumentos sólo aparece cuando hay controversia en torno al sentido de una decisión, de modo que ésta necesita de un fundamento ulterior para ser considerada válida; es decir, cuando se requiere de una explicación que justifique la pertenencia de esa nueva comunicación al sistema del derecho. Por esta razón, en aquellos casos en los que la aplicación del programa de decisión no ofrece dificultades —que son la mayoría—, no se requieren argumentos, sino que la comunicación contenida en la decisión se considera válida, casi de forma automática, por el hecho de haber sido emitida por el sistema conforme a las expectativas normativas de operatividad propias del sistema.

Para disolver la controversia, el sistema debe encontrar razones que le permitan discernir cuál de las propuestas comunicativas es más consistente, o sea, más justa. Esto último sólo es posible a través un proceso de autoobservación de segundo orden, mediante el cual el sistema observa desde afuera la manera en que él ha observado y decidido otros casos en el pasado. La autoobservación de segundo orden le permite la discriminación de casos o grupos de casos, sirviéndose para ello de distinciones. El sistema toma la información que tiene sobre casos pasados y la reutiliza, la recicla, la reincorpora al proceso de diferenciación, para llevar a cabo una clasificación conforme al principio de igualdad: agrupa casos iguales y separa casos desiguales. A partir de esa discriminación, el sistema obtiene nueva información que transforma en razones, las cuales puede utilizar para argumentar cuál de las propuestas comunicativas es más consistente.

Para explicar este proceso, Luhmann recurre a la distinción *información / redundancia*, de acuerdo con la cual: *“La información es el valor de sorpresa de las noticias, dado un reducido (o limitado) número de otras posibilidades. La redundancia resulta (circularmente) de que la información procedente se debe tomar en cuenta en las operaciones de los sistemas autopoiéticos”*.¹¹⁶³ Para este autor, *“la redundancia es condición de posibilidad de la argumentación jurídica”*,¹¹⁶⁴ porque ella permite seleccionar la información que debe ser reutilizada para producir suficiente consistencia, a partir de la observación de una gran cantidad de decisiones anteriores del sistema.

“Nuestro punto de partida es la tesis de que un sistema autorreferencial sólo puede unir y reproducir sus operaciones a través de la autoobservación y la autodescripción. Expresado de manera sencilla: se necesitan <<razones>> para poder tratar selectivamente la multitud de conexiones internas posibles y para verificar su consistencia o inconsistencia. Por lo tanto, todo procesamiento de expectativas siempre va acompañado de una observación supervisora a través de la cual la forma en la que se observa el mundo resulta así mismo observada. Esto es, la forma en la que se comunica correcta o incorrectamente dentro del sistema es a su vez objeto de comunicación. Desde una perspectiva sociológica se trataría de

¹¹⁶³ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 416.

¹¹⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 420.

una <<redundancia>>, de una disminución del efecto sorpresa de las operaciones singulares”¹¹⁶⁵

3.3. Teoría del sistema de salud como subsistema del sistema de la sociedad.

Desde la perspectiva de la teoría de sistemas puede decirse que la sociedad también cuenta con un subsistema de salud.¹¹⁶⁶ Esto significa que existe otro tipo de comunicaciones al interior de la sociedad que también se encuentran diferenciadas, y que son procesadas de manera diferente por un subsistema especializado distinto del derecho, la moral, la economía o la política: *el subsistema de salud*.¹¹⁶⁷

La literatura que se ocupa del estudio del sistema de salud normalmente aborda este tema, por ejemplo, desde la perspectiva de la administración de recursos de salud, de la estructura organizacional de las instituciones que cumplen algún rol en la prestación de servicios de salud, de la manera en que la financiación del sistema afecta características como la calidad o la cobertura, etc. Es relativamente poca la bibliografía que se ha ocupado de intentar explicar el sistema de salud a partir de la teoría de sistemas,¹¹⁶⁸ en

¹¹⁶⁵ LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 78. Una presentación resumida del sistema de salud desde la perspectiva de la teoría de sistemas puede encontrarse en WENDT, Claus. *Der Gesundheitssystemvergleich: Konzepte und Perspektiven*, pág. 278.

¹¹⁶⁶ Es interesante encontrar en la literatura autores que utilizan también la expresión <<sistema de manejo de la enfermedad>> (“*system der krankerhaltung*”). En este sentido ver, por ejemplo, BAUCH (*Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 1) .

¹¹⁶⁷ Cfr. BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 51. Es importante aclarar que en este trabajo el concepto de <<sistema de salud>> o <<subsistema de salud>> es utilizado en un sentido diferente al que normalmente utiliza la doctrina tradicional en materia de salud, especialmente en el ámbito anglosajón. Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud define el sistema de salud como “*all organizations, people and actions whose primary intent is to promote, restore or maintain health*”. (BENNETT, Sara. *What is Health Policy and Systems Research and why does it matter?* pág. 2). Para una explicación de este concepto de <<sistema de salud>>, con remisión a diversas fuentes bibliográficas, puede consultarse la página web de la Organización Mundial de la Salud, disponible en http://www.who.int/topics/health_system/es/ (consultada el 19 de enero de 2009). Una definición en sentido similar a la anterior puede encontrarse en GOSTIN, quien define el sistema de salud como “*a complex network of individuals and organizations that have the potential to play critical roles in creating conditions for health*” (*Law and the Health System*, pág. 22). En materia de salud mental, POLGAR et al. definen el sistema de salud como “*an involving web of professional and organizational relationships*” (*Mental Health Service and System*, pág. 464). Como se explicará más adelante, cuando en este trabajo se utiliza el término <<sistema de salud>> es para referirse al sistema integrado por todas las comunicaciones que pueden producir las organizaciones, personas o acciones a que se refieren los conceptos antes citados, y de esa manera el sistema queda integrada por elementos diferentes.

¹¹⁶⁸ Como bien lo anota KLEVE (*System Theory and Nursing Theories*, pág. 121), Luhmann parece no haber dedicado especial esfuerzo a explicar el sistema de salud, en contraste con el trabajo dedicado a otros subsistemas como el jurídico o el económico. Entre la doctrina que se ha ocupado con mayor rigor de la aplicación de la teoría de sistemas para la comprensión del sistema de salud, se destacan principalmente dos autores que son reiteradamente citados en la mayoría de los trabajos que se ocupan de este tema: Jost Bauch (*Gesundheit als System: systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswesens; Gesundheit im Sozialstaat: Beiträge zum Verhältnis von Gesundheit und Politik; Gesundheit als Sozialer Code: Von der*

comparación con la que puede encontrarse a propósito de otros tópicos como el derecho o la economía.¹¹⁶⁹ No obstante, en lo que sigue se hará un esfuerzo por tratar de entender el sistema de salud desde la perspectiva de la teoría de sistemas, y de extraer de allí algunos de los elementos fundamentales que sean útiles para comprender la relación entre la psiquiatría y el derecho, en orden a abordar desde otra perspectiva el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.¹¹⁷⁰

3.3.1. Composición y función:

El sistema de la sociedad está compuesto por comunicaciones y sólo por comunicaciones. Ya que el subsistema de salud es un subsistema del sistema de la sociedad, no puede estar integrado más que por comunicaciones.¹¹⁷¹

Esta noción de un sistema de salud compuesto fundamentalmente por comunicaciones no ha sido aún suficientemente valorada por la doctrina tradicional, la cual permanece apegada a la idea que los problemas del sistema de salud tienen que ver con temas como, por ejemplo: i) el conocimiento, identificación, tratamiento y prevención de las enfermedades, lo cual se relaciona con cuestiones científicas y tecnológicas anejas a la ciencias de la salud; ii) la consecución, administración y gestión de los recursos para la prestación de servicios de salud bajo principios de economía, eficiencia, eficacia y amplia cobertura; o iii) la dirección, organización y regulación de las personas e instituciones encargadas de prestar servicios de salud. En la actualidad, el sistema de salud suele definirse como un conjunto de

Vergesellschaftung des Gesundheit zur Medikalisierung der Gesellschaft; y Selbst und Fremdbeschreibung des Gesundheitswesens) y Fritz Simon (*Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*). Ambos autores han sido tenidos en cuenta en este trabajo, aunque por motivos de necesidad de síntesis no logremos hacer justicia a la importancia y magnitud de su aportación, ni referenciar la totalidad de sus obras.

¹¹⁶⁹ BAUCH (*Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswesens*, pág. 1) no sólo hace referencia a que Luhmann parece haber dedicado sólo tres pequeños ensayos al tema del sistema de salud, sino al hecho de que el sistema de salud no cuenta con una teoría propia como la tienen el sistema económico o el derecho por ejemplo.

¹¹⁷⁰ Un estudio del sistema de salud, aplicado específicamente al campo de la salud mental, puede encontrarse en POLGAR, Michael y MORRISSEY, Joseph. *Mental Health Service and System*, pág. 461.

¹¹⁷¹ Cfr. BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 55. Por el contrario, la mayoría de los autores que describen el sistema de salud, especialmente en el ámbito anglosajón, lo hacen como una red de profesionales, organizaciones e instituciones dedicadas a la conservación de la salud, y por ello siempre los estudios están orientados hacia la consecución, mantenimiento y gestión de los recursos humanos, físicos, tecnológicos del sistema de salud, desde el punto de vista de la economía, el derecho y la medicina principalmente. No obstante, como puede verse, en este trabajo manejamos una perspectiva diferente. Sobre la perspectiva que siguen la mayoría de los autores, puede consultarse POLGAR, Michael y MORRISSEY, Joseph. *Mental Health Service and System*, pág. 461; HAVIGHURST, Clark. *Health Care as a (Big) Business: The Antitrust Response*, pág. 257; Cfr. también GOSTIN. *Law and the Health System*, pág. 222; HARRIS, Dean. *Contemporary Issues in Health Care Law and Ethics*, pág. 41.

profesionales e instituciones más o menos organizados para la prestación de un servicio público esencial, en condiciones de economía y calidad fijadas por la ley. Por esta razón, la doctrina mayoritaria no encuentra a primera vista relación alguna entre la salud y la comunicación. Al final de cuentas, “*un dentista comunicativo o poco comunicativo puede igualmente hacer un buen trabajo*”¹¹⁷².

Sin embargo, sería necio desconocer que muchos de los problemas relativos a la definición, clasificación, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades tienen que ver con la dificultad para ponerse de acuerdo en cuestiones conceptuales y semánticas que atraviesan de manera transversal todas las ciencias de la salud, lo cual es claramente un problema comunicativo. A la sazón, nótese que gran parte de la evolución de la medicina está relacionada con el desarrollo de un lenguaje propio, el cual permite definir con mucha más precisión ciertos fenómenos que si tuviera que utilizar el lenguaje ordinario. Así mismo, obsérvese que muchos de los problemas del sistema de salud tienden a resolverse en la medida que ese lenguaje propio evoluciona y permite una mejor comunicación entre los diferentes actores del sistema. De allí que no sea descabellado afirmar que la comunicación es un elemento fundamental en el funcionamiento del sistema de salud.¹¹⁷³

Pero además, muchas otras cuestiones relacionadas con la organización y financiación del sistema de salud también pueden ser entendidas como producto de la comunicación entre éste y otros subsistemas del sistema de la sociedad, como la política, el derecho o la economía. Por ejemplo, la financiación está determinada en gran parte por la comunicación con los subsistemas económico y político, de tal forma que los cambios ocurridos en alguno de estos dos subsistemas (v.g., una recesión seguida de una decisión de recorte presupuestal por el gobierno) tiende a producir cambios en la estructura o el funcionamiento del sistema de salud. Así mismo, nótese que la organización está determinada por la comunicación con el subsistema del derecho, en el sentido que cambios en las normas que regulan el acceso a la seguridad social tienden a producir ajustes en la estructura o funcionamiento del sistema de salud. Por esta razón, tampoco es descabellado afirmar que la comunicación es un elemento fundamental de la estructura y funcionamiento del sistema de salud.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, un sector de la doctrina considera que es posible hacer un cambio de perspectiva para comprender el sistema de salud como un sistema compuesto por comunicaciones, y no ya por personas e/o instituciones.¹¹⁷⁴ No obstante, es necesario aclarar que las

¹¹⁷² LUHMANN. *Anspruchsinflation im Krankheitssystem. Eine Stellungnahme aus gesellschaftstheoretischer Sicht*, pág. 173. Op. cit. en BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 2.

¹¹⁷³ Cfr. BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 2.

¹¹⁷⁴ Cfr. BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 2. Cfr. también KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86; KOPFSGUTER, Konstanti.

comunicaciones que integran el sistema de salud deben necesariamente ser de un tipo distinto a las que integran los demás subsistemas sociales.

En efecto, el subsistema de salud, al igual que el derecho y los otros subsistemas, es producto del corte que en algún momento se produjo al interior del sistema de la sociedad, debido al aumento de la complejidad resultante del continuo proceso de diferenciación y selección de comunicaciones llevado a cabo por él.¹¹⁷⁵ Como se ha explicado, la multiplicación de operaciones por parte del sistema de la sociedad en algún momento produjo un nivel de diferenciación tal que hacía imposible mantener todos los elementos del sistema relacionados al mismo tiempo. Esta situación, definida como complejidad, sólo puede resolverse mediante un proceso de diferenciación aun mayor que produzca un corte al interior del sistema de la sociedad, el cual dé origen a un subsistema especializado que pueda procesar las distintas clases de comunicaciones para reducir la complejidad y procesarla en forma de sentido. En el caso del subsistema de salud, las operaciones de diferenciación realizadas por el sistema de la sociedad permitieron identificar un tipo concreto de comunicaciones, relacionadas con ciertos cambios particulares sufridos por los sistemas bio-psíquicos ubicados en su entorno, y a los cuales se define con el término: <<enfermedad>>.¹¹⁷⁶

En efecto, algunos autores sostienen que la enfermedad puede ser comprendida, en el marco de la teoría de sistemas, como la respuesta del sistema bio-psíquico —al que ordinariamente llamamos “ser humano”— a ciertos cambios ocurridos en sistemas de su entorno.¹¹⁷⁷ Por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de sistemas la enfermedad puede ser explicada como

Gesundheit in der Weltgesellschaft, pág. 117; FUCHS, Peter. *Das Gesundheitssystem ist niemals verschluckt*, pág. 32.

¹¹⁷⁵ Una explicación de la forma en que se origina el sistema de salud en el paso de las sociedades arcaicas y menos diferenciadas a las sociedades modernas altamente complejas, desde la perspectiva de la teoría de sistemas, puede encontrarse en BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 52.

¹¹⁷⁶ Como se ha señalado, el concepto de enfermedad sigue siendo materia de ardua discusión en el seno de las ciencias de la salud. Al respecto, cfr. *Supra* §III.1.

¹¹⁷⁷ Cfr. SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*, pág. 66. Al respecto, también puede consultarse KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 130; Cfr. también KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86. Respecto a este punto, BAUCH resalta que es precisamente el hecho de que las operaciones del sistema de salud estén orientadas a obtener cambios en los sistemas bio-psíquicos, los cuales no hacen parte de la sociedad, lo que hace más difícil aceptar que el sistema de salud este compuesto por comunicaciones y sólo por comunicaciones. Al respecto sostiene: “Das besondere am Gesundheits- oder in Luhmanns Diktion des Krankheitssystems ist die Tatsache, „ dass seine Funktion sich nicht auf das Gesellschaftssystem selbst bezieht, sondern auf dessen Umwelt. Körper und Psyche des Menschen sind nicht Teile und nicht Elemente des Gesellschaftssystem selbst, das nur aus Kommunikationen besteht“. *Psyche und Körper gehören nach Luhmann zur Umwelt des Gesellschaftssystems, sind aber für die „Reproduktion gesellschaftlicher Kommunikation“ so wichtig, dass sich zur Bearbeitung dieser Umwelt ein eigenes Subsystem herausgebildet hat.*“ (BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 56).

la reacción del sistema bio-psíquico a modificaciones en el ecosistema (v.g., aparición de bacterias o virus, o el cambio de las condiciones climáticas), o a modificaciones en el sistema social debido a cambios de algunos de sus subsistemas (v.g., estrés causado por crisis en el sistema económico o por elevados niveles de competitividad en el entorno laboral).¹¹⁷⁸

Ahora bien, ya que la sola aparición de la enfermedad en el sistema bio-psíquico no explica el surgimiento del subsistema de salud, es necesario aclarar que para que el sistema social tenga la necesidad de producir un corte que dé origen a un nuevo subsistema, se requiere que haya previamente un proceso de diferenciación que identifique la especialidad de cierto tipo de comunicaciones. Por esta razón, la enfermedad adquiere relevancia como elemento constitutivo o generador del subsistema de salud, en el momento en el que “*ella es comunicada con el resultado de que doctores, enfermeras y otros deben entrar en acción*”.¹¹⁷⁹ Dicho en otras palabras, el subsistema de salud aparece como resultado de un proceso de diferenciación que permite identificar un tipo especial de comunicaciones relacionadas con la enfermedad, las cuales requieren ser procesadas de alguna manera por el sistema de la sociedad para asegurar su estabilidad y funcionamiento.¹¹⁸⁰

Es interesante subrayar que para la teoría de sistemas la relevancia social de la enfermedad no reside en su dimensión física de dolor o malestar para el sistema bio-psíquico, sino en su dimensión comunicativa.¹¹⁸¹ De hecho, nótese que el dolor, el malestar o ciertos cambios estructurales o funcionales del sistema bio-psíquico, sólo resultan relevantes para el sistema de salud cuando pueden calificarse como síntomas de una enfermedad. Sin embargo, para que ellos puedan ser considerados como tales, es necesario llevar a cabo un proceso de validación, que no puede tener lugar si previamente ese dolor, ese malestar o ese cambio que experimenta el sistema bio-psíquico no ha sido materia de una comunicación que pueda ser procesada por el sistema de salud.¹¹⁸²

Sin perjuicio de lo anterior, para entender de qué tipo de comunicaciones está compuesto el subsistema de salud, no es suficiente afirmar que éste se ocupa de procesar las comunicaciones relacionadas con la enfermedad. Una afirmación tan amplia podría dar lugar a problemas para diferenciar las

¹¹⁷⁸ Un interesante estudio sobre la relación entre los ingresos familiares y la salud de los individuos en Estados Unidos puede encontrarse en DEATON, Angus. *Policy Implications of the Gradient of Health and Wealth*, pág. 42. Sobre la relación entre medio ambiente y salud puede consultarse JACKSON, Richard. et al. *Creating a Healthy Environment: the impact of the build environment on public health*, pág. 52. Respecto a las principales causas de mortandad en Estados Unidos en el año 2000, cfr. MOKDAD, Ali. et al. *Actual Causes of Death in the United States, 2000*, pág. 26.

¹¹⁷⁹ KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 131.

¹¹⁸⁰ Cfr. BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 4.

¹¹⁸¹ Cfr. *ibíd.*, pág. 2; así también KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86.

¹¹⁸² Cfr. SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*, pág. 66.

comunicaciones que hacen parte del sistema de salud y las que hacen parte de otros subsistemas como el derecho, la economía o incluso el propio sistema de la sociedad. Nótese que también las comunicaciones que se dan en el contexto del procesamiento de expectativas normativas relacionadas con el derecho a la salud o a la seguridad social pueden estar relacionadas con la enfermedad. Y ni que decir de otros contextos menos especializados como el de las conversaciones comunes y corrientes, o el de ciertas obras literarias o cinematográficas que giran en torno a la enfermedad.

Para eludir este tipo de confusiones, es necesario llevar esta afirmación a términos más concretos. A tal efecto, podría decirse que el subsistema de salud se especializa en el procesamiento de las comunicaciones de contenido médico general, quirúrgico, farmacéutico, fisioterapéutico, odontológico etc., que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades. Así, el subsistema de salud no procesa cualquier tipo de comunicación relacionada con la enfermedad, sino sólo aquellas que tienen lugar en el contexto antes mencionado. Frente al tema que nos ocupa en esta investigación, también las comunicaciones de contenido psiquiátrico que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de trastornos mentales son procesadas por este subsistema de salud.

Ahora bien, sumado a lo anterior, es importante indicar que para que la enfermedad pueda servir como elemento generador del sistema de salud no basta que ella dé lugar a un tipo especial de comunicaciones, sino que además se requiere que exista la necesidad de procesar dichas comunicaciones en forma especializada por parte del sistema de la sociedad. O sea, se requiere que además de que el sistema de la sociedad logre identificar este tipo de comunicaciones a través de sus operaciones de diferenciación, tenga la necesidad de procesarlas de forma especializada a través de un subsistema exclusivamente dedicado a ello. Por esta razón, puede decirse que el sistema de salud es producto no sólo de la diferenciación de las comunicaciones relacionadas con esta reacción del sistema bio-psíquico a la que llamamos <<enfermedad>>, sino también de la necesidad del sistema de la sociedad de procesarlas de forma especial.

La pregunta por la necesidad del sistema social de procesar este tipo de comunicaciones puede responderse a través del estudio de la función que cumple el subsistema de salud. Para los autores que se han ocupado de este tema, así como para las organizaciones que institucionalmente se encargan de investigar, diseñar, evaluar y ejecutar planes de mejoramiento del sistema de salud, el propósito fundamental de este subsistema es combatir eficazmente la enfermedad, mediante la realización de su opuesto: *la salud*.¹¹⁸³ De esta

¹¹⁸³ Al respecto, GOSTIN define la función del sistema de salud en los siguientes términos: “*The mission of public health is broad, encompassing widespread and systematic efforts to promote*

manera, podría decirse que las operaciones del sistema de salud sólo tienen sentido como operaciones dirigidas a restaurar estructural y funcionalmente el sistema bio-psíquico a su estado de bienestar.¹¹⁸⁴

No obstante lo anterior, algunos autores denuncian que al interior del sistema de salud existe una paradoja, consistente en que esta función que le ha sido asignada contrasta con el hecho de que la enfermedad es imprescindible para la propia subsistencia del sistema de salud. Como han explicado algunos autores, en la enfermedad no sólo puede verse el elemento generador del subsistema de salud, sino también el elemento que irrita y pone en movimiento la autopoiesis de este subsistema. A la sazón, obsérvese que cuanto más enfermedad haya, más comunicaciones propias del subsistema de salud se producirán, y con ellas más operaciones de reproducción autorreferencial serán necesarias.¹¹⁸⁵ De tal suerte, parece existir una contradicción en el hecho de que la subsistencia del subsistema creado para promover y mantener la salud dependa de la enfermedad.¹¹⁸⁶

Sin embargo, esta paradoja desaparece si se advierte que justamente porque la enfermedad es algo inevitable y consustancial a los sistemas bio-psíquicos, el sistema de la sociedad diferencia las comunicaciones relacionadas con ella y genera un subsistema especializado para procesarlas. Así, el objeto del sistema de salud no puede ser la utópica erradicación de la enfermedad, sino su control, para mantenerla dentro de los niveles que son aceptables para asegurar la estabilidad del sistema de la sociedad. Al respecto, no es necesaria una explicación acerca de cómo el desborde de la enfermedad a causa de epidemias, contaminación ambiental o catástrofes naturales, pone en peligro la estabilidad del sistema de la sociedad.

Pero además, en la actualidad es discutible que el sistema de salud dependa de la existencia de la enfermedad para su subsistencia. Debe tenerse en cuenta que desde hace ya algún tiempo la teoría sobre los sistemas de salud viene fomentando un cambio de paradigma, conforme al cual la orientación de este subsistema no se halla en el tratamiento de la enfermedad, sino en la

physical and mental health and to prevent injury, disease, and disability" (*Law and the Health System*, pág. 16).

¹¹⁸⁴ En este sentido, ver KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 131. En relación con este mismo tema, BAUCH (*Die Gute und Gesunde Gesellschaft. Die Selbstbeschreibung der Gessellschaft durch ein sociales Funktionssystem*, pág. 65) ha manifestado que la sociología moderna debe ir más allá de explicar la sociedad únicamente en los términos de su estructura y función, debiendo intentar definir lo que debería entenderse por una "buena" sociedad. A tal efecto, en su criterio, la idea de una sociedad "saludable" constituye un buen criterio de lo que debería ser una "buena" sociedad. En este sentido, el sistema de salud constituye una pieza fundamental de lo que debe ser una "buena" sociedad. También se puede consultar BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 60.

¹¹⁸⁵ En este sentido, cfr. SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*, pág. 194; KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 134.

¹¹⁸⁶ KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 135.

prevención de la misma.¹¹⁸⁷ De esta manera, el subsistema de salud no requiere para su subsistencia tanto de la enfermedad misma, como sí de la existencia de un riesgo potencial que sea necesario controlar mediante un sistema orientado a su prevención.¹¹⁸⁸

En conclusión, puede afirmarse que la función que cumple el subsistema de salud para la sociedad consiste en mantener y promover el estado de bienestar físico y mental en los individuos que el sistema de la sociedad requiere para su estabilidad y adecuado funcionamiento.¹¹⁸⁹

3.3.2. Autorreferencialidad:

Como subsistema que hace parte del sistema de la sociedad, el subsistema de salud es también un sistema cerrado y autorreferencial cuyas operaciones son al mismo tiempo operaciones del sistema de la sociedad.¹¹⁹⁰ Esto quiere decir que para diferenciar, procesar y producir comunicaciones, el sistema de salud procesa sus operaciones a partir de sus propias operaciones, las cuales tienen repercusiones como operaciones propias del sistema de la sociedad.¹¹⁹¹

Como sistema cerrado y autorreferencial, el sistema de salud también se caracteriza por la dicotomía entre la heterorreferencialidad y la autorreferencialidad que se desprende de su apertura cognitiva y su clausura operativa. Por el lado de la heterorreferencialidad, el sistema de salud tiene la capacidad de observar y aprender de los sucesos que ocurren en su entorno, y en los demás sistemas en el entorno. Y por el lado de la autorreferencialidad, la observación de lo que ocurre en su entorno, y en los sistemas en su entorno, le permite introducir internamente diferencias a partir de lo observado, con lo cual produce la información o la redundancia que utiliza en la realización de sus operaciones a partir de sus propias operaciones.¹¹⁹²

Una de las particularidades del sistema de salud es que a pesar de la autorreferencialidad, sus operaciones tienen alcances no sólo en su entorno y en los demás subsistemas en su entorno, sino incluso más allá de los límites del sistema que lo contiene.¹¹⁹³ El caso más relevante es el alcance que sus

¹¹⁸⁷ Cfr. PELIKAN, J.M. et al. *A Systemic Approach to Health System Analysis*, pág. 12.

¹¹⁸⁸ Al respecto, KRAUSE (*Systeme und Symptome*, pág. 89) sostiene que debe entenderse que la finalidad del sistema de salud, y más concretamente del subsistema de manejo de la enfermedad, no es sólo eliminar la enfermedad, sino también mantener y promover la salud.

¹¹⁸⁹ KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 130.

¹¹⁹⁰ En este sentido, cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 85; así también BAUCH, Jost. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 51.

¹¹⁹¹ Otra opinión tienen POLGAR et al. (*Mental Health Service and System*, pág. 464), en tanto que describen el sistema de salud, en materia de salud mental, como un sistema abierto.

¹¹⁹² Cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 85.

¹¹⁹³ De acuerdo con BAUCH (*Gesundheit als sozialer Code*, pág. 57), lo que diferencia el sistema de salud de los otros subsistemas no es su contenido, o sea, su composición, sino la extrema orientación al entorno.

operaciones pueden llegar a tener en los sistemas vivos y en los sistemas psíquicos, como consecuencia de la producción de comunicaciones relacionadas con el estado físico y mental de los individuos.¹¹⁹⁴ De hecho, un sector de la doctrina estima que esta “fuerte orientación al entorno físico de la sociedad”¹¹⁹⁵ constituye una de las características más relevantes del subsistema de salud.¹¹⁹⁶ Es muy interesante observar que debido a que la enfermedad es el elemento generador del sistema de salud, sus operaciones dependen de un proceso de comunicación permanente con los sistemas bio-psíquicos ubicados en el entorno del sistema de la sociedad. Las operaciones de otros subsistemas del sistema de la sociedad también pueden tener alcance en los sistemas bio-psíquicos, pero en ningún otro esa conexión es tan fuerte y tan notoria como en el subsistema de salud.

En efecto, una parte importante de las operaciones del sistema de salud depende de la comunicación que se establece entre éste y los sistemas bio-psíquicos que se encuentran en el entorno de la sociedad. Esta comunicación es evidente en el hecho de que el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades depende necesariamente de que el sistema de salud pueda observar la forma en que opera el sistema bio-psíquico para identificar los problemas en su estructura o funcionamiento que causan la enfermedad —por ejemplo, a través de pruebas y exámenes de laboratorio—. Así mismo, esta conexión también es evidente en el hecho de que las comunicaciones producidas por el sistema de salud en la forma del diagnóstico y/o formulación del tratamiento son observadas por el sistema bio-psíquico, el cual dispone lo necesario para producir los ajustes necesarios en su estructura o funcionamiento que le permitan recuperar o mantener su salud (v.g., consumiendo medicamentos).

Esta comunicación se explica porque el subsistema de salud se encuentra contenido en el sistema de la sociedad, y sus operaciones son al mismo tiempo operaciones del sistema de la sociedad, de tal suerte que al ser asumidas

¹¹⁹⁴ En este sentido, cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86. Para una aproximación acerca de cómo puede aplicarse la teoría de sistemas para entender la <<enfermedad>> en los términos de una respuesta estructural y/o funcional del sistema bio-psíquico (humano) a cambios en la red de interacciones con otros sistemas en su entorno (v.g., contaminación de aguas, condiciones alimenticias, aparición de bacterias o virus, cambio de las condiciones climáticas, estrés en el entorno laboral, etc.), puede consultarse SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*, pág. 66. Al respecto, también puede consultarse KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 130.

¹¹⁹⁵ Cfr. PELIKAN, J.M. et al. *A Systemic Approach to Health System Analysis*, pág. 9.

¹¹⁹⁶ “Das besondere am Gesundheits- oder in Luhmanns Diktion des Krankheitssystems ist die Tatsache, „ dass seine Funktion sich nicht auf das Gesellschaftssystem selbst bezieht, sondern auf dessen Umwelt. Körper und Psyche des Menschen sind nicht Teile und nicht Elemente des Gesellschaftssystem selbst, das nur aus Kommunikationen besteht“. *Psyche und Körper gehören nach Luhmann zur Umwelt des Gesellschaftssystems, sind aber für die „Reproduktion gesellschaftlicher Kommunikation“ so wichtig, dass sich zur Bearbeitung dieser Umwelt ein eigenes Subsystem herausgebildet hat.* (BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 56).

como operaciones del sistema de la sociedad, las operaciones del subsistema de salud también pueden ser observadas por los sistemas que se encuentran en el entorno de aquel, y de esa forma generar conexiones e irritar cambios en ellos. Es decir, las operaciones del subsistema de salud pueden ser observadas por los sistemas que se encuentran en el entorno de la sociedad, como lo son los sistemas bio-psíquicos, los cuales las observan como operaciones del sistema de la sociedad, y reaccionan a dicha observación con la autorreproducción de operaciones de manera autorreferente.¹¹⁹⁷

Además, téngase en cuenta que es justamente la posibilidad de producir conexiones y tener repercusiones en sistemas ubicados por fuera de los límites de su entorno, o sea, en el entorno del sistema de la sociedad, la que le permite al subsistema de salud cumplir su finalidad. Sin esta capacidad para tener repercusiones en los sistemas bio-psíquicos, así como en otros sistemas ubicados en el entorno de la sociedad, difícilmente el subsistema de salud podría mantener y promover el estado de bienestar físico y mental en los individuos que el sistema de la sociedad requiere para su estabilidad y funcionamiento.¹¹⁹⁸

Ahora bien, por otra parte, es importante aclarar que el subsistema de salud no sólo se relaciona con su entorno, sino también con aquellos otros subsistemas que se encuentran en su entorno.¹¹⁹⁹ Este es el caso del derecho, la economía o la política, ya que por ser éstos subsistemas del sistema de la sociedad, puede decirse que se encuentran ubicados en el entorno del sistema de salud, en la misma forma en que el subsistema de salud se encuentra ubicado en el entorno de ellos.¹²⁰⁰

Los mecanismos a través de los cuales el subsistema de salud se comunica con los sistemas ubicados en su entorno pueden explicarse a través de la teoría de la reproducción autorreferencial de los sistemas cerrados, a la que ya nos hemos referido.¹²⁰¹ En efecto, téngase en cuenta que a través del procesamiento de sus comunicaciones, el subsistema de salud produce nuevas comunicaciones que son observadas tanto por los demás subsistemas que se encuentran en su entorno, como por el sistema de la sociedad. Gracias a los mecanismos de apertura cognitiva y clausura operativa que caracterizan la

¹¹⁹⁷ Una explicación de la forma en que se produciría la comunicación entre el sistema de salud y los sistemas bio-psíquicos puede encontrarse en BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 59. Si le entiendo bien, BAUCH explica la comunicación entre el sistema bio-psíquico y el sistema de la sociedad como un proceso de comunicación ecológico ("*Ökologische Kommunikation*") (pág. 86)) que se explica en los términos de la capacidad de observación y autoobservación de cada uno de estos sistemas.

¹¹⁹⁸ Cfr. KOPFSGUTER, Konstanti. *Gesundheit in der Weltgesellschaft*, pág. 117. Para un estudio acerca de la forma en que reacciona el sistema de salud frente al envejecimiento de los sistemas bio-psíquicos, puede consultarse BAUCH. *Wie reagieren Sozialsysteme auf menschliche Alterungsprozesse?*, pág. 151.

¹¹⁹⁹ Cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86.

¹²⁰⁰ Cfr. BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*. pág. 11.

¹²⁰¹ Cfr. BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 56.

autorreferencialidad de los sistemas cerrados, tanto los otros subsistemas como el sistema de la sociedad reaccionan a las operaciones del subsistema de salud autoproduciendo cambios en sus respectivas estructuras.¹²⁰² De esta forma, las operaciones del subsistema de salud pueden llegar a condicionar la realización de operaciones de autorreproducción por parte de otros subsistemas en su entorno, del sistema que constituye su entorno, y/o de los sistemas que se encuentran en el entorno del sistema de la sociedad. Es decir, pueden llegar a condicionar la realización de operaciones en otros subsistemas como la economía, la política o el derecho; a condicionar la realización de operaciones directamente en el sistema de la sociedad, y por esta vía, a condicionar también operaciones en otros sistemas que hacen parte del entorno del sistema de la sociedad, como los sistemas bio-psíquicos.

En la misma forma, el subsistema de salud también responde autorreferencialmente a los cambios producidos en otros sistemas. El subsistema de salud no sólo se encuentra clausurado operativamente, sino también abierto cognitivamente, lo cual le permite observar lo que ocurre en su entorno, auto-observarse, y estimular la realización autorreproductiva de operaciones que respondan a los cambios observados en su entorno. Las comunicaciones producidas a través de operaciones llevadas a cabo por parte de otros subsistemas como el derecho, la economía o la política, son observadas por el subsistema de salud.¹²⁰³ Esta observación es seguida de un proceso de autoobservación y reflexión, gracias al cual el subsistema de salud está en condiciones de estimular la producción autorreferencial de nuevas diferenciaciones, nuevas selecciones, nuevas comunicaciones y, con ello, de cambios en su propia estructura.

3.3.3. Código:

Al igual que el derecho, el sistema de salud surge de la necesidad que tiene el sistema de la sociedad de procesar la complejidad originada a partir de la diferenciación de sus comunicaciones. Para que la complejidad pueda ser procesada, el sistema de salud cuenta con un código binario que hace posible que sus comunicaciones sean comprendidas mucho más fácilmente por el sistema de la sociedad.¹²⁰⁴ Las comunicaciones producidas en el contexto de la

¹²⁰² Sobre la relación entre el sistema de salud y los demás subsistemas puede consultarse SCHWARTZ, Friedrich Wilhelm. et al. *Das Gesundheitssystem als Interdisziplinäres Forschungsfeld*, pág. 72.

¹²⁰³ Sobre la relación entre el sistema de salud y el sistema económico, cfr. HAVIGHURST, Clark. *Health Care as a (Big) Business: The Antitrust Response*, pág. 257; cfr. también GOSTIN. *Law and the Health System*, pág. 222; HARRIS, Dean. *Contemporary Issues in Health Care Law and Ethics*, pág. 123.

¹²⁰⁴ "El Sistema de Salud, tiene bajo su orientación el entorno, siendo determinado por lo observado. Su comunicación interna y sus programas se ocupan, esencialmente, con las condiciones de salud-enfermedad del ser humano, que moviliza recursos y genera un ciclo de utilización del sistema de salud. La salud al diferenciarse como sistema, adquiere un cuerpo de conocimiento y reglas, incluyendo el saber y las normas de las diferentes profesiones en esta

evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades son procesadas por el subsistema de salud mediante el código binario salud / enfermedad.¹²⁰⁵ En relación con el tema que nos ocupa, la psiquiatría también forma parte del sistema de salud y, por consiguiente, también procesa las comunicaciones relacionadas con los trastornos mentales en términos del código binario salud / enfermedad u otro equivalente.

Es importante mencionar que el código del sistema de salud es único y exclusivo. Es decir, ningún otro subsistema puede procesar las comunicaciones en la forma de ese código, y el subsistema de salud sólo puede procesar sus comunicaciones en la forma de ese código y en ningún otro.¹²⁰⁶

El carácter exclusivo del código es fundamental en la clausura operativa del sistema de salud porque obliga a que las operaciones del sistema se produzcan sólo a partir de sus propias operaciones. Ya que ningún otro subsistema puede procesar las comunicaciones en la forma de ese código, el subsistema de salud debe procesar sus comunicaciones de forma autorreferente a partir de sus propias operaciones, sin poder ser asistido por otro subsistema en ese procedimiento. El carácter exclusivo y único del código asegura que las comunicaciones que componen el sistema de salud sólo puedan ser procesadas por el sistema de salud a partir de sus propias operaciones, e impide que otros subsistemas interfieran en la realización de esas operaciones.¹²⁰⁷

Sumado a lo anterior, es importante mencionar que el procesamiento de las comunicaciones en alguno de los dos extremos del código implica una

área, históricamente construidas". (CREUTZBERG, Marion et al. *La Institución de Larga permanencia para ancianos y el sistema de salud*); así también en KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 133. Cfr. también KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86

¹²⁰⁵ BAUCH (*Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 9 y *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 78) considera que una concepción moderna del sistema de salud requiere que el código tradicional salud / enfermedad sea reformulado en los términos de otro más abstracto. Para él, el código salud / enfermedad es el código propio del subsistema de manejo de la enfermedad, pero no el código del sistema general del sistema de salud. Él propone un código en los términos "gesundheitsförderlich/gesundeitshinderlich und lebensförderlich/lebenshinderlich". En este mismo sentido se pronuncia también KOPFSGUTER, Konstanti. *Gesundheit in der Weltgesellschaft*, pág. 117. Una traducción aproximada de esas expresiones podría ser *conveniente para la salud / inconveniente para la salud*, o *favorable para la vida / desfavorable para la vida*. Lamentablemente, no he encontrado un término equivalente en castellano que pueda expresar el sentido que este autor desea transmitir con las expresiones indicadas, y por eso prefiero seguir utilizando el código tradicional salud / enfermedad, que resulta igualmente válido para efecto prácticos, aun cuando encuentro plausible su observación.

¹²⁰⁶ BAUCH *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 9; cfr. también BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 51.

¹²⁰⁷ Sobre la comunicación del sistema de salud a través del código binario, cfr. BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 86. Él explica de qué modo el dinero y el derecho sirven como medios de difusión de los que se vale el sistema de la política, como técnica para poder aglutinar o integrar la sociedad, y para la ejecución del código propio del sistema de salud.

elección, selectividad.¹²⁰⁸ El sistema de salud debe decidir si determinada comunicación debe ser procesada en la forma de uno u otro extremo del código. De allí que pueda decirse que el sistema de salud, como el derecho, tiende a la decisión de situaciones mediante la aplicación de un código binario.¹²⁰⁹

Respecto a los conceptos de <<salud>> y <<enfermedad>>, éstos ya han sido abordados en otro lugar de este trabajo.¹²¹⁰ Como ya se dijo en esa oportunidad, se trata de conceptos en torno a los cuales no existe consenso en la doctrina. No obstante, los autores que intentan una definición de estos conceptos por lo general suelen hacerlo asociando el concepto de <<salud>> con el de <<normalidad>> y el de <<enfermedad>> con el de <<anormalidad>>.¹²¹¹ Por supuesto, hay definiciones mucho más elaboradas y ambiciosas, como aquellas que relacionan la salud con un estado de bienestar físico, mental, emocional y social del individuo,¹²¹² y la enfermedad con una afectación física o psíquica que deteriora la calidad de vida del individuo.¹²¹³ Pero en cualquier caso, la mayoría de las definiciones, incluso las más elaboradas, también tienen al menos implícitamente la idea de “normalidad” como criterio orientador. Precisamente, aclarar en qué consiste la salud y la enfermedad es un problema conceptual que tiene que ver con el procesamiento de comunicaciones al interior del sistema de salud, y resolverlo es una de las tareas pendientes de este subsistema.

Ahora bien, ya en lo que hace a la manera en que el código determina la forma de las operaciones, es importante aclarar que aun cuando el subsistema de salud puede procesar sus comunicaciones en el sentido de cualquiera de los dos extremos del código binario, sólo el extremo negativo, constituido por la enfermedad, es utilizado para propiciar la irritación de su autorreferencialidad.¹²¹⁴ Es decir, sólo la enfermedad origina nuevas comunicaciones y nuevas relaciones entre comunicaciones al interior del

¹²⁰⁸ Cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86.

¹²⁰⁹ BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 5.

¹²¹⁰ Cfr. *Supra* §III.1.

¹²¹¹ Cfr. GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*, pág. 101.

¹²¹² Para la Organización Mundial de la Salud, la salud consiste en “*el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*” (OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Génova, 1946, pág. 1. Disponible en http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, consultada el 11 de marzo de 2009). Sin embargo, hay autores que critican esta definición por considerarla utópica, toda vez que se refiere a un estado de salud inalcanzable, que al ser tomado como baremo de medición llevaría a la conclusión que la gran mayoría de los seres humanos estaríamos enfermos de algo.

¹²¹³ “*The health concept denotes not merely the absence of disease, infirmity or disability, but appears as a state of complete physical, mental and social well-being*”. (EHRHARDT, Helmut E. *Problems of Terminology and Classification in Forensic Psychiatry*, pág. 37). En este mismo sentido, cfr. RAINE, Adrian. *The Psychopathology of Crime*, pág. 8.

¹²¹⁴ En este mismo sentido entiendo que se pronuncia FUCHS, Peter. *Das Gesundheitssystem ist niemals verschnupft*, pág. 32.

subsistema de salud, de manera que se erige como el motor de su autorreproducción.¹²¹⁵

En gran parte esto podría explicarse como consecuencia de la relación que, al menos implícitamente, subyace entre el código binario salud / enfermedad y otro código más general, integrado por los extremos normal / anormal. A la sazón, ya se ha mencionado cómo es que el concepto de salud suele relacionarse con un estado de “normalidad” en el individuo, y el concepto de enfermedad con un estado de “anormalidad”. Pues bien, justamente porque la salud se considera un estado “normal”, ésta no genera problemas para la estabilidad del sistema de la sociedad y, por eso mismo, éste no tiene la necesidad de realizar operaciones orientadas a procesar de manera especializada las comunicaciones relacionadas con aquella.

El caso de la enfermedad es diferente porque, como ya se ha mencionado, la enfermedad tiene relevancia para la estabilidad del sistema de la sociedad; es decir, porque ella da origen a comunicaciones que requieren ser procesadas de manera especializada para asegurar la estabilidad y adecuado funcionamiento del sistema de la sociedad. Como la enfermedad no sólo es un estado anormal, sino además un estado con efectos negativos en la vida de los individuos (dolor, malestar, perturbación, etc.), las comunicaciones que ésta produce demandan un procesamiento especial por parte del subsistema que debe solucionar el evento y devolver al enfermo a su estado de “normalidad”. Es esta necesidad de un procesamiento especial lo que hace que las comunicaciones relacionadas con la enfermedad tengan la capacidad de estimular, de irritar la reproducción autorreferencial del sistema.

Para terminar, y sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que recientemente la teoría del subsistema de salud ha iniciado un giro en el que el extremo positivo del código, constituido por la salud, puede ser también el elemento que irrita o estimula la autorreferencialidad del sistema de salud. En efecto, el acento que desde hace algún tiempo se pone en la prevención de las enfermedades permite que las comunicaciones relacionadas con la salud sean asumidas por el subsistema como una re-entrada que estimula la realización de nuevas operaciones y la producción de nuevas comunicaciones.¹²¹⁶ Es decir, en la medida en que la función del subsistema de salud da el giro desde el tratamiento de la enfermedad hacia la prevención de la misma y el mantenimiento de la salud, esta última empieza a ser también capaz de generar comunicaciones que estimulen la reproducción autorreferencial del subsistema de salud. Por ejemplo, las comunicaciones relacionadas con las políticas de prevención de accidentes laborales, de vacunación para la prevención de enfermedades virales en niños, de educación, de prevención de enfermedades de transmisión sexual, etc.

¹²¹⁵ Cfr. PELIKAN, J.M. et al. *A Systemic Approach to Health System Analysis*, pág. 9.

¹²¹⁶ Cfr. *ibíd.*, pág. 17; así también HAFEN, Martín. Was unterscheidet Prävention von Gesundheitsförderung?, pág. 129; BAUCH, Jost. *Die Gute und Gesunde Gesellschaft*, pág. 65.

3.3.4. Programa:

La literatura que se ocupa del sistema de salud casi no se refiere al programa de operación. En su gran mayoría se ocupa de aspectos como la composición o la función del subsistema, mencionando apenas de manera marginal la existencia de un programa. Sin embargo, es claro que como subsistema que es, el subsistema de salud debe tener también un programa de operación que le indique la forma en que debe procesar sus comunicaciones.

En efecto, el subsistema de salud cuenta también con su propio programa, integrado por todos aquellos principios, criterios y reglas de evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades que han sido establecidos para ser utilizados por el subsistema al momento de procesar las comunicaciones y determinar en qué punta del código binario se clasifica cada una de ellas.¹²¹⁷ Este programa se encuentra principalmente compendiado en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades, como el CIE publicado por la Organización Mundial de la Salud, así como en todas aquellas otras herramientas de evaluación y criterios de selección existentes en la literatura científica para incrementar la efectividad del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades.

El programa de operación del sistema de salud es producto de la necesidad de selectividad derivada de la aplicación de un código binario que impone la imperiosa obligación de procesar las comunicaciones en alguna de las dos formas: salud / enfermedad.¹²¹⁸ La selectividad derivada de las alternativas ofrecidas por el código sólo puede llevarse a cabo si el subsistema produce un programa de operación que le indique de qué forma debe procesar sus comunicaciones, es decir, mediante la implementación de un programa que contenga criterios de decisión que puedan ser utilizados por el propio sistema para elegir una de las dos alternativas de decisión ofrecidas por el código.

Una de las características más interesantes del programa de operación del sistema de salud es que se trata de un programa condicional, en el sentido que el procesamiento de las comunicaciones en uno u otro extremo del código dependen de que se verifique la ocurrencia de cierto suceso por fuera del sistema. Allí reside la importancia que tiene el síntoma como suceso que tiene lugar en el sistema bio-psíquico y cuya constatación se hace indispensable para que, conforme a los criterios de diagnóstico contenidos en los manuales de clasificación de las enfermedades, el sistema de salud pueda procesar cierta comunicación como salud o como enfermedad.

¹²¹⁷ Cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 85.

¹²¹⁸ Cfr. *ibíd.*, pág. 86.

La ejecución del programa de operación depende de que éste tenga la capacidad de observar las operaciones de los sistemas bio-psíquicos para verificar si los síntomas introducidos al sistema de salud, en la forma de comunicaciones, se adecuan a los criterios diagnósticos contenidos en los manuales de clasificación de las enfermedades. Por esta razón, la clausura operativa que es consecuencia de la utilización de un código que es exclusivo del sistema de salud, se compensa mediante una apertura cognitiva que es consecuencia de la necesidad del programa de operación de verificar la ocurrencia de los sucesos que condicionan la selección de las alternativas de decisión.

Esta apertura cognitiva del programa de operación no sólo puede observarse en relación con los sistemas bio-psíquicos, sino también frente a los sistemas en su entorno. Ello es particularmente evidente en el hecho de que el programa de operación está en alto grado condicionado por la relación que el subsistema de salud guarda con otros subsistemas como el de la ciencia, el económico, el derecho o el político. Es así que, por ejemplo, los conocimientos disponibles y los recursos tecnológicos al alcance del sistema de salud limitan o incrementan los criterios de decisión para el diagnóstico de las enfermedades, con lo cual se facilita o dificulta la selección de las alternativas ofrecidas por el código. No hace falta un gran esfuerzo para entender que es mucho más fácil decidir si un sujeto padece una enfermedad cuando se cuenta con mayor conocimiento de la patología y se dispone de mayores recursos para el diagnóstico.

Ahora bien, para la elaboración, control y ejecución de ese programa de operación, el subsistema de salud ha llevado a cabo su propio proceso de diferenciación y selección de comunicaciones, el cual ha producido en su interior cortes que dan origen a subsistemas dentro del subsistema. Es así que el sistema de salud, al igual que el subsistema jurídico y los otros subsistemas, también se ha diferenciado dando origen a subsistemas como el de prevención, o como el de tratamiento de las enfermedades —o de manejo de las enfermedades, como lo llama un sector de la doctrina—. ¹²¹⁹

De todos los subsistemas que componen el sistema de salud, el que suele ser objeto de mayor atención por parte de la literatura médica es el sistema de tratamiento de las enfermedades. ¹²²⁰ La razón por la cual resulta tan interesante este subsistema reside en la estrecha relación que mantiene con los sistemas bio-psíquicos y con los demás subsistemas al interior de la sociedad como el económico y el político. ¹²²¹ No se olvide que uno de los mayores retos del Estado social de derecho es la democratización del acceso

¹²¹⁹ Cfr. BAUCH. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 8. Este autor se refiere al sistema de manejo de la enfermedad como subsistema del sistema de salud. Cfr. también PELIKAN, J.M. et al. *A Systemic Approach to Health System Analysis*, pág. 11.

¹²²⁰ Al respecto puede consultarse BAUCH. *Pflege als Soziales system*, pág. 139. Este autor se refiere en realidad al subsistema de asistencia o atención de enfermedades, y realiza un estudio del mismo al nivel de su autonomía, función y código.

¹²²¹ Cfr. PELIKAN, J.M. et al. *A Systemic Approach to Health System Analysis*, pág. 12.

de los individuos al servicio de salud, lo cual ocurre mediante la atención de las enfermedades por parte del subsistema de tratamiento. Precisamente por esta razón, hay autores que sostienen que el subsistema de tratamiento de las enfermedades es un buen indicador del grado de democratización y de bienestar de una sociedad.¹²²² Así mismo, este subsistema adquiere una importancia inusitada en los países en vía de desarrollo, justamente porque la mayor demanda de seguridad social en esos países se concentra en el acceso al sistema de tratamiento de las enfermedades, de tal manera que es muy lógico que la mayor parte de la literatura esté dedicada al estudio de este subsistema.

No obstante, como ya se ha mencionado, recientemente la teoría sobre el sistema de salud ha empezado a dar un giro desde el tratamiento hacia la prevención de la enfermedad, con lo cual parece que el sistema dedicado a esto último ha empezado a ganar terreno y preponderancia.¹²²³ Así, a medida que aumenta la sensibilidad de la población frente a los riesgos inherentes a ciertas enfermedades (v.g., el VIH, el cáncer, la hepatitis, etc.), la tecnología disponible para la investigación y diagnóstico, los recursos para implementar programas epidemiológicos, etc., el subsistema de prevención va adquiriendo mayor eficacia y con ello también mayor importancia para el sistema de salud.¹²²⁴ No sólo el hecho de que la prevención puede resultar más económica que el tratamiento de la enfermedad, sino la sola circunstancia de que puede anticiparse a la ocurrencia de un suceso con efectos negativos en la vida de los individuos, explica la inclinación que muchos especialistas en las ciencias de la salud tienen por privilegiar el sistema de prevención frente al de tratamiento.¹²²⁵

3.4. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

- i) La doctrina sociológica contemporánea también se ve enriquecida por los aportes provenientes de la aplicación de la teoría general de sistemas al estudio de la sociedad. De acuerdo con esta teoría, la sociedad puede ser entendida como un sistema de comunicaciones, y sólo de comunicaciones, que se encarga de procesar la complejidad en forma de sentido.

¹²²² BAUCH, Jost. *Die Gute und Gesunde Gesellschaft*, pág. 65.

¹²²³ En relación con el giro hacia la prevención de la enfermedad, cfr. GOSTIN. *Law and the Health System*, pág. 18; también cfr. ROSE, Geoffrey. *Sick Individual and Sick Populations*, pág. 34; BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 99.

¹²²⁴ Cfr. PELIKAN, J.M. et al. *A Systemic Approach to Health System Analysis*, pág. 12.

¹²²⁵ Acerca de la orientación del sistema de salud hacia la prevención, desde la perspectiva de la teoría de sistemas puede consultarse HAFEN, Martín. *Was unterscheidet Prävention von Gesundheitsförderung?*, pág. 129.

- ii) Para cumplir su finalidad, el sistema de la sociedad se encuentra integrada por otros subsistemas, cada uno de ellos especializado en el procesamiento de tipos de comunicación específicos. Estos subsistemas han surgido debido a la necesidad que tiene el sistema de la sociedad de procesar la complejidad alcanzada a causa de los procesos de diferenciación y selección de comunicaciones, llevados a cabo en el transcurso histórico de su evolución. En relación con el tema que nos ocupa, es importante subrayar que el sistema de la sociedad cuenta con un subsistema jurídico y un subsistema de salud.
- iii) El subsistema jurídico está compuesto por las comunicaciones relacionadas con el procesamiento de expectativas normativas de comportamiento. Este subsistema procesa sus comunicaciones en la forma de un código binario lícito / ilícito, mediante la ejecución de un programa de operación condicional que se encuentra especificado en el conjunto de todos los principios, reglas y criterios que han sido instituidos en el derecho para ser utilizados por el subsistema de organización de decisiones del sistema jurídico al momento de procesar cada comunicación y establecer en qué extremo del código binario se clasifica. La función que cumpliría el sistema de jurídico es la estabilización de las expectativas normativas de comportamiento en el sistema de la sociedad.
- iv) El subsistema de salud está compuesto por las comunicaciones que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades. Este subsistema procesa sus comunicaciones en la forma de un código binario salud / enfermedad, mediante la ejecución de un programa de operación que se encuentra especificado en el conjunto de todos los principios, criterios y reglas de evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades que han sido establecidos para ser utilizados por el subsistema de tratamiento de la enfermedad al momento de procesar las comunicaciones y determinar en qué punta del código binario se clasifica cada una de ellas. En materia de enfermedades mentales, es importante la función que cumplen los manuales de clasificación y diagnóstico como el DSM o el CIE, como depositarios de parte del programa de operación del sistema de salud en materia psiquiátrica. La función que cumpliría el subsistema de salud consiste en mantener y promover el estado de bienestar físico y mental en los individuos que el sistema de la sociedad requiere para su estabilidad y adecuado funcionamiento.

§ V. Determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-

En el capítulo precedente se anunció la intención de llevar a cabo, por razones principalmente estratégicas, un cambio de perspectiva en el abordaje del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental: *pasar de la perspectiva de un participante a la perspectiva de un observador*.¹²²⁶ A tal propósito, se recopilaron y pusieron aparte algunos elementos de juicio extraídos de la sociología, para con ellos intentar elaborar una teoría sobre la manera en que la psiquiatría y el derecho pueden articularse en la sociedad, para responder a la cuestión de la existencia o no de responsabilidad penal en supuestos en los que se debate la pérdida de capacidad de culpabilidad, debido al padecimiento de un trastorno mental por parte del autor de la conducta constitutiva del injusto.

En este capítulo se intentará abordar el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde afuera. Es decir, se intentará abordar el problema mencionado desde una perspectiva distinta a la de las disciplinas que tradicionalmente se han ocupado de su estudio, de modo que podamos tener como referencia el punto de vista de un observador y no el de un participante. La finalidad estratégica de adoptar este enfoque es tratar de superar la tendencia tradicional a ofrecer respuestas sólo desde el derecho o sólo desde la psiquiatría, a un problema que a mi juicio es evidentemente común.¹²²⁷ Asumiendo una visión global de la sociedad y de la función que el derecho y la psiquiatría cumplen en ella, esta investigación está dirigida a

¹²²⁶ “La perspectiva del participante la ocupa alguien que, dentro del sistema jurídico, toma parte en el debate acerca de lo que el sistema obliga, prohíbe y permite y acerca de los poderes que éste confiere. El juez es el centro de la perspectiva del participante. Si otros participantes, por ejemplo, teóricos del derecho, abogados o ciudadanos interesados en el sistema jurídico, presentan argumentos a favor o en contra de ciertos contenidos del derecho se refieren, al final, a cómo el juez debería haber decidido, si hubiese querido tomar la decisión jurídica correcta. La perspectiva del observador la ocupa alguien que no pregunta cuál es la decisión correcta de acuerdo con determinado sistema jurídico, sino que se pregunta cómo son tomadas, de hecho, tales decisiones dentro de un sistema jurídico”. (ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 50).

¹²²⁷ Cfr. LISKA, Allen et al. *Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System*, pág. 1.745.

elaborar el bosquejo general de una teoría que permita comprender la manera en que estas disciplinas pueden llegar a actuar coordinadamente en los supuestos en los que es necesario determinar la inimputabilidad por trastorno mental de un procesado.

Es posible que este cambio de perspectiva no ofrezca soluciones definitivas, pero en todo caso es útil porque enfocar la problemática desde otros puntos de vista permite aumentar la información disponible y adquirir nuevos conocimientos que contribuyan a una superación futura de los obstáculos que hoy enfrenta la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Por esta razón, en lo que sigue intentaré elaborar una propuesta sobre las características y los contenidos más generales que debería tener una teoría como ésta, de manera que pueda servir de punto de partida y de orientación para futuras investigaciones.

1. La Relación de la psiquiatría y el derecho en la sociedad.-

Para la elaboración de una teoría como esa, quisiera tomar como punto de partida la idea de que la metodología para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es producto de una combinación de operaciones de naturaleza jurídica y psiquiátrica.¹²²⁸ Es decir, que la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso concreto cualquiera depende de observaciones, consideraciones, valoraciones o juicios de naturaleza tanto jurídica como psiquiátrica. Si esto es así, significa que la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es un asunto que tiene que ver con la manera en que el derecho y la psiquiatría se relacionan.¹²²⁹ Por consiguiente, la solución a este problema debe buscarse en una teoría que permita coordinar la acción jurídica y la acción psiquiátrica de manera efectiva.

Una teoría mínimamente rigurosa, que aspire a coordinar efectivamente la acción jurídica y psiquiátrica en torno al problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, debe ocuparse en primera instancia de revisar la relación existente entre la psiquiatría y el derecho frente a este tema; es decir, debe tratar de reconstruir esa relación de forma en que se pueda explicar su naturaleza, su contenido, su finalidad, sus características, sus posibilidades, sus limitaciones, su mecánica de operación, etc. Por esta razón, en este apartado me ocuparé de intentar reconstruir la mecánica a través de la cual el derecho y la psiquiatría se relacionan para afrontar problemas comunes como el de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

No obstante lo anterior, para ser consecuentes con la propuesta metodológica planteada en este trabajo, la reconstrucción de la relación entre el derecho y la

¹²²⁸ Esta idea ha sido ya suficientemente probada a lo largo de este trabajo, y para constarlo me remito a los estudios contenidos en los capítulos uno, dos y tres de esta obra.

¹²²⁹ En este mismo sentido, ver MARTÍNEZ GARAY. *La Imputabilidad Penal*, pág. 360.

psiquiatría no puede abordarse de cualquier manera. Para poder emprender el estudio del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde afuera, o sea, desde el punto de vista de un observador y no del de un partícipe, es necesario adoptar una perspectiva más amplia, que permita apreciar ambas disciplinas como un todo integrado al conjunto de la sociedad. Dicha perspectiva no puede ser otra que la que ofrece una visión global de la sociedad, la cual permite identificar y observar la mecánica a través de la cual estas disciplinas se relacionan.

El estudio de la relación entre el derecho y la psiquiatría desde esa perspectiva seguramente podría intentarse a través de la aplicación de alguna de las tantas teorías existentes en la doctrina sociológica sobre la estructura y funcionamiento de la sociedad. En nuestro caso, se ha preferido intentar ese cometido aplicando la teoría del sistema de la sociedad, por cuanto se trata de una de las teorías más sobresalientes en materia de teoría del derecho, y especialmente en materia de teoría del derecho penal. En consecuencia, en lo que sigue intentaré reconstruir la relación existente entre el derecho y la psiquiatría, a partir de la teoría del sistema de la sociedad.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es importante también advertir que aun cuando nuestro objetivo es reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría, no nos interesa llevar a cabo esa reconstrucción a cualquier nivel. Ya al nivel teórico, por ejemplo, la existencia misma de una rama denominada *psiquiatría forense*, que es materia de estudio e investigación por igual en ambas disciplinas, indica la presencia de una relación que merece ser objeto de análisis. Además, no hay dudas de que la relación existente entre el derecho y la psiquiatría al nivel teórico podría reconstruirse, por ejemplo, revisando la literatura existente e intentando establecer de qué forma los cambios en una de esas disciplinas tiene repercusiones en la otra.

Sin embargo, no es la relación que puede existir a nivel teórico la que tiene interés para esta investigación. Si así fuera, no se estaría haciendo nada distinto que profundizar en algo que ya todo el mundo sabe, como es que entre la psiquiatría y el derecho existe un diálogo interdisciplinario. La literatura sobre el tema es prácticamente inabarcable, y tratar de elaborar una teoría al respecto no es materia de este trabajo. Lo que resulta realmente importante para esta investigación es tratar de establecer cómo se relacionan el derecho y la psiquiatría al nivel de la realización de operaciones reales en un caso concreto. Más específicamente, tratar de reconstruir la relación que se establece entre el derecho y la psiquiatría en un caso puntual cualquiera, en el que sea necesario resolver el debate sobre la existencia o no de capacidad de culpabilidad en un sujeto que padece un trastorno mental. Por esta razón, en este apartado se intentará reconstruir la relación existente entre estas disciplinas, no en general, no a un nivel teórico, sino específicamente en materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual cualquiera.

1.1. Reconstrucción de la relación desde la perspectiva de la teoría de sistemas.-

El advenimiento del denominado “giro hermenéutico” a principios del siglo pasado marca el momento de un cambio importante de paradigma en la filosofía: *la idea de que la verdad es una propiedad del mundo, es sustituida por otra en la que ésta es una propiedad del lenguaje, y más exactamente, de las proposiciones del lenguaje.*¹²³⁰ La importancia de este cambio de paradigma consistió en el impulso de una nueva epistemología, desarrollada en torno al presupuesto de que si la verdad es una cualidad de las proposiciones, entonces una mejor comprensión de las estructuras del lenguaje puede ayudarnos a entender la manera en que comprendemos el mundo. Sobre la base de esta epistemología, la filosofía del siglo XX ha potenciado la creencia en la intersubjetividad del conocimiento, y desarrollado una nueva forma de racionalidad: *la racionalidad comunicativa.*¹²³¹ A diferencia de otras formas de racionalidad precedentes, la racionalidad comunicativa ha dejado de lado la lógica de la causalidad y está poderosamente anclada al convencimiento de que el objeto de las ciencias humanas es la comprensión de la dimensión de sentido de los fenómenos sociales. Además, presupone que dicha comprensión sólo es posible si asumimos que el conocimiento no es fruto del ejercicio racional de un individuo aislado, sino el resultado de una empresa colectiva que sólo es posible a través de la comunicación. Por esta razón, la racionalidad comunicativa se erige en el presente como un nuevo paradigma de racionalidad, de acuerdo con el cual la comprensión de la dimensión de sentido de los fenómenos sociales depende de la comprensión de las condiciones que hacen posible tanto la comunicación como la formación de acuerdos intersubjetivos, racionalmente motivados, sobre discursos plausibles.¹²³²

En el ámbito de la sociología este nuevo paradigma produjo también un importante cambio de enfoque, consistente en la superación del

¹²³⁰ Un trabajo muy ilustrativo acerca de la forma en que el lenguaje determina la forma en que comprendemos e interactuamos con el mundo, puede encontrarse en CARRILLO GUERRERO, Lázaro. *La (lógica) construcción de la realidad*, pág. 129. Una referencia a la ruptura que produce la teoría de la acción comunicativa frente a propuestas ontológicas y epistemológicas anteriores, puede encontrarse en ARCE CARRASCOSO, José Luis. *De la Hermenéutica a la Acción Comunicativa*, pág. 243. Una referencia a la manera en que Habermas aborda el dilema del dualismo entre la filosofía analítica y la hermenéutica, y a las razones por las cuales se decanta por esta última, puede encontrarse en RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*, pág. 231. Una explicación de la importancia del lenguaje en la filosofía analítica de Wittgenstein puede encontrarse en WARREN BARTLEY III, William. *Wittgenstein*, pág. 75.

¹²³¹ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 110.

¹²³² Cfr. *ibíd.*, pág. 352. Para una explicación resumida de la forma en que tiene lugar la producción social de *sentido* en la teoría de la acción comunicativa, puede consultarse GONZÁLEZ SORIANO, José Antonio. *Teoría crítica sobre la racionalización como testimonio de un eclipse civilizatorio*, pág. 182. Al respecto, cfr. también MARDONES, *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*, pág. 48. Una presentación general de esta teoría se encuentra en OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*, pág. 109.

antropocentrismo sociológico. En efecto, este nuevo paradigma de racionalidad ha producido una sustitución del centro de gravedad de las teorías sobre la estructura y función de la sociedad, en el sentido que las comunicaciones llegan a reemplazar al hombre como elemento constitutivo de la sociedad. En la actualidad, un importante sector de la doctrina sociológica entiende que la sociedad no queda constituida a causa del puro y elemental proceso de agregación de individuos, sino sólo en la medida que éstos logran establecer entre ellos algún tipo de relaciones que les permita adquirir cierta forma de cohesión como totalidad. Por esta razón, este sector de la doctrina ha dado un giro hacia otra perspectiva, en la que la sociedad deja de ser entendida como un conjunto organizado de persona o instituciones para ser comprendida como una red de comunicaciones y sólo de comunicaciones.¹²³³

Pese a todo, el problema al que se enfrenta la sociología contemporánea consiste en que las comunicaciones se producen permanentemente, sin que sea evidente una lógica, una ley o un patrón que le sea inherente, y que le confiera algún orden a ese proceso. Cientos de miles de millones de comunicaciones se producen cada segundo, ofreciendo al espectador que carece de prejuicios y preconcepciones la apariencia de caos y anarquía. El desafío de la sociología actual consiste en elaborar una teoría comprensiva que nos ofrezca la posibilidad de ver ordenadamente ese océano caótico y anárquico de comunicaciones que da cuerpo a aquello que llamamos sociedad. A efectos de elaborar una teoría verdaderamente comprensiva de la sociedad en esas condiciones, un sector de la sociología ha optado por aplicar la teoría general de los sistemas. De acuerdo con esta teoría, la sociedad se encuentra organizada estructural y funcionalmente como un sistema autorreferente que se compone de comunicaciones y que se ocupa de procesar la complejidad en forma de sentido.¹²³⁴

Para llevar a cabo ese procesamiento del sentido, el sistema de la sociedad realiza operaciones de diferenciación y selección de sus comunicaciones, a través de un proceso autorreferente que conduce a la producción de nuevas comunicaciones, relaciones entre las comunicaciones y relaciones entre las relaciones. En la medida en que el sistema de la sociedad se reproduce de forma autorreferencial, aumenta de manera progresiva la cantidad de elementos que componen el sistema, las relaciones que existen entre esos elementos y las posibles relaciones entre relaciones, lo cual se conoce en el marco de la teoría de sistemas como aumento de la complejidad. De esta manera, la transición de las sociedades más simples a las más complejas —de

¹²³³ Cfr. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, pág. 103; *Facticidad y Validez*, pág. 143. Cfr. también LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 37 y ss.; *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 13 y ss., o también IZUZQUIZA, Ignacio. *La Urgencia de Una Nueva Lógica*. En: *Sociedad y Sistema*, pág. 25; *La Sociedad Sin Hombres*, pág. 147; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 103 y ss.; GARCÍA BLANCO, José María. *Sociología y sociedad en Simmel*, pág. 103.

¹²³⁴ Cfr. LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 37 y ss.; *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 89.

las sociedades primitivas o arcaicas a las sociedades modernas—, tiene lugar en el momento en el que el sistema de la sociedad ha llegado a un nivel de diferenciación tal de sus comunicaciones que le resulta imposible mantener todos sus elementos relacionados al mismo tiempo. Llegado este momento, el sistema de la sociedad se ve en la necesidad de producir cortes en su interior, los cuales dan origen a nuevos subsistemas especializados para el procesamiento de los diferentes tipos de comunicaciones. Los subsistemas originados al interior de la sociedad realizan sus propias operaciones de manera autorreferencial, y en forma prácticamente idéntica al sistema de la sociedad al que pertenecen, distinguiéndose los unos de los otros en su composición, función y en el código y programa adoptado por cada uno de ellos para efectuar el proceso de diferenciación, selección y producción de sus propias comunicaciones. De esta manera, llega a explicarse que, en el marco de lo que nos interesa para los fines de esta investigación, el derecho y la salud sean considerados por la teoría de sistemas como subsistemas diferenciados del sistema de la sociedad, justo al lado de otros como la moral, la economía o la política.¹²³⁵

Ahora bien, en orden a abordar el tema que es materia de este apartado, conviene recordar que nuestro punto de partida es la idea de que la metodología vigente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental se encuentra definida por una combinación de factores jurídicos y psiquiátricos. Por esta razón, es especialmente importante para esta investigación tratar de comprender la relación existente entre el derecho y la psiquiatría. A tal efecto, si intentamos reconstruir dicha relación en el marco de la teoría del sistema de la sociedad, lo primero que vamos a encontrar es que los factores de procedencia jurídica, directamente relacionados con la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, hacen parte de un subsistema social distinto al que pertenecen los factores psiquiátricos directamente relacionados con ese tema. Así, *mientras el régimen legal que define la forma de procesar, probar, valorar y determinar judicialmente la inimputabilidad por trastorno mental hace parte del sistema jurídico, los criterios psiquiátricos para evaluar, diagnosticar y tratar los trastornos mentales hacen parte del sistema de salud*. Esto significa que al poner la relación entre el derecho y la psiquiatría en términos de teoría de sistemas, lo que se encuentra es la necesidad de indagar por la relación entre dos subsistemas sociales

¹²³⁵ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 88. Una presentación general de los conceptos fundamentales utilizados en la sociología jurídica de Luhmann puede encontrarse en HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 187. Acerca de los tres estadios de evolución histórica del sistema jurídico de la sociedad según Luhmann, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 783. Sobre el sistema de salud puede consultarse BAUCH, Jost. *Gesundheit als System: systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswesens*; BAUCH, Jost. *Gesundheit als Sozialer Code: Von der Vergesellschaftung des Gesundheit zur Medikalisierung der Gesellschaft*, BAUCH, Jost. *Selbst und Fremdbeschreibung des Gesundheitswesens*; SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*.

diferentes: el sistema jurídico, que contiene el derecho aplicable a la determinación de judicial de la inimputabilidad por trastorno mental, y el subsistema de salud, que contiene la información psiquiátrica necesaria para determinar el estado mental del procesado.

El poner la relación entre el derecho y la psiquiatría en los términos de la relación entre el subsistema jurídico y el subsistema de salud ofrece importantes ventajas teóricas y prácticas. En lo que respecta al tema que ocupa a este trabajo, es suficiente mencionar dos de ellas: por un lado, permite aclarar exactamente en qué consisten las diferencias existentes entre el derecho y la psiquiatría, mediante un ejercicio comparativo entre los subsistemas jurídico y de salud; y por otro lado, facilita comprender la relación existente entre ellas, a través de la aplicación de la teoría de la relación entre los subsistemas jurídico y de salud. En los dos apartados siguientes me ocuparé de estos temas en el orden mencionado; esto es, primero identificaré las diferencias existentes entre el sistema jurídico y el sistema de salud, y a continuación trataré de reconstruir la mecánica a través de la cual estos subsistemas se reproducen y comunican.

1.1.1. Diferencias entre el derecho y la psiquiatría desde la perspectiva de la teoría de sistemas.-

El propósito de éste acápite es aclarar en qué consisten concretamente las diferencias existentes entre la psiquiatría y el derecho, a partir de la comparación de los respectivos subsistemas a los que pertenecen: o sea, el subsistema de salud y el subsistema jurídico.¹²³⁶ A tal efecto, debe recordarse que en el capítulo cuarto de este trabajo ya se ha expuesto ampliamente la teoría de los sistemas, en relación tanto con el subsistema jurídico como con el subsistema de salud, de tal suerte que para evitar la repetición inoficiosa de contenidos ya explicados ampliamente en otro lugar de esta obra, en este apartado me limitaré solamente a enumerar las diferencias existentes entre

¹²³⁶ El estudio de las diferencias entre el derecho y la psiquiatría a partir de la teoría de sistemas apenas comienza a abrirse camino en la doctrina alemana, como consecuencia de los recientes estudios que abordan la investigación de la estructura y funcionamiento del sistema de salud a partir del modelo de los sistemas sociales. Personalmente no he podido encontrar un estudio completo y específicamente dedicado a las diferencias entre los sistemas jurídico y de salud a partir de la teoría de sistemas. En la doctrina que se ocupa del estudio del sistema de salud a partir de la teoría de sistemas —casi por completo alemana— apenas es posible encontrar algunas referencias marginales al tema. En cambio, la doctrina tradicional, especialmente anglosajona, se ha ocupado bastante del estudio de la relación entre la administración de justicia y el sistema de salud mental, mediante diferentes estrategias y desde distintos puntos de vista. LISKA et al. sostienen: “*This relationship between the criminal justice and mental health system has been addressed through three research strategies: historical studies of the emergence of the two systems, social indicator studies of the covariation between the populations and admission rates of two systems, and survey studies of prevalence of mental illness and criminality among the prison and mental hospital populations*” (*Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System*, pág. 1.746).

esos subsistemas, al nivel de su composición, función, código y programa de operación.

Para comenzar, puede mencionarse que al nivel de la composición existen importantes diferencias entre estos subsistemas. A la sazón, es cierto que ambos subsistemas pertenecen al sistema de la sociedad, el cual está compuesto por comunicaciones y sólo por comunicaciones. De manera que no hay problema en admitir que, al menos en lo fundamental, ambos subsistemas están compuestos también por comunicaciones.

Sin embargo, es importante observar que los procesos de diferenciación y selección llevados a cabo por el sistema de la sociedad, y que produjeron los cortes que dieron origen a cada uno de estos subsistemas respectivamente, son completamente diferentes. Por esta razón, resulta que aun cuando ambos subsistemas están compuestos por comunicaciones, la clase o tipo de comunicaciones que compone a cada uno de ellos es completamente diferente. En el caso del subsistema del derecho, éste está compuesto por todas aquellas comunicaciones de contenido jurídico que se producen en el contexto del procesamiento de expectativas normativas.¹²³⁷ En cambio, el subsistema de salud está compuesto por todas aquellas comunicaciones de contenido médico, psiquiátrico, quirúrgico, farmacéutico, fisioterapéutico, odontológico, etc., que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades.¹²³⁸

Continuando con este análisis, las diferencias mencionadas al nivel de la composición están relacionadas también con la existencia de otras diferencias al nivel de la función de cada subsistema.¹²³⁹ Al respecto, es cierto que ambos subsistemas hacen parte del sistema de la sociedad, el cual tiene como propósito el procesamiento de la complejidad en forma de sentido. Además, también es verdad que las operaciones llevadas a cabo por ambos subsistemas se consideran, al mismo tiempo, como operaciones del sistema de la sociedad; es decir, que tanto las operaciones del subsistema jurídico como las del subsistema de salud son al mismo tiempo consideradas operaciones del sistema de la sociedad. Por esta razón, puede decirse que, al menos en lo fundamental, ambos subsistemas se encargan también del procesamiento de la complejidad en forma de sentido.

¹²³⁷ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 96. Para una presentación general y resumida de su teoría del derecho, puede consultarse POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7.

¹²³⁸ Cfr. BAUCH, Jost. *Gesundheit als System: systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswesens*; BAUCH, Jost. *Gesundheit als Sozialer Code: Von der Vergesellschaftung des Gesundheit zur Medikalisierung der Gesellschaft*, BAUCH, Jost. *Selbst und Fremdbeschreibung des Gesundheitswesens*; SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*, pág. 66.

¹²³⁹ Sobre las diferencias de función entre estos sistemas puede consultarse LISKA, Allen et al. *Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System*, pág. 1.745.

Lo que ocurre es que como cada uno de esos subsistemas es producto de un proceso de diferenciación y selección distinto, y como además cada uno de ellos está compuesto por distinta clase de comunicaciones, entonces el tipo de complejidad que cada uno de ellos debe enfrentar y procesar es también distinto. Esto tiene que ver con la necesidad que en cada caso tuvo que satisfacer el sistema de la sociedad, mediante la producción de diferentes cortes que dieran origen a diferentes subsistemas. En el caso del derecho, este subsistema responde a la necesidad de procesar las comunicaciones de contenido jurídico, y se encarga de asegurar que las expectativas normativas existentes en el derecho sigan siendo válidas al menos como expectativas, aun cuando éstas sean constantemente defraudadas.¹²⁴⁰ Mediante el aseguramiento de la confianza en las expectativas normativas, el sistema jurídico cumple la función de ofrecer estabilidad normativa al sistema de la sociedad.¹²⁴¹

¹²⁴⁰ En este sentido, cfr. LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 73; también cfr. JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*, pág. 18; POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*, pág. 7. Para una crítica a la estabilización de expectativas como función del derecho, consultar ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 793. También HABERMAS reconoce que la función del derecho está relacionada con la estabilización de la confianza en las expectativas normativas de comportamiento, aunque para él esta función se relaciona con la regulación normativa de interacciones estratégicas para lograr la coordinación de los planes individuales de acción y así alcanzar la integración social (*Facticidad y Validez*, pág. 88). En este mismo sentido, es muy interesante e ilustrativa la posición de TOEPEL (*Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 38), quien sostiene que el derecho procesal es un sistema de metanormas que tiene la función de ayudar a resolver los problemas de coordinación de las normas materiales que regulan comportamientos y otros criterios de imputación.

¹²⁴¹ En algún sentido, y hasta cierto punto, esta posición no es necesariamente incompatible con la postura asumida por un amplio sector de la doctrina procesal penal, para la cual el fin del proceso penal es el mantenimiento de la paz y el orden en la sociedad. Así, por citar sólo algunos autores destacados, TIEDEMANN señala: “*La meta del proceso penal es, según una opinión extendida, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor. En ese sentido, finaliza el proceso penal con la constatación de los <<hechos probados>> que, ello no obstante, no son leídos como si fuera un acta, sino que sirven a la fundamentación del llamado veredicto de culpabilidad y de la imposición de la pena. Así pues, el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la sospecha del hecho que resulta contra el inculpado está o no justificada. Por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho consigue la sentencia la paz jurídica y se restablece la validez de la norma penal lesionada. De esta manera realiza el proceso penal, al mismo tiempo, el Derecho Penal material*” (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...* pág. 134). En sentido similar, MAIER sostiene que la recomposición social de conflictos también es un fin del proceso penal: “*Toda la regulación del procedimiento tiende a obtener el acto que ponga fin, definitivamente, al conflicto social en el cual reside la imputación penal, dándole solución. La serie de actos que integra el procedimiento no es más que un avance —histórico cognoscitivo y jurídico— hacia la decisión que soluciona ese conflicto, la sentencia*”. (Vol. a... pág. 113). No obstante lo cual, este último autor aclara que “*es también posible que la función de recomponer la paz y la seguridad jurídicas, que cumple la decisión definitiva, se frustre en algunos casos, en homenaje a valores del individuo superiores en rango*”. Por esta razón, MAIER concluye: “*En Derecho penal este fenómeno es aún más visible, porque, como se trata de la realización del poder estatal que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural del hombre, con sus prohibiciones y mandatos y, además, del que afecta en mayor*

El caso del subsistema de salud es diferente, ya que éste es el producto de la necesidad que en algún momento tuvo el sistema de la sociedad de procesar las comunicaciones que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades. El subsistema de salud procesa ese tipo de comunicaciones, ocupándose fundamentalmente de mantener y promover el estado de bienestar físico y mental en los individuos.¹²⁴² De esta manera, asegurando el mantenimiento y la promoción de la salud en los sistemas bio-psíquicos, el subsistema de salud confiere al sistema de la sociedad la estabilidad que requiere en el entorno para su existencia y funcionamiento.¹²⁴³

grado el ejercicio de las libertades o facultades garantizadas jurídicamente, con su medio de coerción más característico —la pena y las medidas de seguridad y corrección y sus correlatos procesales: las medidas de coerción penal—, la influencia de la ideología vigente o impuesta por el efectivo ejercicio del poder se percibe más ‘a flor de piel’ que en las demás ramas jurídicas. No debe olvidarse que el Derecho penal cumple también un papel de estabilizador y garante de la organización política y de los valores básicos que esa organización engendra, para resguardar la convivencia pacífica bajo determinada ideología”. (Vol. b.... pág. 18).

Diferente es la posición frente a aquellos autores para quienes la finalidad del proceso es la determinación de la responsabilidad penal del procesado. BINDER por ejemplo, define los propósitos del proceso penal así: *“Es posible dar una definición descriptiva y así el proceso penal aparecerá simplemente como un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidad de la sanción. (...) Si se acepta esta definición —que no es la única posible ni la única verdadera— el Derecho Procesal Penal será el conjunto de normas jurídicas (no solo leyes, claro está) que regulan la relación de dichos actos, y que crean y fijan las facultades y obligaciones de los sujetos que los realizan”. (Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 49).* A su turno, GÓMEZ COLOMER distingue (siguiendo a ROXIN) el objeto del proceso penal de la siguiente manera: *“En primer lugar, habrá que matizar la diferencia existente entre el objeto del proceso en sentido amplio, y objeto del proceso en sentido técnico. Desde el primer punto de vista, se trata de ver si el imputado es culpable de actos punibles y cuáles son las consecuencias jurídicas que en su caso se le pueden imponer; técnicamente, sin embargo, se hace referencia a tan solo, en el sentido de los párrafos mencionados de la StPO, al hecho descrito en la acusación en relación con las personas acusadas, por tanto, sólo al objeto del proceso judicial definido en base al principio acusatorio” (pág. 40).*

¹²⁴² Hay autores que sostienen que psiquiatría y derecho penal son de hecho incompatibles, pues mientras la psiquiatría se preocupa por el bienestar del delincuente a quien concibe como un paciente, el derecho penal se preocupa por el bienestar de la comunidad. Al respecto, cfr. TAPPAN, Paul W. *Medico-legal Concepts in Criminal Law*.

¹²⁴³ En este sentido, ver KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 131. También se puede consultar BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 60. En relación con este mismo tema, BAUCH (*Die Gute und Gesunde Gesellschaft. Die Selbstbeschreibung der Gesellschaft durch ein soziales Funktionssystem*, pág. 65) ha manifestado que la sociología moderna debe ir más allá de explicar la sociedad únicamente en los términos de su estructura y función, debiendo intentar definir lo que debería entenderse por una “buena” sociedad. A tal efecto, en su criterio, la idea de una sociedad “saludable” constituye un buen criterio de lo que debería ser una “buena” sociedad. En este sentido, el sistema de salud constituye una pieza fundamental de lo que debe ser una “buena” sociedad.

Ahora bien, las diferencias existentes al nivel de la composición y la función de cada uno de estos subsistemas también se manifiestan en el surgimiento de importantes diferencias al nivel del código implementado por cada uno de ellos. Dado que cada uno de estos subsistemas procesa operaciones de un tipo diferente, y que la función que cada uno de ellos cumple en el sistema social es también distinta, es comprensible que cada uno haya desarrollado un código diferente para el procesamiento de sus respectivas comunicaciones y para la reducción de la complejidad derivada del proceso de diferenciación y selección de dichas comunicaciones. De esta forma, tanto el subsistema jurídico como el subsistema de salud procesan sus respectivas comunicaciones en la forma de un código binario propio, con lo cual reducen la complejidad aneja al proceso de diferenciación y selección de dichas comunicaciones y se facilita su comprensión y procesamiento por parte del sistema de la sociedad.

En el caso del derecho, las comunicaciones producidas en el contexto del procesamiento de expectativas normativas son encausadas a través de un código binario constituido por las formas legal / ilegal, jurídico / antijurídico, lícito / ilícito u otras equivalentes.¹²⁴⁴ A través de la implementación de este código, el subsistema jurídico logra reducir la complejidad aneja al conjunto de todas las comunicaciones producidas en el contexto del procesamiento de expectativas normativas. El servicio que el subsistema jurídico presta consiste en reducir la complejidad derivada de la diferenciación y selección de todas esas comunicaciones jurídicas, procesándolas en la forma de un código binario que es más sencillo de comprender y que facilita el aseguramiento de las expectativas normativas que el sistema de la sociedad requiere para su estabilidad.

A diferencia del anterior, el subsistema de salud procesa las comunicaciones producidas en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades, mediante el código binario salud / enfermedad u otro equivalente.¹²⁴⁵ En el caso de la psiquiatría, la implementación de este

¹²⁴⁴ Cfr. LUHMANN. *El Derecho como Sistema Social*, pág. 74. En este mismo sentido cfr. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 191. Para una crítica al esquematismo binario del código que Luhmann adjudica al derecho, consultar, ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 792. Una explicación crítica de este esquematismo binario también puede encontrarse en WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*, pág. 1.732.

¹²⁴⁵ Cfr. KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*, pág. 133. Cfr. también KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 86. Así también CREUTZBERG, Marion et al. *La Institución de Larga permanencia para ancianos y el sistema de salud*; BAUCH. *Gesundheit als sozialer Code*, pág. 51. BAUCH (*Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens*, pág. 9) considera que una concepción moderna del sistema de salud requiere que el código tradicional salud / enfermedad sea reformulado en los términos de otro más abstracto. Para él, el código salud / enfermedad es el código propio del subsistema de manejo de la enfermedad, pero no el código del sistema general del sistema de salud. Así propone un código en los términos “*gesundheitsförderlich/gesundheits hinderlich und lebensförderlich/lebenshinderlich*”. En este mismo sentido se pronuncia también KOPFSGUTER, Konstanti. *Gesundheit in der Weltgesellschaft*, pág. 117. Una traducción aproximada de esas expresiones podría ser

código le permite al subsistema de salud reducir la complejidad derivada de la diferenciación y selección de las comunicaciones relacionadas con la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades mentales, a través del procesamiento de esas comunicaciones en alguna de las dos formas que constituyen los extremos del código. Es decir, el sistema de salud logra que la complejidad derivada del proceso de diferenciación y selección de las comunicaciones de contenido psiquiátrico sea reducida, por el procesamiento de dichas comunicaciones en la forma de un código que puede ser comprendido más fácilmente. Esta reducción de la complejidad, que se logra mediante el procesamiento de las comunicaciones en la forma de un código, le permite al propio sistema de la sociedad o a los otros subsistemas que lo componen, efectuar las operaciones orientadas al mantenimiento y a la promoción de la salud de los individuos que sean necesarias, en orden a asegurar la estabilidad y funcionamiento del sistema de la sociedad.

Por último, las diferencias existentes al nivel de la composición, la función y el código, conducen a la adopción de un programa de operación distinto por parte de cada subsistema. En efecto, el hecho de que cada uno de estos subsistemas deba procesar comunicaciones distintas en la forma de códigos diferentes, para propósitos disímiles, implica necesariamente que cada uno de ellos deba adoptar un programa de operación que sea consecuente con la naturaleza de las comunicaciones que procesa, con la forma del código en que las procesa, y con la finalidad para la cual las procesa. Esto significa que la manera misma en que cada uno de estos subsistemas procesa sus propios elementos es distinta; esto es, que cada subsistema lleva a cabo de diferente manera sus respectivos procesos de diferenciación, selección y reproducción de comunicaciones, relaciones entre comunicaciones y relaciones entre relaciones.

El derecho cuenta con un programa que está constituido, en lo fundamental, por el conjunto de todos los principios, reglas y criterios que han sido instituidos para ser utilizados al momento de procesar cada comunicación y establecer en qué extremo del código binario se clasifican.¹²⁴⁶ El producto de esa operación son nuevas comunicaciones que, a su vez, tendrán que ser procesadas por el subsistema en igual forma. El encargado de aplicar ese programa es un subsistema del sistema jurídico que tiene a su cargo la toma de decisiones. Este subsistema de organización de decisiones se encuentra en el centro del subsistema jurídico y se encarga de procesar sus comunicaciones bajo los principios, reglas y criterios que integran el programa, en la forma del código binario propio del derecho. En lo particular, este programa de operación se encuentra principalmente recopilado en los códigos y leyes que integran el

conveniente para la salud / inconveniente para la salud, o favorable para la vida / desfavorable para la vida. Lamentablemente no he encontrado un termino equivalente en castellano que pueda expresar el sentido que este autor desea transmitir con las expresiones indicadas, y por eso prefiero seguir utilizando el código tradicional salud / enfermedad, que resulta igualmente válido para efecto prácticos, aun cuando encuentro plausible su observación.

¹²⁴⁶ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 248.

ordenamiento jurídico positivo, aunque también la doctrina, la jurisprudencia y otras fuentes de derecho pueden contener partes de ese programa.

El subsistema de salud, por su parte, cuenta también con su propio programa de operación, el cual está integrado por todos aquellos principios, criterios y reglas de evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades que han sido establecidos para ser utilizados al momento de procesar las comunicaciones y determinar en qué punta del código binario se clasifica cada una de ellas.¹²⁴⁷ Específicamente en relación con la psiquiatría, este programa se encuentra principalmente compendiado en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales, tales como el DSM o el CIE. No obstante, además de estos manuales, el programa también se encuentra en parte integrado por los principios, criterios y reglas contenidos en la doctrina o en la teoría psiquiátrica, así como en todas aquellas otras herramientas que la comunidad científica ha puesto a disposición de la psiquiatría clínica para incrementar la efectividad del diagnóstico y tratamiento de las patologías.

El encargado de ejecutar el programa en el sistema de salud es normalmente un subsistema ubicado al interior, el cual se dedica específicamente al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades. Sin embargo, en la medida que el sistema de salud se orienta más a la prevención que a la curación de las enfermedades, otros subsistemas como el de planeación van adquiriendo mayor importancia en el procesamiento de comunicaciones y, por consiguiente, en la ejecución del programa.

Como se ve, las diferencias entre el subsistema de salud y el subsistema jurídico son fundamentales. En relación con el tema que ocupa esta investigación, estas diferencias cobran aun mayor importancia, por cuanto son indicativas de las características que definen la relación entre la psiquiatría y el derecho.¹²⁴⁸ Sin embargo, una teoría verdaderamente comprensiva de la forma en que la psiquiatría y el derecho se articulan para responder a problemas comunes, como lo es la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, *debe necesariamente ocuparse también de explicar la forma en que estos subsistemas superan las diferencias que los distancian*. Por esta razón, para completar el estudio de la relación existente entre estas dos disciplinas, es necesario revisar cómo es que a pesar de las diferencias mencionadas, los

¹²⁴⁷ Cfr. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*, pág. 85.

¹²⁴⁸ Es interesante subrayar que pese a la existencia de notorias diferencias al nivel de la composición, función, código y programa, hay abundantes estudios que parecen demostrar empíricamente una relación de determinación causal entre ellos. Por ejemplo, la hipótesis central del estudio realizado por LISKA et al. consiste en que la expansión de la capacidad de atención del sistema de salud mental produce una contracción en el porcentaje de personas admitidas en el sistema de administración de justicia, y que la contracción de la capacidad de admisión del sistema de salud produce una expansión del porcentaje de personas admitidas en el sistema de administración de justicia. Cfr. LISKA, Allen et al. *Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System*, pág. 1.752.

subsistemas jurídico y de salud pueden llegar relacionarse. Justamente de ello me ocuparé en el apartado siguiente.

1.1.2. Mecánica de operación y comunicación del derecho y la psiquiatría desde la perspectiva de la teoría de sistemas.-

Partiendo de la base de que la relación entre el derecho y la psiquiatría puede ser reconstruida en los términos de la relación existente entre los subsistemas jurídico y de salud a los que respectivamente pertenecen, es posible asumir que la forma de comunicación y coordinación entre estas disciplinas puede también reconstruirse a través de la mecánica que explica la autorreproducción de los sistemas cerrados. No obstante, antes de abordar frontalmente esta cuestión, conviene realizar una precisión de tipo metodológico para evitar posibles confusiones.

En efecto, conviene advertir que para poder identificar claramente el tipo de relación que nos interesa estudiar, en orden a reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría, es importante retomar la distinción que la teoría general de los sistemas plantea entre la relación que los sistemas guardan con su entorno y las relaciones que los sistemas mantienen con los demás sistemas en su entorno; esto es, la diferencia que hace la teoría general de los sistemas entre el entorno de los sistemas y los sistemas en el entorno.

Ya se ha tenido ocasión de explicar que es posible que en el entorno de un sistema haya otros sistemas diferentes, y que estos otros sistemas no son el entorno del sistema, sino que sólo están en su entorno.¹²⁴⁹ Además se ha explicado que esta diferencia es esencial, porque la forma en que el sistema se relaciona con su entorno es diferente de la manera en que el sistema se relaciona con los demás sistemas que están en su entorno. Así, mientras el sistema y su entorno tienen una relación de interdependencia que no se ve resquebrajada por la existencia del límite que los separa, la manera como se interrelaciona el sistema con los demás sistemas del entorno está determinada por los procesos de observación, autoobservación, autorreproducción y comunicación. En el caso de la relación que el sistema mantiene con su entorno, puede observarse que pese a la existencia de límites, en la frontera entre el entorno y el sistema hay un proceso de selección que permite cierto intercambio de información. En cambio, cuando se analiza la relación entre el sistema y los sistemas en el entorno, no se observa intercambio de información alguna, sino una comunicación que tiene lugar gracias a la capacidad de observación recíproca que conservan los sistemas a causa de su apertura cognitiva.¹²⁵⁰

¹²⁴⁹ Cfr. LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 41.

¹²⁵⁰ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 106. Sobre la autorreferencialidad del sistema del derecho consultar ZIEGERT, Klaus A. *The Autonomy of Legal System. The outlines of Luhmann's legal theory*, pág. 77.

En el caso de los subsistemas, su pertenencia a otro sistema que los contiene hace que la relación entre el subsistema y el entorno sea ligeramente diferente. Por un lado, debido a que el subsistema está contenido en el sistema, las operaciones que lleva a cabo el subsistema dentro de sus límites también son operaciones que hacen parte del sistema al que pertenece, de manera que cualquier cambio que sufra el subsistema a causa de sus operaciones es al mismo tiempo un cambio del sistema que lo contiene.¹²⁵¹ Y por otra parte, debido también a que el subsistema está contenido en el sistema, el entorno del subsistema está constituido por todo aquello que hace parte del sistema que lo contiene y que no se encuentra dentro de los límites de otro subsistema diferenciado. Por esta razón, puede afirmarse que en el caso de los subsistemas, el sistema que los contiene es también su entorno.¹²⁵²

Llevada esta diferencia al caso que nos ocupa, conviene recordar que tanto el subsistema jurídico como el subsistema de salud pertenecen al sistema de la sociedad, de tal suerte que éste es el entorno común de ambos subsistemas. Dicho en otras palabras, el sistema de la sociedad es el entorno común del subsistema jurídico y del subsistema de salud. Por esta razón, es necesario distinguir la relación que los subsistemas jurídico y de salud mantienen con el sistema de la sociedad, y la relación que guardan entre ellos.

La relación que cada uno de estos dos subsistemas mantiene con su entorno, o sea, con el sistema de la sociedad, tiene que ver fundamentalmente con el proceso de diferenciación y selección de las comunicaciones que los componen respectivamente, y con la función que cada uno de ellos cumple para el sistema de la sociedad. Este tema fue ya abordado extensamente en el capítulo cuarto de este trabajo, cuando se hizo la explicación de la teoría del derecho como subsistema de la sociedad,¹²⁵³ y de la teoría del sistema de salud como subsistema del sistema de la sociedad,¹²⁵⁴ de tal suerte que no vale la pena volver acá sobre ese tema, y me remito a lo expuesto en esos apartados. Lo que nos interesa ahora es intentar reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría en los términos de la relación entre los subsistemas jurídico y de salud. Para tal efecto, hemos de concentrarnos más bien en tratar de comprender la mecánica de operación y comunicación de estos dos subsistemas.

Pues bien, hecha esta aclaración metodológica, como punto de partida para el estudio de la relación existente entre la psiquiatría y el derecho desde la perspectiva de la teoría de sistemas, resulta necesario presuponer que tanto el subsistema jurídico como el de salud son sistemas cerrados cuya mecánica de

¹²⁵¹ Cfr. LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 141.

¹²⁵² Cfr. *ibíd.*

¹²⁵³ Cfr. *Supra* § IV, 3.2.

¹²⁵⁴ Cfr. *Supra* § IV, 3.3.

operación y comunicación se encuentra determinada por dos propiedades fundamentales: apertura cognitiva y clausura operativa:

- i) Gracias a la apertura cognitiva, cada uno de estos subsistemas tiene la capacidad de conocer lo que ocurre en su entorno y en los sistemas en el entorno, de tal modo que cada uno tiene la capacidad de estar al tanto de las operaciones llevadas a cabo por el otro. Entre los subsistemas jurídico y de salud no hay intercambio alguno de información, y tampoco existe interacción directa alguna del tipo de las que le permiten a uno determinar causalmente al otro. En lugar de ello, el sistema jurídico tiene la capacidad de observar las operaciones realizadas por el sistema de salud, y viceversa. La observación de las operaciones del otro subsistema es acompañada de un proceso de autoobservación y comparación, el cual le permite a cada uno de ellos adquirir nueva información que irrita o estimula la realización autorreferencial de operaciones de procesamiento de comunicaciones. Además, cada uno de estos subsistemas está en capacidad de llevar a cabo operaciones de reflexión, de manera que tiene la posibilidad de observar como observa y reaccionar a esa meta-observación mediante la realización de modificaciones en su estructura, por ejemplo, mediante la realización de ajustes en el programa de operación.
- ii) El complemento de esa apertura cognitiva es la clausura operativa del sistema. Si bien cada subsistema está abierto cognitivamente a su entorno y puede conocer las operaciones realizadas por el otro, el procesamiento de sus comunicaciones se lleva a cabo de manera autorreferencial. Cada subsistema se reproduce únicamente a partir de sus propias operaciones. Lo que estimula la autorreproducción de cada subsistema es la propia observación que éste hace de su entorno y de los sistemas en el entorno, y no la acción de otro sistema distinto de él mismo. Además, la forma misma en que cada subsistema se autorreproduce está determinada por un código y un programa de operación que son propios y exclusivos, de tal suerte que como ningún subsistema tiene un código o un programa de operación igual al de otro, entonces cada subsistema procesa las comunicaciones en una forma en la que sólo él está en capacidad de hacerlo.

La apertura cognitiva y la clausura operativa son elementos fundamentales de la teoría de la reproducción autorreferencial de los sistemas cerrados, la que a su vez es fundamental para entender la visión general de la sociedad que ofrece la teoría de los sistemas. Ya que en este trabajo intentamos abordar el problema de la determinación de la inimputabilidad desde afuera, necesitamos asirnos de una teoría que no sólo nos brinde una visión global de la sociedad, sino que tenga además suficiente capacidad explicativa, para ayudarnos a entender cómo funciona la relación entre el derecho y la psiquiatría al interior de la sociedad. Por esta razón, la teoría de la reproducción autorreferencial de los sistemas cerrados, mediante su recurso a la apertura cognitiva y la clausura operativa de los sistemas, puede ofrecernos la perspectiva que necesitamos para poder reconstruir el tipo de relación existente entre el derecho y la

psiquiatría que nos interesa estudiar: la relación que establecen estas disciplinas en un caso puntual cualquiera en el que es necesario determinar la inimputabilidad por trastorno mental.

A tal efecto, conviene recordar que de acuerdo con la doctrina dominante, el método vigente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es el método mixto. Según esta metodología, para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es necesario llevar a cabo un análisis que se encuentra dividido en dos niveles: en el primer nivel, se realiza una valoración de las condiciones bio-psicológicas del sujeto, en orden a establecer si padece de alguna condición que afecte su capacidad de comprensión o de autodeterminación; en el segundo nivel, se lleva a cabo un juicio valorativo tendiente a determinar si aquella condición bio-psicológica realmente afecta la capacidad del sujeto para comprender el sentido de su acción, o para autodeterminarse conforme a dicha comprensión, al punto de eliminar su capacidad de culpabilidad y responsabilidad penal. De acuerdo también con la doctrina dominante, el análisis de primer nivel, correspondiente a la valoración bio-psicológica del sujeto, debe efectuarse por un psiquiatra forense mediante las técnicas y métodos reconocidos por la comunidad psiquiátrica. En cambio, el análisis de segundo nivel, correspondiente al juicio valorativo sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto, debe ser realizado por el juez, quien tiene la última palabra sobre la imputabilidad o inimputabilidad del procesado. Esta es la razón por la cual la doctrina dominante sostiene que, en materia de determinación de la inimputabilidad, entre el derecho y la psiquiatría existe una relación de colaboración o cooperación.

Dado que cada uno de estos dos niveles de análisis es llevado a cabo por distintos profesionales, con distintas técnicas y métodos, y desde la perspectiva de disciplinas diferentes, es fácil concluir que si aplicamos la teoría de los sistemas para estudiar esta metodología, podría afirmarse que cada uno de estos niveles de análisis corresponde a diferentes tipos de operaciones realizadas por distintos subsistemas: mientras el primer nivel de análisis corresponde a operaciones realizadas por el subsistema de salud, el segundo nivel de análisis corresponde a operaciones realizadas por el subsistema jurídico.¹²⁵⁵

¹²⁵⁵ En cierta medida, la tesis defendida en este trabajo es compatible con la postura planteada por MARTÍNEZ GARAY, quien sostiene: *“La delimitación de las competencias entre el perito y el juez tampoco se debe corresponder con la formula legal, sino con los dos elementos del concepto. La formulación del diagnóstico correspondiente al perito, como especialista en psiquiatría o en psicología, o, al menos, con una formación general en medicina legal, que siempre pone sus conocimientos técnicos más depurados que los que pueda tener el juez. Ese diagnóstico se efectuará con la metodología y los recursos propios de la psiquiatría o psicología clínicas. Pero el perito debe proporcionar al juez, además, una valoración de ese diagnóstico desde la perspectiva específicamente forense, que prepare el camino para la determinación de la imputabilidad: debe expresar su opinión sobre aquellas características psicológicas del trastorno que son además importantes para la valoración jurídica de la responsabilidad de quien ha actuado bajo sus efectos”* (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 360).

Si para reconstruir la relación existente entre el derecho y la psiquiatría se tiene en cuenta lo anterior, puede concluirse que no sólo es posible, sino incluso necesario, reconstruir cada uno de esos niveles de análisis de manera independiente; es decir, se hace imprescindible aplicar la teoría de sistemas, y concretamente la teoría de la reproducción autorreferencial de los sistemas cerrados, de manera independiente a cada uno de esos niveles de análisis. Ello es así, principalmente porque, como ya se ha tenido ocasión de explicar, existen profundas diferencias entre los subsistemas jurídico y de salud, al nivel de su composición, función, código y programa. Las diferencias existentes entre estos subsistemas dificultan que las diferentes operaciones llevadas a cabo respectivamente por cada uno de ellos sean agrupadas y analizadas conjuntamente. Razones de orden y coherencia metodológica recomiendan tratar independientemente cada uno de estos tipos de operaciones para evitar confusiones que puedan llevar a malos entendidos.

Además, considero que sólo una reconstrucción independiente permite observar con suficiente claridad cómo opera cada uno de los sistemas responsables de los respectivos niveles de análisis en un caso puntual cualquiera. Una de las ventajas de la reconstrucción independiente es que las diferentes acciones que se llevan a cabo para determinar la inimputabilidad por trastorno mental pueden ser aisladas, analizadas individualmente, y luego relacionadas de forma ordenada y sistemática con el resto. Una de las mayores dificultades para comprender la manera en que la psiquiatría y el derecho se relacionan en un caso puntual en el que se requiere determinar la imputabilidad, y por consiguiente para mejorar la eficacia del método mixto, es que algunas operaciones que son propias del derecho intentan procesarse por la psiquiatría, o viceversa; es decir, no se diferencian suficiente y adecuadamente los distintos tipos de acciones que supone la determinación de la inimputabilidad a través del método mixto, y por ello se mezclan, confunden y trastocan operaciones propias de un sistema en otro. La reconstrucción independiente tiende a resolver este problema, y permite, con ayuda de la teoría de sistemas, distinguir los diferentes tipos de operación, clasificarlos en función del subsistema responsable de su realización, y luego establecer entre ellos relaciones en forma ordenada y sistemática.

Una vez reconstruidos de forma independiente los diferentes niveles de análisis que integran el método mixto, se llevará a cabo un análisis comparativo para tratar de identificar la mecánica de operación y comunicación a través de la cual el derecho y la psiquiatría se relacionan en un caso puntual cualquiera en el que sea necesario determinar la inimputabilidad por trastorno mental.

1.1.2.1. Reconstrucción del primer nivel de análisis.-

Dada la estructura del método mixto para la determinación de la inimputabilidad, el análisis de primer nivel consiste en una valoración del

estado de salud mental del individuo, en orden a establecer si padece alguna patología psiquiátrica que pueda afectar su capacidad para comprender el sentido de sus acciones o para determinarse conforme a dicha comprensión. Por su naturaleza, este análisis de primer nivel debe ser realizado por un profesional en psiquiatría, con riguroso apego a las técnicas y métodos reconocidos por la comunidad científica para la evaluación, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales. Esto significa que el psiquiatra encargado de llevar a cabo este análisis está obligado a seguir los procedimientos y aplicar los criterios contenidos en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales. En el tercer capítulo de esta obra ya se tuvo ocasión de explicar que las técnicas, métodos y criterios reconocidos por la psiquiatría para el diagnóstico de las enfermedades mentales son sumamente complejos e implican una serie de operaciones mentales bastante especializadas. Por esta razón, considero que no es necesario acá ocuparme nuevamente de explicarlo. Sin embargo, sí es útil intentar reconstruir las diferentes fases de este análisis desde la perspectiva de la teoría de sistemas, en orden a identificar y comprender la mecánica que utiliza el subsistema de salud para la realización de las operaciones que supone esta clase análisis, y para comprender la manera en que la psiquiatría se relaciona con el derecho para hacer frente a la necesidad de determinar la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual cualquiera:

i) El primer paso para el análisis de primer nivel es la obtención de toda la información de naturaleza bio-psico-social sobre el individuo que sea relevante desde el punto de vista psiquiátrico para establecer su estado de salud mental. Normalmente esta información se obtiene mediante la realización de una entrevista al sujeto, la cual debe enmarcarse dentro de las técnicas reconocidas por la comunidad psiquiátrica. En aquellos casos en los que el individuo presenta una grave ruptura con la realidad, en los que éste no es consciente o no se responsabiliza de su enfermedad, en los que no es posible establecer una comunicación satisfactoria, o en general en cualquier supuesto en el que no sea posible obtener del sujeto la información necesaria y suficiente para el diagnóstico, el psiquiatra puede llevar a cabo entrevistas a los familiares, amigos, colegas o cualquier otra persona cercana que pueda suministrar datos confiables. La información obtenida por el psiquiatra en el curso de la(s) entrevista(s) debe registrarse en una anamnesis, que es el conjunto de datos clínicos e histobiográficos del paciente que tienen relevancia para el diagnóstico, y que son recogidos, clasificados y sistematizados como parte de la historia clínica.

Visto desde la perspectiva de la teoría de sistemas, la realización de la entrevista y la elaboración de la anamnesis es un buen ejemplo de la apertura cognitiva del sistema de salud hacia otros subsistemas, ubicados no ya en su entorno, sino incluso en el entorno de la sociedad. Recuérdese que desde la perspectiva de la teoría de sistemas el concepto de persona que usamos en el lenguaje ordinario es sustituido por uno más acorde con la lógica de esa teoría, y por ello se prefiere la referencia a los sistemas bio-psíquicos. Debido a que la

teoría de sistemas toma como punto de partida la idea de que la sociedad no se encuentra compuesta por la agregación organizada de individuos, sino por comunicaciones, y sólo por comunicaciones, entonces, desde la perspectiva de esa teoría, los sistemas bio-psíquicos se encuentran ubicados por fuera del sistema de la sociedad como sistemas en su entorno.

De acuerdo con lo anterior, nótese que mediante la entrevista y la elaboración de la anamnesis, el subsistema de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, que hace parte del sistema de salud, observa al sistema bio-psíquico encarnado en el sujeto de evaluación. Si la finalidad de la entrevista y de la elaboración de la anamnesis es recopilar y organizar toda la información bio-psico-social sobre la vida del individuo que sea necesaria para el diagnóstico, entonces, en los términos de la teoría de sistemas, puede decirse que la entrevista y la anamnesis son el medio a través del cual el subsistema de salud del sistema de la sociedad observa las operaciones del sistema bio-psíquico.

ii) En segundo lugar, el psiquiatra debe llevar a cabo una revisión de todas las técnicas, métodos y criterios de diagnóstico reconocidos por la comunidad psiquiátrica, en orden a definir cuál de ellos utilizará para valorar al sujeto. De esta forma, suponiendo que el psiquiatra acepte los procedimientos y criterios de diagnóstico recomendados por la doctrina dominante, éste debería elegir entre alguno de los manuales de clasificación y diagnóstico reconocidos, tales como el DSM o el CIE.¹²⁵⁶ Así mismo, y dependiendo del manual de clasificación escogido, debería determinar qué modelo de evaluación multiaxial utilizará.

Puesta en términos de la teoría de sistemas, esta revisión y selección de las técnicas, métodos y criterios de diagnóstico, puede ser descrita como el procedimiento de autoobservación del subsistema de salud. Si bien es cierto que en la práctica clínica esta revisión no se lleva a cabo en todos los casos, por ejemplo porque el psiquiatra se encuentra suficientemente actualizado, la necesidad de autoobservación del sistema de salud para su actualización es permanente, y constituye un paso previo que lógicamente debe producirse antes de llevar a cabo el procesamiento de las comunicaciones por parte del sistema. De otra forma, esto es, si el subsistema no se auto-observa antes de procesar sus comunicaciones, corre el riesgo de estar desactualizado al momento de realizar sus operaciones, con lo cual aumenta la posibilidad de equivocarse y pone en peligro su propia estabilidad y la de la sociedad.

iii) A continuación, el psiquiatra procede a efectuar el diagnóstico de las enfermedades mentales padecidas por el sujeto. Para hacerlo, debe llevar a cabo un análisis comparativo entre los síntomas de la enfermedad que se

¹²⁵⁶ Cfr. TOEPEL. *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 217. Cfr. también EISEMBERG. *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, pág. 606; BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 2.

encuentran en la información bio-psico-social recopilada sobre el individuo en su historia clínica, y los cuadros clínicos de las patologías recogidas en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales. En el curso de ese análisis comparativo, el psiquiatra puede ayudarse con las herramientas que la comunidad científica ha intentado poner a su disposición para aumentar la efectividad del diagnóstico y reducir los problemas de comorbilidad. Por ejemplo, puede hacer el análisis comparativo avanzando uno a uno por todos los ejes que componen el modelo multiaxial escogido por él, y también puede hacer uso de los árboles de decisión que se encuentran como apéndice de algunos manuales de clasificación como el DSM.¹²⁵⁷ Sea como fuere, el objetivo final es determinar si los síntomas observados en el individuo se adecuan al cuadro clínico definido como criterio diagnóstico de alguna de las patologías psiquiátricas, de acuerdo con lo establecido en el manual de clasificación y diagnóstico escogido.

Desde la perspectiva de la teoría de sistemas, en este diagnóstico de las patologías puede observarse la aplicación del programa de decisión para el procesamiento de comunicaciones, por parte del subsistema de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, que hace parte del subsistema de salud. A la sazón, obsérvese que, en última instancia, lo que ha ocurrido en este momento es que el subsistema de salud ha procesado dos comunicaciones de contenido psiquiátrico provenientes de diferentes fuentes: por un lado, las comunicaciones relativas a los síntomas padecidos por el individuo, contenidas en la historia clínica que recoge la información bio-psico-social más importante para el diagnóstico; y por otro lado, las comunicaciones relativas a los cuadros clínicos de las diferentes patologías, contenidas en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades. Así mismo, puede verse que para el procesamiento de esas comunicaciones el subsistema de salud, a través de su subsistema de diagnóstico y tratamiento, ha aplicado el programa de decisión implementado por el subsistema. Esto último ocurre en la medida en que el subsistema de diagnóstico y tratamiento sigue paso a paso los procedimientos, técnicas, métodos y criterios de decisión reconocidos por la comunidad psiquiátrica, y recogidos tanto en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales, como en la literatura especializada disponible sobre la materia.

iv) Luego del diagnóstico, lo que usualmente debería ocurrir es que el psiquiatra emita un dictamen psicopatológico, en el cual indique si el individuo padece alguna patología psiquiátrica. Este dictamen debe estar acompañado de las evidencias que lo sustentan, tales como la historia clínica, los registros de las entrevistas y del comportamiento observable del sujeto, los exámenes de laboratorio efectuados, las pruebas médicas de tipo empírico llevadas a cabo, etc. Así mismo, el dictamen debe estar explicado y sustentado con base en argumentos psiquiátricos que puedan ser entendidos y contrastados por otros psiquiatras, en caso de ser necesario verificar las conclusiones obtenidas.

¹²⁵⁷ Cfr. EISEMBERG. *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, pág. 611.

En la lógica de la teoría de sistemas, la emisión de este dictamen psicopatológico correspondería al producto del procesamiento de comunicaciones en la forma del código binario salud / enfermedad, por parte del subsistema de salud. Dado que en dictamen psicopatológico lo que se hace en última instancia es emitir una declaración sobre el estado mental del individuo, y toda vez que esa declaración sólo puede ser en uno de dos sentidos, parece posible equiparar la emisión de dicho dictamen al resultado del procesamiento de comunicaciones por parte del subsistema de salud, en la forma del código binario salud / enfermedad.

v) Normalmente, con la emisión del dictamen psicopatológico termina el diagnóstico, y debería darse paso al tratamiento de la enfermedad. Sin embargo, siempre que el sistema de salud se pone en movimiento en el marco de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual, es necesario que se produzca una nueva operación de procesamiento de comunicaciones.

Cuando el diagnóstico psicopatológico se produce como parte de un dictamen pericial orientado a determinar la inimputabilidad por trastorno mental, la manifestación del psiquiatra respecto del estado de salud mental del individuo no es suficiente.¹²⁵⁸ Usualmente se le pide que diga algo más que eso, y ello le obliga a llevar a cabo nuevas valoraciones. Lo que regularmente se le pide al psiquiatra es que se pronuncie acerca de si la enfermedad mental padecida por el individuo pudo haber afectado su capacidad para comprender el sentido de su acción, o para determinarse conforme a esa comprensión, en la forma en que el derecho aplicable lo exige para que el individuo pueda ser declarado inimputable.¹²⁵⁹ Para responder a esas cuestiones, el psiquiatra debe enfrentarse a temas que normalmente no se le presentan en el marco del diagnóstico clínico rutinario: a) por un lado, el psiquiatra debe estudiar el proceso de evolución cronológico de la patología diagnosticada para establecer si es posible que en un momento específico del pasado, cuando tuvo lugar el comportamiento materia de juzgamiento, el procesado ya padecía esa enfermedad; b) además, el psiquiatra debe establecer si la patología diagnosticada, por su naturaleza, por su cuadro clínico, por su intensidad, por su frecuencia, etc., pudo haber afectado las funciones psíquicas superiores del procesado (conocimiento y voluntad) en aquel momento específico del pasado, en el que tuvo lugar el comportamiento materia de juzgamiento; c) y finalmente, el perito debe indicar concretamente si en su criterio profesional, al momento de ejecutar la conducta que se le imputa, el procesado tenía suficiente

¹²⁵⁸ Cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 3.

¹²⁵⁹ Cfr. URRUELA. *La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 201. Cfr. también BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 2.

capacidad para comprender el sentido de su comportamiento y para determinarse conforme a dicha comprensión.¹²⁶⁰

El pronunciamiento del psiquiatra forense frente a todas estas cuestiones debe concretarse en un dictamen médico-legal que rinde ante el juez, bien sea por escrito o mediante su declaración oral en un interrogatorio, y con ello usualmente termina su participación en el proceso penal. No obstante, en el capítulo tercero de este trabajo ya se mencionó la acalorada controversia que existe en torno a la conveniencia de solicitar al psiquiatra este tipo de pronunciamientos, y acerca de las posibilidades reales que los psiquiatras tienen de responder a esas cuestiones dentro del marco de las técnicas, métodos y criterios reconocidos por su ciencia. De manera que no se volverá aquí sobre ello. Por ahora, sólo interesa observar que para poder efectuar este tipo de pronunciamientos, el psiquiatra debe llevar a cabo un nuevo procedimiento distinto del que realiza normalmente en el contexto del diagnóstico clínico rutinario.

En efecto, debe recordarse que la doctrina psiquiátrica dominante sostiene que la psiquiatría no puede responder a la pregunta sobre la capacidad de comprensión o de autodeterminación de un sujeto en un momento específico del pasado, desde la perspectiva de sus propias técnicas, métodos y criterios. Esto significa que para responder a esta cuestión, el psiquiatra forense debe llevar a cabo un examen distinto al que se lleva a cabo para el diagnóstico de las enfermedades mentales. Según se expuso en el capítulo tercero de este trabajo, la literatura disponible parece estar de acuerdo en que el examen que debe llevar a cabo el psiquiatra para dar solución a la inquietud que se le plantea, sigue en lo fundamental la estructura de un razonamiento lógico de tipo deductivo, muy distinto del que se lleva a cabo para efectos del diagnóstico psicopatológico. Así, para la elaboración del concepto médico-legal solicitado, el perito forense deduce argumentos a partir de la articulación de sus conocimientos de medicina general y de psiquiatría, con la información que posee sobre las circunstancias del caso, y con otro tipo de datos o conocimientos de diversa procedencia. La consecuencia de la utilización de este tipo de razonamiento es que el dictamen médico-legal resulta ser el producto de un complejo proceso mental en el que se analiza, compara, interrelaciona, combina, etc., diferente tipo de información de tipo psiquiátrico, médico, filosófico o jurídico, así como también los datos disponibles sobre la vida del individuo y las circunstancias concretas del caso objeto de enjuiciamiento criminal. Ese complejo proceso mental le permite al psiquiatra inferir, por vía de deducción, una serie de argumentos con los cuales construye un discurso

¹²⁶⁰ Al respecto, URRUELA (*La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, págs. 203 - 205) sostiene que la determinación de la inimputabilidad exige el análisis del caso bajo tres criterios, a saber: el criterio cualitativo, gracias al cual puede identificarse la naturaleza de la patología que afecta al imputado; el criterio cuantitativo, que permite establecer el grado en que dicha patología afecta la capacidad de comprensión y autodeterminación del individuo; y el criterio criminológico, a través del cual se intentará determinar si la afectación mental estaba presente al momento de la comisión del hecho punible.

técnicamente fundamentado, el cual tiene el propósito de informar y persuadir al juez sobre sus conclusiones acerca del estado de las capacidades cognitivas y volitivas del procesado al momento de ejecutar el comportamiento constitutivo del injusto.

Ahora bien, si se toma el procedimiento que debe llevar a cabo el psiquiatra para emitir el dictamen médico-legal, y se intenta reconstruirlo en los términos de la teoría de sistemas, encontraremos que se hace evidente una serie de problemas que pueden ayudarnos a entender por qué es tan difícil comprobar la inimputabilidad por trastorno mental. Para comenzar, obsérvese que para elaborar el dictamen médico-legal en las condiciones subrayadas, el subsistema de salud requiere procesar comunicaciones de un tipo distinto del que lo componen. El subsistema de salud está compuesto por comunicaciones de tipo psiquiátrico, médico, farmacéutico, terapéutico, etc., que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades. Además, el subsistema de salud está diseñado y programado para procesar sólo este tipo de comunicaciones. Sin embargo, cuando se le pide elaborar un dictamen médico-legal que determine si el sujeto tenía la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, o de determinarse conforme a dicha comprensión, se somete al subsistema de salud al deber de procesar comunicaciones de tipo jurídico, filosófico, moral, etc., para las cuales no está programado.

En segundo lugar, puede observarse que el subsistema de salud carece por completo de un programa de operación para el procesamiento de ese tipo de comunicaciones en la forma deseada. El programa de operación del subsistema de salud está diseñado para procesar sus propias comunicaciones en la forma del código binario salud / enfermedad. Por esta razón, el programa del subsistema de salud no sirve para procesar comunicaciones de contenido jurídico o filosófico, y menos aún para procesarlas en la forma de una nueva comunicación que pueda dar respuesta a cuestiones tales como si el sujeto tenía la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

Y además, para terminar, es evidente que la cuestión a la que debería contestar el dictamen médico-legal tampoco puede responderse mediante el procesamiento de operaciones en la forma de un código claramente definido. Nótese que el subsistema de salud procesa sus comunicaciones en la forma del código salud / enfermedad, pero esto no es suficiente para resolver el problema de la inimputabilidad. Entonces, lo lógico sería que para responder a la cuestión que se le plantea, el subsistema de salud procesara sus comunicaciones en la forma del código imputable / inimputable, pero ello tampoco es aceptable porque la decisión sobre la imputabilidad es exclusiva y excluyente del sistema jurídico. En consecuencia, la pregunta acerca de cuál es la forma del código que debería utilizar el subsistema de salud para el procesamiento de comunicaciones en el marco de un dictamen médico-legal, queda abierta, inconclusa y sin respuesta.

Aunque más adelante se volverá con más profundidad sobre estas y otras dificultades que existen para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, lo que importa subrayar ahora es que existe un serio problema de compatibilidad entre las preguntas que debe responder el sistema de salud para emitir un dictamen médico-legal y los asuntos a los cuales este subsistema está en capacidad de responder dada su composición, función, código y programa. Siendo rigurosos, debe aceptarse que cuando se le solicita al psiquiatra que determine si al momento de ejecutar la conducta el sujeto tenía la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, lo que en realidad se le está pidiendo es que establezca si concurren los presupuestos sustanciales para la declaratoria de inimputabilidad, pero sin permitirle llegar a afirmar que el sujeto es imputable o inimputable, porque eso es una decisión exclusiva del juez. En resumen, *lo que ocurre es que se le pide al subsistema de salud que procese comunicaciones que pertenecen a otros sistemas, sin un programa de operación detallado, y en la forma de un código que no sólo no está definido, sino que además parece estar a medio camino entre su propio código y el del sistema jurídico.*

1.1.2.2. Reconstrucción del segundo nivel de análisis.-

De acuerdo con la doctrina dominante, en el segundo nivel de análisis del método mixto para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, corresponde al juez establecer si con base en las conclusiones obtenidas por el psiquiatra forense, y con la demás evidencias disponibles sobre el caso, puede afirmarse que el procesado cumple las condiciones formales y materiales para la imputabilidad penal. No hace falta ser abogado para percatarse de que este juicio valorativo que se le exige al juez es altamente complejo. Y es complejo porque se trata de un juicio que implica la realización prácticamente simultánea de diversas operaciones mentales por parte del juez. Para tratar de entender la forma en que se lleva a cabo este juicio valorativo, y descubrir la mecánica a través de la cual el derecho se relaciona con la psiquiatría, podemos tratar de reconstruir sus distintas fases con ayuda de la teoría de sistemas, así:

i) Como se sabe, con la incorporación de la pericia psiquiátrica no se logra determinar la capacidad de culpabilidad del procesado, ya que la decisión sobre la imputabilidad o la inimputabilidad del individuo es una decisión que compete exclusivamente al juez, y no al psiquiatra forense. Sin embargo, es absolutamente común que en todos los procesos en que se debate la pérdida de capacidad de culpa en el acusado, el juez ordene incorporar un dictamen pericial psiquiátrico al proceso. El propósito de esa incorporación, visto desde la perspectiva de la teoría de sistemas, es conocer la forma en que la psiquiatría procesa las comunicaciones relacionadas con la existencia de un trastorno mental en el procesado, y la postura que ésta asume frente a ello. Es decir, al ordenar la incorporación de un dictamen pericial lo que se busca por

parte del derecho es observar las operaciones del subsistema de salud en relación con el procesamiento de comunicaciones relativas al diagnóstico de posibles enfermedades mentales en el procesado.

Visto desde esta perspectiva, el dictamen pericial psiquiátrico es sólo el medio que permite la observación desde el derecho hacia la psiquiatría en un caso concreto. Es el lente a través del cual el sistema jurídico observa las operaciones del sistema de salud en relación con comunicaciones determinadas. Por esta razón, cuando el juez tiene finalmente acceso al contenido del dictamen pericial, lo que está sucediendo en términos de la teoría de sistemas es lo siguiente: el subsistema de decisión del sistema jurídico observa las operaciones que el subsistema de diagnóstico del sistema de salud lleva a cabo, en el marco del procesamiento de comunicaciones relativas al diagnóstico de posibles enfermedades mentales, respecto de un sujeto a quien se atribuye la presunta comisión de un delito. En este sentido, puede afirmarse que la aplicación de la teoría de la reproducción autorreferencial de los sistemas cerrados, para reconstruir la relación que el derecho y la psiquiatría establecen en un caso cualquiera en el que es necesario determinar la inimputabilidad por trastorno mental, nos muestra que la forma más importante de observación de la psiquiatría por parte del derecho es la incorporación de un dictamen pericial psiquiátrico.

ii) Ahora bien, la observación de la psiquiatría realizada por el subsistema del derecho a través del dictamen pericial es sólo el comienzo. A continuación el juez debe llevar a cabo una revisión del ordenamiento jurídico vigente, para determinar cuál es el derecho aplicable al caso concreto. Dicha determinación del derecho aplicable implica que el juez debe establecer cuáles son los requisitos o condiciones que conforme al derecho vigente deben cumplirse en un supuesto cualquiera para que la consecuencia jurídica producida sea la declaratoria de inimputabilidad del procesado.

En los términos de la teoría de sistemas, esta revisión del ordenamiento jurídico vigente para determinar el derecho aplicable, puede describirse como una operación de autoobservación del sistema jurídico por parte del subsistema de organización de la decisión. Al igual que el subsistema de salud, el subsistema jurídico necesita llevar a cabo un proceso de autoobservación antes de realizar las operaciones de procesamiento de comunicaciones, para asegurar su actualización. De otra forma, el subsistema jurídico correría el riesgo de procesar comunicaciones que, por ejemplo, ya no son válidas como derecho porque corresponden a normas derogadas o declaradas inexequibles constitucionalmente. En el marco de la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental, la autoobservación es llevada a cabo en el momento en el que el juez cita las disposiciones contenidas en la ley, la jurisprudencia o cualquier otra fuente válida de derecho, que son aplicables al caso concreto.

iii) Una vez realizada la autoobservación, el juez debe llevar a cabo una valoración de la información disponible sobre el caso materia de juzgamiento, a partir de los principios, reglas y criterios contenidos en el derecho aplicable que establece las condiciones materiales de la imputabilidad.¹²⁶¹ El propósito de esta valoración es obtener los elementos de juicio necesarios y suficientes para determinar, a través de un razonamiento de tipo comunicativo, si los supuestos previstos en el derecho aplicable para la declaratoria de inimputabilidad se adecuan a los hechos verificados en el caso concreto. Es decir, para establecer si dada la información disponible sobre el estado mental del procesado al momento de ejecutar la conducta constitutiva del injusto, éste reúne los requisitos previstos en el derecho aplicable para ser declarado inimputable.

Ahora bien, dado que para llevar a cabo ese juicio valorativo se necesita tener información y evidencia sobre el estado mental del procesado al momento de realizar la conducta constitutiva del injusto, el elemento de juicio más importante en la valoración es el dictamen pericial psiquiátrico. Al respecto, téngase en cuenta que el dictamen psiquiátrico contiene un pronunciamiento sobre el estado psicopatológico del procesado, el cual se refiere no sólo a la información más relevante sobre su estado de salud mental, sino también a importantes elementos de juicio para determinar cuál era el estado de sus funciones psíquicas superiores (conciencia y voluntad) al momento de realizar la conducta materia de juzgamiento. Por esta razón, el juicio valorativo en que consiste la decisión sobre la imputabilidad termina muchas veces siendo mal entendido, y reducido a un ejercicio comparativo entre las conclusiones contenidas en el dictamen psiquiátrico y los supuestos jurídicos que determinan los requisitos sustanciales de la inimputabilidad.

Si se observa con atención puede verse cómo en este momento se ponen en juego algunos elementos de la teoría de sistemas. Por un lado, el juicio valorativo sobre la imputabilidad puede verse, desde la teoría de sistemas, como el acto de procesamiento de comunicaciones por parte del subsistema de organización de las decisiones del sistema jurídico. Para ello, basta percatarse de que lo que realmente hace el juez es procesar diversas comunicaciones provenientes de fuentes diferentes: las contenidas en las disposiciones del derecho aplicable; las contenidas en el dictamen pericial; las contenidas en las alegaciones de las partes; las contenidas en otros medios probatorios tales como testimonios, documentos, etc. De esta manera, la decisión sobre la imputabilidad se obtiene a partir del análisis individual y la posterior interrelación de las diferentes comunicaciones que a propósito del tema fueron incorporadas al debate a lo largo del procedimiento judicial.

Y por otro lado, puede verse también cómo el conjunto de todos los principios, reglas y criterios de decisión que el derecho aplicable le obliga al juez a tener en cuenta son considerados desde la perspectiva de la teoría de sistemas como el programa de decisión del sistema jurídico. A la sazón, téngase en

¹²⁶¹ Cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 3.

cuenta que la actividad judicial se encuentra reglada, y que por consiguiente el juez está obligado a respetar los principios, reglas y criterios de decisión contenidos en el derecho aplicable, al momento de emitir una decisión sobre la capacidad de culpabilidad del procesado. De esta manera, el juicio valorativo sobre la imputabilidad podría describirse, en su conjunto, como el momento de la ejecución del programa de operación por parte del subsistema de organización de la decisión del sistema jurídico, para el procesamiento de las comunicaciones; esto es, como el momento en el cual el subsistema de organización de la decisión del sistema jurídico aplica el programa de operación para procesar las comunicaciones relacionadas con la capacidad de culpabilidad del procesado.

v) Finalmente, el juez debe tomar una decisión y exteriorizar una declaración en uno de dos sentidos: o bien declara al procesado imputable, o bien lo declara inimputable. La decisión adoptada por el juez normalmente debe estar incorporada en una sentencia, la cual contiene usualmente los argumentos jurídicos y fácticos que la sustentan. De esta manera, el proceso de determinación de la inimputabilidad no termina con el procesamiento de las comunicaciones, sino con la producción de nuevas comunicaciones jurídicas que podrían llegar a ser nuevamente procesadas por el sistema jurídico mediante los recursos procesales existentes en contra de la decisión.

Al igual que en relación con otros momentos, aquí también pueden verse algunos elementos de la teoría de sistemas, tales como la existencia de un código y la producción de nuevas comunicaciones. A la sazón, nótese que desde la perspectiva de la teoría de sistemas, la decisión del juez puede describirse como el producto del procesamiento de las comunicaciones por parte del subsistema de organización de decisiones del sistema jurídico, en la forma del código binario imputable / inimputable. Y así mismo, la sentencia puede ser entendida desde la perspectiva de la teoría de sistemas como la producción de nuevas comunicaciones por parte del subsistema de toma de decisiones del sistema jurídico. En este sentido, la sentencia emitida por el juez puede ser comprendida también como el resultado del procesamiento de comunicaciones en la forma de nuevas comunicaciones producidas en la forma del código binario propio del derecho.

1.1.2.3. La comunicación entre el derecho y la psiquiatría.-

La reconstrucción de la mecánica de operación del derecho y la psiquiatría, desde la perspectiva de la teoría de sistemas, ofrece mayor claridad acerca de la forma en que estas disciplinas se comunican y coordinan para afrontar problemas comunes, tales como el de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual cualquiera.

Para comenzar, si se observa la mecánica de operación tanto del derecho como de la psiquiatría, es relativamente fácil concluir que en materia de

inimputabilidad por trastorno mental estas disciplinas no se encuentran vinculadas por una relación de determinación.¹²⁶² Es sencillo comprobar que la decisión emitida por el juez acerca de la inimputabilidad del procesado no está determinada por el sentido del dictamen pericial psiquiátrico. O lo que es lo mismo, el dictamen pericial psiquiátrico no obliga a que la decisión del juez sobre la inimputabilidad sea en determinado sentido. Las razones que apoyan esta conclusión son varias:

- i) En primer lugar, porque no todas las patologías psiquiátricas afectan la capacidad de comprensión y autodeterminación del procesado, en la forma en que lo exige el derecho aplicable para que éste sea declarado inimputable por trastorno mental. A la sazón, nótese que aun cuando el dictamen psicopatológico concluya que el sujeto padece alguna enfermedad mental, ello no implica que necesariamente se trate de un trastorno que realmente anule su capacidad para comprender el sentido de su conducta o para determinarse conforme a dicha comprensión. Así mismo, el hecho de que el procesado padezca un trastorno mental al momento de ser valorado psiquiátricamente, no implica necesariamente que al momento de ejecutar la conducta materia de juzgamiento se encontrara bajo esa misma afectación. En consecuencia, es perfectamente posible que la enfermedad mental no afecte las funciones psíquicas superiores con suficiente intensidad como para eliminar la capacidad de comprensión y autodeterminación del procesado. O también, que esta enfermedad aparezca sólo con posterioridad a la realización del comportamiento, en el interregno anterior a la valoración psiquiátrica.¹²⁶³ En cualquiera de estos

¹²⁶² Esta postura se aparta claramente de la doctrina tradicional, la cual ha pretendido precisamente explicar la relación entre la administración de justicia y el sistema de salud mental en términos de causalidad. Al respecto, LISKA et al. explican que las perspectivas de investigación tradicionales acerca de la relación entre el derecho y la psiquiatría: *“can be conceptualized as a different strategies that address different aspects of the same theoretical issues. All three strategies implicitly, if not explicitly, assume a causal model where social threat, as perceived by elites, organizational authorities, or social majorities, affect both the criminal justice and mental health system and where these two systems affect each other. Various specific causal processes are studied. First, an increase in social threat led to an increase in both the criminal justice and mental health system. This is the causal process examined by the social historians in their studies of emergence of social-control institutions during the 17th, 18th, and 19th centuries. Second, expansion in either the criminal justice or mental health system leads to a decrease in social threat and financial resources, which in turn leads to a decrease in the other system. This is the process implicitly studied by the social indicator researchers in their studies of functional alternatives. Third, contraction of one control system increases the burden on the other system and changes the balance of transfer between them, increasing the transfer flow from the contracted system to the other system. This is the causal process implied by the survey researches in their studies of transfers between criminal justice and mental health system before and after deinstitutionalization of the latter”* (Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System, pág. 1.750).

¹²⁶³ En la doctrina alemana, la posición mayoritaria sostiene que la verificación de la afectación de las capacidades de comprensión y autodeterminación (en realidad se refieren específicamente a las cuatro condiciones previstas en el § 20 StGB) no es suficiente para la pérdida de la capacidad de culpabilidad. Además, debe determinarse si el grado de desarrollo del trastorno afecta la capacidad de adaptación social del individuo, y si las capacidades de

casos, la conclusión del dictamen psicopatológico es importante, pero no determinante, para establecer la imputabilidad o inimputabilidad del procesado.¹²⁶⁴

- ii) En segundo lugar, porque el dictamen médico-legal emitido por el psiquiatra forense no está sustentado en evidencia empírica e incontrovertible que haga sus conclusiones obligatorias, sino en argumentos o razones que deben contrastarse con otros elementos de juicio, con otras evidencias, con otros medios de prueba, etc., lo cual abre la posibilidad de que el juez tome una decisión diferente a la que indica o sugiere el dictamen médico-legal. El pronunciamiento que hace el perito respecto al grado de afectación de las funciones psíquicas superiores del procesado, finalmente constituye sólo una opinión sustentada en argumentos que pueden ser controvertidos y que admiten diferentes grados de plausibilidad. Es cierto que hay casos en los que la patología produce una ruptura tan grave con la realidad que es relativamente fácil llegar a un consenso respecto de que el sujeto no estaba en capacidad de comprender el sentido de su acción o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Sin embargo, estos casos representan sólo una mínima parte de los que debe sortear en la práctica la psiquiatría forense, normalmente enfrentada a casos mucho más complejos y discutibles. Prueba de ello lo constituye el hecho de que en la práctica sea posible, e incluso común, la producción de varios dictámenes médico-legales con conclusiones no sólo diferentes, sino incluso opuestas, frente a un mismo caso. Por esta razón, la conclusión a la que llega el psiquiatra sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado no constituye una directriz obligatoria para el juez en materia de imputabilidad; es decir, el juez no está obligado a decidir en el sentido que indica el dictamen médico-legal, sino que puede adoptar una decisión diferente, siempre que la libre valoración de las pruebas bajo su sana crítica le permita encontrar razones plausibles para ello.
- iii) Y en tercer lugar, porque la <<imputabilidad>> es un concepto jurídico, y la máxima autoridad en materia jurídica al interior del proceso penal no es el perito psiquiatra, sino el juez. Es decir, dado que se trata de conceptos jurídicos, quien se supone que cuenta con los conocimientos técnicos especializados para decidir en un caso cualquiera si el procesado es inimputable es el juez y no el psiquiatra. Por esta razón, las legislaciones que hemos tenido ocasión de estudiar en este trabajo confieren al juez la competencia exclusiva y excluyente para tomar una decisión frente a la

comprensión y autodeterminación no sólo están dadas en general, sino en relación con el acto que es materia de juzgamiento penal. Al respecto, cfr. EISEMBERG. *Beweisrecht der StOP*, pág. 606; o también BOETTICHER, Alex. et al. *Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 3.

¹²⁶⁴ Cfr. URRUELA. *La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 201.

capacidad de culpabilidad del procesado, atribuyendo al psiquiatra forense la condición de un colaborador del juez en esta materia.¹²⁶⁵

En lugar de una relación de determinación, la reconstrucción de la mecánica de operación del derecho y la psiquiatría parece sugerir que entre estas disciplinas existe más bien una relación de <<condicionamiento>>.¹²⁶⁶ Es decir, sostengo que *la relación entre el derecho y la psiquiatría, a propósito de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual cualquiera, no puede definirse como una relación de determinación, sino de condicionamiento.*¹²⁶⁷

Como ya se ha tenido ocasión de explicar, las relaciones de condicionamiento se caracterizan porque hacen abstracción de los mecanismos causales que producen los fenómenos, y se concentran en la forma en que un fenómeno influencia a otro para ser de determinada manera y no de otra. Las relaciones de condicionamiento son independientes de los mecanismos que hayan desatado el curso causal que condujo a la producción del fenómeno, ya que lo importante son los mecanismos en virtud de los cuales éste es determinado a ser de cierta manera y no de otra.

Al aplicar el concepto de condicionamiento al estudio de la relación existente entre el derecho y la psiquiatría, se puede hacer abstracción de cuestiones tales como saber si el dictamen psiquiátrico debe determinar el sentido de la decisión sobre la imputabilidad, y en dado caso en qué medida debería hacerlo. En lugar de ello, es posible concentrarse en indagar los mecanismos a través de los cuales el dictamen psiquiátrico logra condicionar la decisión sobre la inimputabilidad en un sentido y no en otro. Es decir, al enfocarse en las relaciones de condicionamiento se deja de lado el problema de tomar postura frente a la cuestión de si el dictamen psiquiátrico debe prevalecer sobre cualquier otro, y determinar el sentido de la decisión judicial sobre la imputabilidad. Por el contrario, se acepta que la decisión judicial sobre la inimputabilidad por trastorno mental puede ser determinada por un conjunto indefinido e incalculable de factores de distinta procedencia, de muchos de los cuales no somos ni siquiera completamente conscientes, y entre los que aparece como uno más el dictamen psiquiátrico. Además, admitiendo previamente que el dictamen psiquiátrico es sólo uno más de los factores que puede llegar a determinar la decisión judicial sobre la imputabilidad, se prefiere enfocar la investigación desde la pregunta por la forma en que ese dictamen psiquiátrico puede condicionar que la decisión judicial sea en un sentido y no en otro, más allá de todos los otros factores que pueden llegar a ser determinantes.

¹²⁶⁵ En este mismo sentido, cfr. URRUELA. *La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 202.

¹²⁶⁶ Cfr. *Supra* § IV, 3.1. Cita número 1.014.

¹²⁶⁷ Cfr. *Ibíd.*

Pero adicionalmente, y esto a mi juicio es lo más importante, obsérvese también que al enfocarnos en las *relaciones de condicionamiento* se ha optado por un tipo de análisis que busca comprender la participación de la psiquiatría en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, en su dimensión de sentido, o sea, al nivel de su significación social. Para alcanzar una comprensión del sentido o significación social de la participación de la psiquiatría en ese proceso, no es necesario atribuirle a ésta alguna aptitud determinante o causal sobre el sentido de la decisión judicial; sólo se requiere identificar y comprender el aporte que hace al cumplimiento de los fines que persigue el proceso judicial de determinación de la inimputabilidad en un contexto social determinado. Por esta razón, se ha decidido contraer el estudio sólo a aquellas relaciones existentes entre el derecho y la psiquiatría que resulten significativas para comprender el sentido o la razón de ser de su participación en el proceso de decisión de la inimputabilidad por trastorno mental. De esta manera, *el estudio de la relación entre el derecho y la psiquiatría en términos de condicionamiento, presupone una diferenciación de todas las relaciones que estas disciplinas pueden llegar a establecer entre sí, y una selección de aquellas que resultan significativas en orden a comprender por qué tiene sentido que dentro de un proceso penal en el que se debate la pérdida de culpabilidad del procesado, a causa de un trastorno mental, se acuda a la psiquiatría.*

Por supuesto, la pregunta que válidamente podría uno hacerse en este punto es: ¿De qué forma pueden aislarse y estudiarse las relaciones significativas de condicionamiento entre el derecho y la psiquiatría? Al respecto, como ya se ha tenido ocasión de explicar, es importante tener en cuenta que las relaciones de condicionamiento están profundamente ligadas al concepto de comunicación.¹²⁶⁸ Ya se ha aclarado que para que un suceso pueda condicionar a otro a ser de determinada manera, y no de otra, lo mínimo que se requiere es que entre esos dos fenómenos exista alguna forma de comunicación que les permita ejercer alguna forma de influencia en el otro. Por esta razón, para poder desvelar y comprender la manera en que un suceso puede condicionar a otro, es necesario investigar cómo se produce la comunicación que hace posible ese condicionamiento.¹²⁶⁹

Llevado al campo de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, esto significa que el estudio de la relación de condicionamiento que existe entre la psiquiatría y el derecho debe concentrarse en la investigación de la forma en que se produce la comunicación entre esas disciplinas. Es decir,

¹²⁶⁸ Cfr. *ibíd.*

¹²⁶⁹ “Con otras palabras, la comunicación significa no estar seguro respecto de las causas y de los efectos. En el momento en el que la comunicación entra en juego, se tiene que esperar a que las causas produzcan sus efectos, y a que los efectos sean producidos por las causas. La comunicación es ese concepto que aparece en cuanto se toma en serio la afirmación de Gregory Bateson de que << la causa no es el efecto >>. Esto significa que algo va a ocurrir para que la causa produzca su efecto y para que el efecto sea producido por la causa”. BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?*, pág. 4.

indagando por la mecánica a través de la cual el derecho y la psiquiatría se comunican para afrontar problemas comunes, como el de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental; más específicamente, intentando aclarar a través de qué mecanismos la psiquiatría se comunica con el derecho para lograr condicionar la decisión del juez sobre la imputabilidad en un sentido, y no en otro.

Como punto de partida para comprender los mecanismos de comunicación a través de los cuales la psiquiatría logra condicionar el sentido de la decisión judicial sobre la imputabilidad, convendría recordar que el subsistema del derecho lleva a cabo sus operaciones mediante la ejecución de un programa que es *condicional*.¹²⁷⁰ Esto significa que el programa que sirve para la realización de las operaciones del subsistema jurídico tiene como presupuesto de funcionamiento la identificación y comprobación de las condiciones en las que una comunicación puede ser *conforme a derecho*, o *no conforme a derecho*,¹²⁷¹ asumiendo la forma: “*si esto / entonces aquello*”.

La principal razón por la cual el programa de operación del subsistema jurídico es condicional, radica en que la aplicación de las reglas normativas de la decisión depende de que ciertos hechos tengan lugar.¹²⁷² El programa de operación del derecho es de tal forma que las consecuencias jurídicas derivadas de los principios, reglas y criterios de decisión que lo componen, sólo son aplicables cuando se constata que en el caso concreto han ocurrido unos hechos que reúnen las características previstas en el derecho vigente.¹²⁷³ Ya el propio programa de operación del derecho, al ocuparse de la estructura fundamental de las normas, hace una diferencia elemental entre la hipótesis fáctica y la sanción, la cual se explica sólo por la condicionalidad, consistente en que la consecuencia prevista se aplica únicamente cuando los hechos se adecuan a la hipótesis fáctica descrita en la norma. Por esta razón, la diferencia entre hechos y normas es consustancial al sistema jurídico, y fundamental para la ejecución de su programa de operación.¹²⁷⁴

¹²⁷⁰ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 255.

¹²⁷¹ Cfr. ROTTLEUTHNER. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*, pág. 784.

¹²⁷² Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 140.

¹²⁷³ Esta posición también es compartida por HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 300.

¹²⁷⁴ También HABERMAS comparte esta postura. Él sostiene que “*En los discursos de aplicación las normas, cuya validez se da por supuesta, se siguen refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados. Pero al plantearse la cuestión de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia pasa a segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. Y en su lugar pasan a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión que de sí y del mundo tienen los autores de la acción de que se trate, y los afectados por ella. De estas distintas interpretaciones de la situación tiene que surgir una descripción del estado de cosas ya normativamente impregnada que no abstraiga simplemente de las diferencias de percepción existentes. De nuevo se trata de un entrelazamiento de perspectivas de interpretación, no mediatizador*”. (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 300).

Uno de los aspectos más importantes relativos a la condicionalidad del programa de operación del derecho consiste en que los hechos que el sistema debe constatar para que pueda producirse la consecuencia jurídica prevista en la norma, no ocurren al interior del sistema jurídico, sino por fuera de él. Es más, en muchos casos esos hechos ni siquiera ocurren en su entorno, sino en el entorno del sistema de la sociedad; esto es, incluso más allá de los límites del sistema que lo contiene. Por ejemplo, la consecuencia prevista en la norma jurídica que sanciona penalmente el homicidio sólo se aplica si se cumple la condición de que un sujeto A le cause la muerte a un sujeto B, en las circunstancias que el derecho penal aplicable exige para el surgimiento de la responsabilidad penal. El hecho consistente en la muerte del sujeto B no tiene lugar en el sistema del derecho. Podría decirse que se trata de un acontecimiento que sólo ocurre en relación con el sujeto B como sistema bio-psíquico. En cualquier caso, la muerte del sujeto B no es un hecho que ocurra dentro del sistema jurídico, ya que el derecho está compuesto por comunicaciones, y sólo por comunicaciones, de manera que los únicos acontecimientos que allí pueden ocurrir son los relacionados con el procesamiento de comunicaciones.

Sumado a lo anterior, es importante señalar que no siempre el acontecimiento de un hecho se puede constatar de manera directa por parte del sistema jurídico. Es posible encontrar numerosos ejemplos de hechos jurídicamente relevantes, para cuya constatación se requiere de conocimientos especializados en otra disciplina; por ejemplo, cuando se necesita constatar hechos como la iliquidez de un banco, el riesgo de derrumbe de una construcción, el acceso ilegal a un complejo sistema de información y comunicación, la presencia de un tumor o de células cancerígenas en el cuerpo de un sujeto, etc. Debido a la especialidad de estos hechos, el subsistema jurídico no tiene la capacidad de constatarlos directamente. No obstante, puede suceder que algún otro subsistema distinto del derecho sí esté en condiciones de verificar la ocurrencia de esos hechos. Cuando ello sucede, el sistema jurídico puede tomar en consideración el conocimiento producido por esos otros subsistemas acerca de la ocurrencia del hecho jurídicamente relevante, y utilizarlo para la realización de sus propias operaciones.¹²⁷⁵

Cuando el sistema del derecho necesita utilizar el conocimiento producido por otros subsistemas acerca de la ocurrencia de un hecho jurídicamente relevante —y esto es lo más interesante para el caso que nos ocupa—, lo hace a través de la observación. La utilización de conocimiento producido por otro subsistema no implica transferencia de información de un sistema hacia otro; es decir, no ocurre algo así como que un subsistema entrega información y otro la recibe, tal como si se hablara de intercambio de bienes o mercancías. Lo que ocurre es que el subsistema del derecho observa las operaciones del otro subsistema, aprende del conocimiento producido por él, y genera la información que le sirve de materia prima para el procesamiento de sus

¹²⁷⁵ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 142.

operaciones.¹²⁷⁶ Esta información es producida por el sistema jurídico en la forma de nuevas comunicaciones que tienen la forma de argumentos o razones, y que son utilizados en las subsiguientes operaciones de procesamiento de comunicaciones.¹²⁷⁷

En esos casos, la información que el sistema jurídico utiliza para llevar a cabo sus operaciones la genera de forma autorreferencial, mediante un proceso de diferenciación que lleva a cabo internamente respecto de los sucesos que observa en el exterior. Se trata de información que él mismo produce internamente, como consecuencia de la observación y diferenciación de los acontecimientos ocurridos en su entorno, o en los subsistemas de su entorno. En pocas palabras, *“no significa otra cosa que el sistema genera las informaciones correspondientes desde la posición de la heterorreferencia y las atribuye a diferencias situadas en el entorno”*.¹²⁷⁸

Si se trata de explicar la relación que el derecho y la psiquiatría establecen en un caso puntual cualquiera, en el que es necesario determinar la inimputabilidad por trastorno mental, puede verse que si bien el dictamen pericial psiquiátrico no determina causalmente el sentido de la decisión sobre la imputabilidad, sí la condiciona de forma importante; es decir, aun cuando el dictamen psiquiátrico forense no responde a la pregunta por la capacidad de culpabilidad, sus conclusiones sí condicionan el sentido de la decisión judicial sobre la imputabilidad.

En efecto, el carácter condicional del programa de operación del derecho exige, en materia de inimputabilidad por trastorno mental, la constatación de un hecho que acontece al interior del sistema bio-psíquico encarnado en el sujeto de juzgamiento. El hecho de que el programa de operación exige verificar en esta materia es la existencia de circunstancias que afecten la capacidad de comprensión y/o autodeterminación del sujeto de juzgamiento. Dependiendo de la existencia o no de esas circunstancias, el programa de operación del sistema jurídico procesará las comunicaciones en una u otra de las formas que componen el código binario. El problema que representa la verificación de este hecho consiste en que aquí, como en muchos otros casos, el sistema jurídico no puede confirmar directamente su ocurrencia. La capacidad de comprensión y/o autodeterminación de un sujeto es un asunto que se relaciona fundamentalmente con su estado de salud mental, y el subsistema del derecho no está especializado en el procesamiento de comunicaciones concernientes a ese tema. El sistema que parece estar más capacitado para aproximarse a una verificación de ese hecho es el subsistema de salud, debido a que cuenta con

¹²⁷⁶ En este sentido, cfr. JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*, pág. 19, quien también se ha pronunciado sobre el aprendizaje del derecho penal.

¹²⁷⁷ *“El contexto de aplicación distingue entre el uso científico y el uso jurídico del conocimiento y eso desemboca, correspondientemente, en diversas formas de presentación, dependiendo de la red discursiva dentro de la cual el conocimiento es reconocido como aplicable”*. (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 148).

¹²⁷⁸ LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 141.

un programa que le permite procesar comunicaciones relacionadas con la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades mentales. Por esta razón, el subsistema jurídico se orienta a tomar en consideración los conocimientos que el subsistema de salud pueda generar a propósito de la verificación del estado de salud mental del procesado.¹²⁷⁹

Mediante un programa de operación propio y exclusivo, el subsistema de salud procesa las comunicaciones relativas al diagnóstico de trastornos mentales en el sujeto, en la forma de un código binario salud / enfermedad. El proceso llevado a cabo por el subsistema de salud es descrito y recopilado en la forma de un dictamen pericial psiquiátrico, el cual es producido por el subsistema de salud y no por el subsistema jurídico, a pesar de que fáctica y materialmente se haya elaborado en el marco de una actuación judicial. El subsistema jurídico, mediante su subsistema de organización de la decisión, puede acceder a ese dictamen pericial, y a través de él observar y conocer las operaciones mediante las cuales el subsistema de salud procesa las comunicaciones relativas al diagnóstico de trastornos mentales en el acusado.

El dictamen pericial le permite al sistema jurídico observar y conocer las operaciones del sistema de salud. Como se ha dicho, es el lente que le permite al derecho observar la psiquiatría. Gracias al dictamen pericial, el subsistema jurídico puede observar las operaciones del sistema de salud, conocerlas, producir internamente diferencias a partir de los sucesos observados, y generar nueva información en forma de argumentos o razones que sean útiles para el procesamiento de las comunicaciones jurídicas relacionadas con la imputabilidad del procesado. De esta manera, el subsistema jurídico aprende

¹²⁷⁹ En este mismo sentido, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis sostiene, en relación con el derecho procesal penal alemán: *“De dos formas puede el perito ayudar al órgano jurisdiccional, por medio de sus conocimientos profesionales, en el enjuiciamiento de una cuestión probatoria: Comunicando sus saberes generales, constatando hechos que requieren conocimientos profesionales, o extrayendo de reglas científicas conclusiones a las que sólo por medio de esos conocimientos profesionales puede llegarse. La doctrina alemana, precisamente por esa actividad a desarrollar por el perito, se ha preocupado también de establecer claramente los criterios de distinción entre éste, el Juez y el testigo”* (El Proceso Penal Alemán, pág. 143). Adicionalmente, este autor también explica: *“La doctrina alemana distingue dos tipos de hechos en la valoración de los hechos que el dictamen participa, es decir, en la valoración de los denominados <<hechos de apoyo>>: 1.º) Los hechos peritados, aquellos que sólo puede conocer el perito por sus conocimientos profesionales; y 2.º) Los hechos suplementarios, es decir, aquellos que el Tribunal podía constatar a través de otros medios de prueba que ya tiene a su disposición. Pues bien, solo respecto a los hechos peritados puede el Tribunal fundamentar directamente el fallo sin más. Los hechos suplementarios, para poder ser aprovechados, tienen que haber sido introducidos por la vía de la prueba testifical, siendo el testigo el propio perito o la persona que informó a éste de esos hechos. La importancia práctica de ello reside en lo siguiente: un perito interroga a un testigo en fase de elaboración del dictamen, quien le cuenta todos los hechos que le son conocidos, pero después el testigo, en la vista principal, rechaza el testimonio por tener derecho a ello. Conforme a lo expuesto, el Tribunal no puede interrogar al perito sobre los hechos que el testigo le comunicó”*. (El Proceso Penal Alemán, pág. 145).

de la observación que hace del subsistema de salud, e incorpora ese nuevo conocimiento al procesamiento autorreferencial de sus comunicaciones.

Es importante superar la idea de que a través del dictamen hay una transferencia de conocimiento desde la psiquiatría hacia el derecho. La información en forma de argumentos que los jueces utilizan para fundamentar sus decisiones no ha sido transferida desde la psiquiatría hacia el derecho. No es fruto de un proceso de exportación e importación de datos. Esta información en forma de argumentos es producida por el propio sistema jurídico, mediante un proceso de observación del subsistema de salud y de producción interna de diferencias a partir lo observado.¹²⁸⁰ Los sucesos ocurridos por fuera del sistema jurídico no son información, sino puros sucesos; las operaciones y las comunicaciones del subsistema de salud no son información, sino puras operaciones o comunicaciones; la información en forma de argumentos es un producto que el propio sistema genera a través de un proceso de observación hacia el exterior y diferenciación hacia el interior. Lo que da origen a la información en forma de argumentos es la combinación de la heterorreferencia (apertura cognitiva en forma de observación hacia el exterior) y la autorreferencia (clausura operativa mediante la producción interna y autorreferente de diferencias) que lleva a cabo el subsistema jurídico.

*“Precisamente con base en esta clausura normativa el derecho se abre a innumerables estados y sucesos del entorno estos sucesos obtienen un valor de información sólo por medio y dentro del sistema. El derecho puede (y en caso necesario debe), aprender que determinados síntomas del comportamiento son indicadores de enfermedad psíquica, lo que para el derecho significa incapacidad de que la culpa sea imputada”.*¹²⁸¹

Ahora bien, la información en forma de argumentos producida por el subsistema jurídico no sólo es incorporada y utilizada en el procesamiento de sus comunicaciones, sino que también es recordada por el sistema y reutilizada por éste, produciendo lo que se conoce como *redundancia*.¹²⁸² En el marco de la teoría de sistemas existe una distinción entre la *información* y la *redundancia*, por cuenta de la cual: *“La información es el valor de sorpresa de las noticias, dado un reducido (o ilimitado) número de otras posibilidades. La redundancia resulta (circularmente) de que la información precedente se debe tomar en cuenta en la operación de los sistemas autopoieticos”.*¹²⁸³ En pocas palabras, lo que tiene valor de novedad dentro del sistema es información, y la reutilización de esa información es redundancia.

La redundancia, que también son comunicaciones en forma de argumentos, tiene un papel muy importante dentro del sistema jurídico: i) en primer lugar, gracias a la existencia de redundancia el derecho es capaz de diferenciar y seleccionar aquello que tiene novedad para el sistema, lo cual le permite

¹²⁸⁰ En este sentido, cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 135.

¹²⁸¹ LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 142.

¹²⁸² *Ibíd.*, pág. 416.

¹²⁸³ *Ibíd.*, pág. 416.

identificar las similitudes entre los casos nuevos y los casos que ya han sido procesados por el sistema; ii) en segundo lugar, la identificación de las similitudes y las diferencias entre los casos le permite al sistema alcanzar cierta coherencia en sus decisiones, lo cual ocurre debido a la inclinación del sistema a resolver en igual forma los casos iguales, y de manera diferente los casos diferentes; iii) en tercer lugar, esa coherencia permite que, hasta cierto punto, las decisiones del sistema sean previsibles, con lo cual se gana un orden y se evita un caos al interior del sistema; iv) y por último, la redundancia le permite al sistema recordar información ya utilizada, incorporarla a sus operaciones, contrastarla con nueva información, y en dado caso corregir los errores del sistema mediante ajustes en su estructura y/o en su programa de operación.

Llevando lo anterior al caso de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, puede verse que la información en forma de argumentos que el sistema jurídico produce como consecuencia de la observación de las operaciones del sistema de salud, y de la producción interna de diferencias a partir de lo observado, es registrada en la memoria del sistema jurídico y reutilizada luego en casos similares en la forma de redundancia. Por decirlo de alguna forma, el sistema jurídico tiene la capacidad de reciclar la información y reutilizarla en forma de redundancia para resolver casos similares. La forma en que normalmente el sistema jurídico retiene la información producida, y la reutiliza en el procesamiento de sus comunicaciones, es recurriendo a la jurisprudencia o a los precedentes existentes en materia de inimputabilidad por trastorno mental. Cuando un juez hace uso de la jurisprudencia o de un precedente como recurso argumentativo para sustentar su decisión, lo que está haciendo, en términos de la teoría de sistemas, es hacer uso de la redundancia, no sólo para facilitar su labor, sino también, y principalmente, para asegurar la coherencia de su decisión. Incluso si la decisión final es distinta u opuesta a las adoptadas en los precedentes, el esfuerzo de recordar esos casos y de presentar argumentos para cambiar la jurisprudencia implica la realización de distinciones entre los casos que tienden a aumentar la consistencia de la decisión actual.

Esta capacidad del sistema jurídico es muy importante para los fines de esta investigación, ya que en materia de determinación de la imputabilidad los casos que debe resolver el subsistema de decisión del sistema jurídico son casi siempre muy difíciles, y la redundancia es lo único que le permite al sistema jurídico gestionar esos casos con un mínimo de justicia. Ya en el capítulo anterior se explicó que desde la perspectiva de la teoría de sistemas, la justicia tiene que ver principalmente con *“la posibilidad de delimitar el caso específico frente a otros casos, recurriendo a reglas de decisión que a su vez puedan considerarse justas cuando seleccionan consistentemente entre casos iguales y casos desiguales”*.¹²⁸⁴ En esa oportunidad se aclaró que la justicia, vista desde esta perspectiva, se relaciona con la toma de decisiones en el contexto de otras decisiones, y que sólo en la medida que las decisiones sean

¹²⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 289.

consistentes, es decir, que los casos iguales sean resueltos de igual forma, y los casos desiguales de diferente forma, llega a surgir la justicia. Por esta razón, es posible sostener que *“si la justicia consiste en la consistencia de las decisiones, entonces podemos decir también: justicia es redundancia”*.¹²⁸⁵

En materia de inimputabilidad por trastorno mental, el sistema jurídico se enfrenta a todo un universo de posibilidades, cuando quiera que la variedad de patologías que pueden afectar la capacidad de culpabilidad de un sujeto es sumamente extensa. La redundancia le permite al sistema jurídico aprender la información de casos anteriores, reutilizarla para el procesamiento de nuevos casos, distinguir los casos iguales de los diferentes, tomar decisiones consistentes y, como resultado de todo esto, realizar la justicia, al menos en términos de posibilidad. Cuantos más casos tenga la posibilidad de observar el sistema jurídico, más información en forma de argumentos producirá, más redundancia generará, más consistencia logrará y finalmente sus decisiones tendrán la posibilidad de ser más justas. En consecuencia, puede decirse que en materia de inimputabilidad por trastorno mental, donde la diversidad y cantidad de casos factibles es ilimitada, la redundancia es sumamente útil porque le permite al sistema jurídico lograr un mínimo de consistencia en sus decisiones, y a través de ella realizar la justicia, al menos en términos de posibilidad.¹²⁸⁶

Adicional a lo anterior, es importante señalar también que debido a su capacidad para producir redundancia, el sistema jurídico puede aprehender en qué forma el sistema de salud procesa las comunicaciones relativas al diagnóstico de trastornos mentales del acusado en casos similares. O sea, gracias a la observación de la forma en que el sistema de salud procesó una comunicación en el pasado, el sistema jurídico puede aprender la forma en que el subsistema de salud procesa ese tipo de casos.

Por supuesto, eso no significa que el sistema del derecho aprenda el programa de operación del sistema de salud en materia de diagnóstico de enfermedades mentales, y que esté en condiciones de procesar por sí mismo comunicaciones similares. El derecho sólo puede aprender la información producida mediante la observación de casos pasados, y por este motivo no puede decir nada frente a casos futuros, cuyo procesamiento por parte del sistema de salud no ha tenido ocasión de observar. El sistema jurídico sólo aprende que casos con ciertas características son procesados en determinados extremos del código por parte del sistema de salud, y que casos con otras características diferentes son procesados en otro extremo del código. Sin embargo, el sistema jurídico no

¹²⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 420.

¹²⁸⁶ *“La conclusión analógica constituye el puente entre la diversidad de los casos. Con la conclusión analógica se conservará la experiencia de los casos y de las expectativas ya fijadas que renovadamente se confirman; al mismo tiempo se estará pendiente, con reserva, de los nuevos contextos y cuando éstos no sean convincentes se tomarán como razón para reconocer lo novedoso o para ejercer el derecho de construir reglas en situaciones todavía no reglamentadas”*. (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 410).

necesariamente sabe cómo llega el sistema de salud a esas decisiones, o si lo sabe, en todo caso no está en capacidad de replicar ese procedimiento. Aun cuando el sistema jurídico puede aprender la información producida en la observación de los casos anteriores, no puede llegar nunca a reemplazar al sistema de salud en el diagnóstico de las enfermedades mentales, porque carece del programa necesario para procesar ese tipo de comunicaciones. Por esta razón, siempre es necesario que el subsistema de salud lleve a cabo un diagnóstico del estado mental del procesado, aunque el sistema jurídico reconozca similitudes entre el nuevo caso y otros resueltos con anterioridad. Como apoyo a lo anterior, téngase en cuenta que siempre es posible que haya pequeñas diferencias que sólo el subsistema especializado en salud puede ver, o también, que el subsistema de salud haya tenido una modificación en su programa de operación que le permita llevar a cabo diferenciaciones que antes le eran imposibles, con lo cual puede cambiar el sentido de su decisión frente a un caso similar, anteriormente resuelto de manera distinta.

No obstante lo anterior, la capacidad de aprehender en qué forma el sistema de salud procesa las comunicaciones relativas al diagnóstico de trastornos mentales en el acusado es muy importante, porque crea la posibilidad de que el sistema jurídico haga ajustes en su programa de operación. La observación que el sistema jurídico hace del sistema de salud, y la producción interna de diferencias a partir lo observado, genera una información que puede ser utilizada como redundancia en las operaciones de autoobservación. De esta manera, el sistema jurídico puede observar la manera en que observa al sistema de salud; puede observar la forma en que produce internamente diferencias a partir de lo observado; puede observar la forma en que genera información en forma de argumentos y, a partir de estas múltiples autoobservaciones, llevar a cabo una reflexión que puede traducirse en un ajuste del programa de operación.¹²⁸⁷

En efecto, la observación de las operaciones del sistema de salud en materia de diagnóstico de las enfermedades mentales, es seguida de un proceso de autoobservación del propio sistema del derecho, el cual puede poner en movimiento el subsistema legislativo para producir reformas en el régimen de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. La aproximación histórica llevada a cabo en el capítulo primero de esta obra nos ofrece abundantes ejemplos de la manera en que la observación del sistema de salud, la producción interna de diferencias a partir lo observado, la generación de información en forma de argumentos y la redundancia en las operaciones de autoobservación por parte del sistema jurídico han generado ajustes en el programa de operación vigente en el derecho aplicable para la determinación

¹²⁸⁷ “La programación iniciada mediante la codificación complementa la distinción principal del sistema a través de una segunda distinción: la de la aplicación correcta (o bien equivocada) de criterios para la adjudicación de lo que es conforme (o no conforme) con el derecho. Así se llega a la generación de una complejidad objetiva. El sistema puede aprender a aprender, puede probar criterios y en su caso cambiarlos”. (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 266).

de la inimputabilidad por trastorno mental. Por razones de extensión no es posible ahora citar todos los casos ya expuestos con todo detalle en el capítulo primero. Sin embargo, para una mejor ilustración, a continuación traigo a colación nuevamente los tres ejemplos que estimo más relevantes:

i) *Un primer ejemplo nos lo ofrece la ruptura producida por el humanismo laico del siglo XVI en la manera que la sociedad apreciaba la medicina, y la aparición de la pericia médica como mecanismo para la determinación judicial de la imputabilidad.*

Ya se ha explicado cómo los cambios culturales ocurridos a consecuencia del humanismo permitieron que la medicina pasara de ser considerada un simple compendio de técnicas que no merecían ser teorizadas, por no ocuparse del estudio de la esencia de las cosas, a gozar de un rejuvenecido prestigio en los círculos cultos de la sociedad europea. Así mismo, se ha descrito la forma en que el aumento gradual del reconocimiento de esta disciplina le permitió a los médicos irse apropiando progresivamente de la determinación de la locura, mediante la lenta y paulatina adopción de un discurso que no sólo presentaba a la locura como una enfermedad del cuerpo, y no del alma, sino que además se atrevía a clasificarla y a describir tratamientos para curarla.¹²⁸⁸

La observación de la forma en que la medicina ganaba prestigio entre los círculos cultos de la sociedad le permitió al derecho la producción interna de diferencias, la generación de información en forma de argumentos y la utilización de esa información en forma de redundancia en las operaciones de autoobservación. La producción interna de diferencias al interior del sistema jurídico, a causa de la observación de la medicina, puede apreciarse claramente en esta época gracias a que aquí es particularmente evidente la coexistencia de dos tipos diferentes de respuestas jurídicas frente a la locura, y de dos tipos distintos de instituciones de reclusión, según ésta fuese procesada administrativa o judicialmente: en el primer caso, los locos debían sufrir el encierro en lugares de internamiento destinados a aislar de la sociedad las personalidades más oscuras e indeseables, y en donde además de ser mezclados con delincuentes, vagabundos y enfermos, serían sometidos a la disciplina de arduos trabajos para corregirles el alma; en el segundo caso, los enfermos eran internados en hospitales y sometidos a tratamientos tan peligrosos como inútiles, tales como sangrías, purgas, vejigatorios y baños.¹²⁸⁹

Como consecuencia de estas operaciones de observación, diferenciación y autoobservación, el derecho del siglo XVI llevó a cabo ajustes progresivos en el programa de operación, consistentes en la ruptura producida entre las formas jurídico-administrativas que continuaban adheridas a la imagen místico-religiosa de la locura —y que respondían a ella con medidas policíacas de represión que eran producto del temor—, y las formas jurídico policiales que

¹²⁸⁸ Cfr. *Supra.* § 1,3.

¹²⁸⁹ Cfr. *ibíd.*

intentaban avanzar en el reconocimiento de la locura como una enfermedad que debía ser diagnosticada por los médicos más que por los juristas. Es interesante, para el tema que nos ocupa, ver de qué manera la observación de la transformación que sufre la medicina, la producción interna de diferencias a causa de lo observado, la generación de información en forma de argumentos y la reutilización de esa información en forma de redundancia en la operación de autoobservación, tuvo como consecuencia la realización de un ajuste tan importante en el programa de operación vigente en el sistema jurídico como lo fue la introducción gradual de un método probatorio que supuso una revolución en el modelo de procesamiento de los enfermos mentales: *la pericia médica*.¹²⁹⁰

ii) *Como segundo ejemplo, podemos citar la relación existente entre la aparición de la teoría psiquiátrico-organicista en los primeros años del reconocimiento de la psiquiatría como disciplina científica autónoma, y el surgimiento en el derecho penal de las corrientes pertenecientes al positivismo criminológico en Italia y Alemania.*

En su momento se explicó que el auge del positivismo científico durante toda la segunda mitad del siglo XIX llevó a que el surgimiento de la psiquiatría como disciplina científica autónoma estuviera marcado por la ambición de explicar los fenómenos psíquicos a través de evidencia empírica. Por esta razón, las primeras grandes teorías psiquiátricas sobre la causa de las enfermedades mentales sostuvieron que su origen se encontraba en alguna clase de defecto morbosos al nivel del cuerpo, y más concretamente en los tejidos de los órganos o en las células.¹²⁹¹ Se trataba de una psiquiatría que confiaba en poder diagnosticar, atender y curar las enfermedades mentales justo en la misma forma en que se hace con las enfermedades del cuerpo, explicando todas las patologías mediante la estrecha lógica de la causa y el efecto, y apoyando todas sus conclusiones en la observación del comportamiento humano y en la obtención de evidencia empírica sobre las causas de su desviación.¹²⁹²

La observación de la forma en que surgía y se asentaba esta psiquiatría organicista le permitió al derecho penal realizar ajustes en su programa de operación para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. A la sazón, empezaron a aparecer en el derecho penal las teorías que aseguraban poder explicar las causas biológicas del delito, y que intentaban demostrar la proclividad criminal del sujeto a partir de sus características físicas. Términos como el de <<delincuente nato>> fueron afianzándose en el vocabulario de eminentes penalistas, y aparecieron diversas clasificaciones de los delincuentes según sus rasgos o características anatómico-biológicas. El tamaño del cráneo, la forma de la nariz, la profundidad de su globo ocular, la presencia o no de atavismos, fueron características que empezaron a servir de

¹²⁹⁰ Cfr. *ibíd.*

¹²⁹¹ Cfr. *Supra.* § II,1. Cita número 360.

¹²⁹² Cfr. *Supra.* § II,1.

critérios para la clasificación de los delincuentes, e incluso pretendió asociarse algunas de ellas con la inclinación innata del individuo hacia la comisión de ciertos tipos de delitos.¹²⁹³

ii) *Por último, otro ejemplo nos lo ofrece la relación que parece existir entre la aparición del psicoanálisis como doctrina psiquiátrica dominante, y el surgimiento en el derecho penal de las teorías que, al amparo del concepto normativo de culpabilidad, sostenían que para la determinación de la imputabilidad es necesario un estudio de la personalidad del individuo.*

En el segundo capítulo de este trabajo se tuvo ocasión de explicar las consecuencias que, en casi todas las ciencias humanas y sociales, llegó a tener el movimiento neokantiano. Allí se explicó cómo las reflexiones relacionadas con la dimensión de sentido de los fenómenos abrieron una nueva perspectiva para el abordaje de problemas que no podían ser asumidos desde la estrecha lógica de la causalidad impuesta por el positivismo del siglo XIX.¹²⁹⁴

En el marco de esa corriente neokantiana, y posiblemente a consecuencia de ella, surge el psicoanálisis como una teoría que a través de una lectura crítica de la psiquiatría de la época no sólo denuncia el reduccionismo con que las teorías organicistas venían estudiando los fenómenos psíquicos, sino que además propone un nuevo paradigma de investigación.¹²⁹⁵ El psicoanálisis advierte que además de la dimensión corporal o biológica, las enfermedades mentales tienen una dimensión psicológica que debe ser estudiada y comprendida si realmente se quiere ofrecer a los pacientes una solución que ponga fin a su sufrimiento. Por esta razón, el psicoanálisis potencia una teoría sobre la mente humana (la teoría sobre el consciente y el inconsciente) que aspira a poder explicar las patologías psiquiátricas como consecuencia del acontecimiento de un episodio traumático durante alguna de las fases de formación del individuo. Además, desarrolla técnicas propias como la interpretación de los sueños o la asociación libre, para identificar los recuerdos

¹²⁹³ Cfr. *ibíd.* Al respecto, es muy interesante la siguiente observación de FOUCAULT (*Un Diálogo...* págs. 88-99): “Es verdad que se tiene la impresión de ver dos funciones muy diferentes —la función médica de la psiquiatría por una parte, y la función propiamente represiva de la policía por otra— que van a cruzarse en un momento dado en el sistema que comentamos. Pero, de hecho, las dos funciones desde sus inicios, no eran sino una (...)” (pág. 88). “Cuando la criminología italiana se desarrolla, naturalmente la psiquiatría está presente sosteniendo el discurso de la criminología lombrosiana” (pág. 90). “Es finalmente la noción de peligro la que fue introducida en ese momento, teorizada por la psiquiatría y la criminología del siglo XIX —y que hoy podemos encontrar en la legislación soviética—. Esta puede decir: Decís que encerramos a un enfermo en la cárcel (o a un preso en el hospital), ¡en absoluto! Se encierra a alguien peligroso. Han llegado a codificar como delito el hecho de ser percibido como peligroso. Aquí todavía no hemos llegado a esto.... Pero en la práctica inglesa, americana, italiana, alemana y francesa de la psiquiatría y del Derecho Penal, vemos que la noción de <<peligro>> es aún el hilo maestro. Y tanto la policía como la psiquiatría son instituciones destinadas a reaccionar frente al peligro” (pág. 99).

¹²⁹⁴ Cfr. *Supra.* § II,1.

¹²⁹⁵ Cfr. *ibíd* y § III,1.3.

traumáticos que se encuentran en el inconsciente del individuo y sacarlos a flote para que él pueda racionalizarlos y recobrar el equilibrio entre los diferentes elementos de su personalidad (el ello, el yo y el super yo).¹²⁹⁶

La observación de la forma en que el psicoanálisis se erguía como la teoría dominante para el estudio y tratamiento de las enfermedades mentales, le permitió al derecho penal llevar a cabo ajustes en el programa para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. A la sazón, fueron apareciendo en el derecho penal teorías que, también inspiradas en el neokantismo, sostenían que la imputabilidad no podía determinarse sólo mediante la evaluación médica del cuerpo del individuo, sino que era necesario llevar a cabo un diagnóstico de su personalidad.¹²⁹⁷ De esta manera, se supera definitivamente en derecho penal el positivismo criminológico, y con ello la idea de poder explicar el comportamiento criminal mediante las características anatómico-biológicas de los individuos. En su lugar, empieza a imponerse una teoría que ve necesario adentrarse en la mente del sujeto para desvelar su verdadera personalidad, y para comprender en realidad el sentido de su comportamiento.¹²⁹⁸

En la actualidad, la observación de los progresos más recientes del sistema de salud en materia de diagnóstico de enfermedades mentales lleva a un sector de la doctrina jurídica a sostener que, en la medida que dichos avances puedan extenderse a todas las enfermedades mentales, es posible que se produzca una revolución en materia de inimputabilidad por trastorno mental. En este sentido, hay autores que pronostican futuros ajustes en el programa de operación del sistema jurídico, relacionados con la aplicación de las nuevas técnicas para el diagnóstico de las enfermedades mentales en la metodología para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Entiendo que estos autores confían en que el aumento del conocimiento disponible sobre la estructura y funcionamiento del cerebro humano llevará a que podamos algún día diagnosticar la imputabilidad mediante pruebas de laboratorio sumamente sofisticadas, en forma similar a lo que ocurre con el diagnóstico de ciertas patologías psiquiátricas a través de pruebas como el electroencefalograma (EEG), el estudio de los potenciales evocados (PE), la magneto-encefalografía, la tomografía computarizada por emisión de fotón simple (SPECT) o por emisión de positrones (PET), la resonancia magnética (RM), el ADN en los casos en que se presumen causas genéticas de la enfermedad, etc.,¹²⁹⁹ pruebas estas que en la gran mayoría de los casos se encuentran aún en estado experimental, con un grado de confiabilidad no muy alto, y en la mayoría de los casos con aplicación sólo en el campo de la investigación, aunque no se descarta que puedan tener un uso clínico potencial.¹³⁰⁰

¹²⁹⁶ Cfr. *ibíd.*

¹²⁹⁷ Cfr. *Supra.* § II,1. Cita número 394.

¹²⁹⁸ Cfr. *Supra.* § II,1.

¹²⁹⁹ Para una explicación más amplia de este tipo de técnicas, cfr. VALLEJO. *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, pág. 38.

¹³⁰⁰ Cfr. *ibíd.*, pág. 39.

1.2. Reparos relacionados con el carácter cerrado de los sistemas sociales.-

En la literatura disponible acerca de la teoría de sistemas es común encontrar la referencia a la controversia sostenida entre Habermas y Luhmann a propósito del grado de clausura o apertura de los sistemas sociales. No obstante, se trata de una controversia que, debido a que concierne a presupuestos fundamentales de sus respectivas teorías, exige ser abordada de una manera extensa y detallada. Tan sólo intentar la completa explicación del contenido y alcance de dicha controversia daría tema suficiente para elaborar una tesis. Por esta razón, y como ese no es el tema que ocupa esta investigación, me dispensaré en este apartado de la carga de hacer una exposición de esta polémica. Además, resolver definitivamente esa controversia es algo que no se encuentra por ahora a mi alcance, y que tampoco es de mi interés. Lo único que pretendo hacer, al abordar siquiera tangencialmente este tema, es tratar de anticiparme a las críticas que puedan venir, por el hecho de haber intentado reconstruir en este trabajo la relación entre la psiquiatría y el derecho en los términos de la teoría de los sistemas cerrados.¹³⁰¹ En consecuencia, a continuación quisiera simplemente justificar la postura tomada en este trabajo, mediante los siguientes argumentos:

Para comenzar, quisiera que no se perdiera de vista, ni por un momento, que tanto la teoría de los sistemas adaptativamente abiertos al entorno, como la teoría de los sistemas cerrados, son sólo eso: teorías. Ellas nos ofrecen herramientas para tratar de entender la infinita complejidad de la sociedad, a través de un modelo teórico.¹³⁰² Esto significa que estas teorías intentan elaborar una imagen que represente, de la forma más parecida posible, la estructura y funcionamiento de la sociedad, aceptando de entrada que dicha imagen no puede ser jamás idéntica al objeto que intenta modelar. De esta manera, ninguna de estas teorías puede ser entendida como la “encarnación” de la sociedad, sino simplemente como la descripción de una imagen aproximada de ella: por eso son modelos.

Ahora bien, dado que en este caso intentamos reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría, desde el punto de vista de un observador externo a estas disciplinas, y que la única forma de hacer eso es adoptando una perspectiva global de la sociedad, era inevitable tener que tomar postura por alguna de estas teorías. En este caso se optó por la teoría de los sistemas cerrados por razones de pura conveniencia, consistentes en que esta teoría es la que, a mi juicio, permite reconstruir de la forma más clara, sencilla, ordenada

¹³⁰¹ Por ejemplo, POLGAR et al. (*Mental Health Service and System*, pág. 464) se inclinan por describir el sistema de salud en materia de salud mental como un sistema abierto.

¹³⁰² Siguiendo a BOCHENSKI (*Los Métodos Actuales de Pensamiento*, pág. 86): “*Por modelo se entiende un producto físico, observable en principio a simple vista, que tiene la misma forma o contenido representado en el enunciado científico. (...) Tal modelo no siempre puede ser construido, pero sí <<pensado>>, es decir, imaginado*”.

y completa, la relación existente entre el derecho y la psiquiatría en materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

No hay duda de que esta relación también podría reconstruirse a través de la teoría de los sistemas adaptativamente abiertos al entorno. Sin embargo, en mi opinión, dicha teoría no ofrece tantas herramientas conceptuales para ese cometido como la teoría de los sistemas cerrados. Es un hecho fácilmente demostrable que la dogmática jurídico-penal se ha trabajado mucho más desde la perspectiva de la teoría de sistemas que desde la de la teoría de la acción comunicativa. Por esta razón, puede tal vez explicarse que el estado actual de la teoría de los sistemas cerrados ofrezca más elementos para reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría, en punto a un tema fundamentalmente penal como el de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

Dicho lo anterior, por ningún motivo debe entenderse que la elección de la teoría de los sistemas cerrados implica un juicio sobre la coherencia lógica interna de alguna de esas teorías, o sobre la plausibilidad de sus argumentos fundamentales. Para juzgarlas a ese nivel, se requeriría llevar a cabo un estudio muy específico que no sólo rebasa por mucho el objeto de este trabajo, sino que además no me interesa especialmente, porque me parece discutible que llegar a ese nivel de detalle pueda aportar algo realmente significativo, en términos prácticos, para un tema como el que nos ocupa. Lo que me interesa subrayar ahora es que la elección de la teoría de los sistemas cerrados fue motivada por razones de conveniencia, y no por el hecho de considerar que ésta es una “mejor” teoría que la otra.

Finalmente, la elección tomada también se justifica porque, en mi criterio, la teoría de los sistemas cerrados, en el estado actual de desarrollo en el que se encuentra, está en condiciones de responder satisfactoriamente las críticas provenientes de la teoría de los sistemas adaptativamente abiertos al entorno. Es decir, no encuentro objeción en intentar reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría mediante la aplicación de la teoría de los sistemas cerrados, habida cuenta que su actual estado de desarrollo le permite responder, al menos en lo fundamental, las principales críticas que se le formulan desde la teoría de los sistemas adaptativamente abiertos al entorno.

En efecto, el punto central de esa discusión consiste en que Habermas se aparta de la teoría de los sistemas cerrados, porque considera que con ella *“no queda lugar alguno para la comunicación social global, para la autotematización y la actuación sobre sí de la sociedad en conjunto, porque la sociedad esta centrífugamente disociada en subsistemas que sólo pueden comunicar ya consigo mismos, cada uno de ellos en su propia lengua”*.¹³⁰³ Uno

¹³⁰³ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 119. Por su parte, PÁRAMO, Juan R de. (*H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*) explica que al respecto fue WITTGENSTEIN el precursor de un cambio en la filosofía analítica, cuando en la posguerra dejó de dar valor

de los argumentos más importantes que aduce Habermas para defender esta postura, es que los estudios llevados a cabo por Teubner, tanto sobre la forma en que el derecho recibe e incorpora el “saber de hecho” de tipo económico, técnico, psiquiátrico y científico en general, como sobre la forma en que el derecho puede ejercer influencia en otros sistemas de la sociedad, se ven en la necesidad de postular un medio de <<comunicación social general>>. De acuerdo con Habermas, Teubner se ve en la necesidad de incorporar ese recurso debido a que los estudios empíricos disponibles demuestran la imposibilidad de traducir directamente un código especial a otro, y la única vía que queda para explicar la forma en que ocurre la comunicación general en la sociedad es aceptando que existe un lenguaje ordinario que permite traducir esas “<<lenguas mutuamente extrañas>> en que consisten los códigos de los subsistemas, e incluso facilitase entre éstos un intercambio de comunicación que no es posible hacer de forma directa”.¹³⁰⁴

Si se acepta la teoría de los sistemas cerrados, en opinión de Habermas, “el discurso jurídico permanecería prisionero de su propia autorreproducción y sólo construiría sus propias imágenes del mundo externo”.¹³⁰⁵ En lugar de ello, la postura de Habermas se mueve “en la dirección de una teoría de la acción comunicativa, la cual distingue entre un mundo de la vida ligado al medio que representa el lenguaje ordinario y sistemas adaptativamente abiertos al entorno, regidos a través de códigos especiales”.¹³⁰⁶ El punto de apoyo de Habermas es la idea de que los códigos especiales de los subsistemas no son funcionalmente mejores para resolver todos los problemas que el lenguaje ordinario. Sostiene que aunque los códigos especiales tienen la virtud de definir los problemas con mayor precisión, debido a que son especializados y tienen una capacidad de diferenciación mayor, el lenguaje ordinario puede permanecer más sensible a los problemas de la sociedad en general, gracias a que es más difuso y tiene un menor grado de diferenciación. De esta manera, el lenguaje ordinario tiene mayor capacidad para definir los problemas generales de la sociedad que los lenguajes especiales.

El problema es que como los lenguajes especializados están mucho más diferenciados, tienen una estructura más rica y se encuentran desmembrados del lenguaje ordinario, este último sólo puede traducir desde todos los códigos, pero no puede traducir a todos los códigos. Esto supone una dificultad para la solución de los problemas generales de la sociedad, ya que el lenguaje ordinario no puede por sí mismo hacer llegar a los subsistemas mensajes normativos orientados a dirigir su acción en determinado sentido. El único lenguaje que puede “circular a lo largo y ancho de toda la sociedad mensajes

paradigmático al lenguaje de las ciencias naturales, y puso el acento en el lenguaje ordinario. El paso de un lenguaje científico a un lenguaje ordinario como objeto de la dogmática, es el paso de un sistema positivista puro, que diferencia derecho y moral, a uno que los integra.

¹³⁰⁴ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 118.

¹³⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 117.

¹³⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 119.

normativos¹³⁰⁷ es el lenguaje del derecho. Por esta razón, la función comunicativa que cumpliría el derecho es la de servir de “transformador”, asegurando que “la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa”.¹³⁰⁸

La forma en que el derecho cumple esa tarea, según Habermas, y he aquí su diferencia con la teoría de sistemas, es mediante “contactos reales con la economía, la política, la educación, la familia etc., contactos que van más allá de un mero servir de <<ocasión>> a la autopoiesis jurídica o viceversa”. Para Habermas, la comunicación entre los subsistemas no se produce mediante una observación que irrita o estimula procesos de reproducción autorreferentes, sino a través de contactos reales y de un medio común a todos los sistemas sociales:

*“El mundo de la vida se constituye a través de un lenguaje que circula por todos los ámbitos sociales y que ofrece una estructura autorreferencial, de suerte que permite traducir de todos los códigos. Una interferencia de subsistemas que signifique <<que no solamente es posible la observación, sino la conexión comunicativa entre sistema y “mundo de la vida”>>, exige, por debajo del nivel de los códigos funcionalmente especificados, un medio general de comunicación. Tal medio de comunicación se parece tanto al lenguaje ordinario que casi se confunde con él. Permite la diferenciación de medios de regulación o control como el dinero o el poder, pero no puede ser entendido a su vez como un mecanismo sistémico”.*¹³⁰⁹

De acuerdo con Habermas, “cuando se tiene esto en cuenta, la especificación funcional del mundo de la vida, dicho brevemente, se efectúa de suerte que los componentes de ese mundo —cultura, sociedad, estructuras de la personalidad— se diferencian ciertamente dentro de los límites de un lenguaje multifuncional, pero permanecen enlazados entre sí a través de ese medio”.¹³¹⁰

La postura de Luhmann, a mi juicio, está en capacidad de responder satisfactoriamente a esta crítica proveniente de la teoría de los sistemas adaptativamente abiertos al entorno. A tal efecto, es cierto que la arquitectura de su teoría del sistema de la sociedad está fundamentada sobre la idea de sistemas cerrados que se reproducen de forma autorreferente. Sin embargo, en innumerables pasajes de su obra, Luhmann insiste en aclarar que el hecho de que se trate de sistemas cerrados no significa que estén aislados de su entorno.¹³¹¹ Textualmente, sostiene lo siguiente:

“Esta teoría no discute que existan relaciones causales entre el sistema y el entorno (aunque las afirma a su manera) y que las interdependencias causales sean estructuralmente necesarias para el sistema. (...) En la teoría de sistemas se ha aclarado desde hace mucho que la apertura (dependencia del entorno) sobre la base de la materia o la energía, no contradice la tesis de la cerradura informática o semántica.

¹³⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 120.

¹³⁰⁸ *Ibíd.*

¹³⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 119.

¹³¹⁰ *Ibíd.*

¹³¹¹ En este sentido, cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 135.

¹³¹² LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 99.

Nosotros hacemos expresamente la distinción entre aislamiento causal (*isolation*) y clausura operativa”.¹³¹²

De acuerdo con la teoría general de los sistemas, “los sistemas abiertos transforman *inputs* en *outputs* según la medida de una función de transformación”.¹³¹³ Pero además, y esto es muy importante, la propia teoría de los sistemas abiertos considera que es posible que el sistema utilice sus *outputs* como *inputs* en la forma de un *feedback*. En otro lugar de su obra¹³¹⁴ Luhmann aclara lo anterior de una forma más cercana a su terminología tradicional, y explica que en los comienzos de la teoría general de los sistemas, para entender la relación entre el sistema y el entorno, se sostenía que el sistema debía adaptarse al entorno para poder sobrevivir. No obstante, muy pronto se encontró que también el entorno debía adaptarse al sistema, y esto dio lugar a una importante tautología que demandaba especial atención: “los sistemas pueden adaptarse al entorno cuando el entorno se adapta al sistema, y al revés”.¹³¹⁵

Gracias a los avances que muy pronto se dieron en el estudio de la complejidad, fue posible apreciar que “los sistemas complejos no sólo deben adaptarse a su entorno sino también a su propia complejidad. Deben hacer frente a improbabilidades y deficiencias internas”.¹³¹⁶ Esto significó un importante avance en la teoría de los sistemas, porque permitió entender que “para que el sistema construya su propia complejidad es necesaria la clausura operativa —frecuentemente esto se formula como condición para extraer orden del ruido—”.¹³¹⁷

Tal como lo entiendo, el proceso normal de diferenciación sistémica produce un aumento de la diferenciación entre los elementos del sistema, el surgimiento de nuevas relaciones entre esos elementos y de nuevas relaciones entre las relaciones. Este aumento de la diferenciación implica un aumento de la complejidad, a la cual debe adaptarse el sistema para no bloquearse operativamente. Por esta razón, los sistemas complejos se ven en la necesidad de cerrarse respecto de su entorno, para diferenciar con total claridad lo que pertenece al sistema y lo que pertenece al entorno, y poder de esa forma seguir aumentando su complejidad. El propio Luhmann explica este razonamiento así:

*“Una fundamentación teórica debería ser: rebasar una cantidad mínima de elementos en dirección de su diferenciabilidad, es sólo posible cuando se renuncia a que cada uno de los elementos quede enlazado con cada uno de los otros. Esto supone una selección de la enlazabilidad que se practica y la necesidad de recurrir a una condicionalización interna de la selección de los elementos. Sólo en enlace selectivo “cualifica los elementos”, y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación”.*¹³¹⁸

¹³¹³ *Ibíd.*, pág. 97.

¹³¹⁴ LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, pág. 85.

¹³¹⁵ *Ibíd.*, pág. 85.

¹³¹⁶ *Ibíd.*, pág. 85.

¹³¹⁷ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 98.

¹³¹⁸ *Ibíd.*, pág. 98.

Adicionalmente, lo anterior también quiere decir que el cierre del sistema respecto de su entorno es fundamental para su unidad. Sin fronteras no sería posible determinar el contenido del sistema y, en consecuencia, el sistema entendido como unidad desaparecería. Estos límites permiten diferenciar entre todo aquello que hace parte del sistema, porque está dentro de sus límites, y todo lo que hace parte del entorno del sistema, porque está afuera de sus límites.¹³¹⁹ El sistema es sistema en tanto tiene límites, en cambio, el entorno como tal *“está delimitado por horizontes abiertos y no por límites que pueda franquear. El entorno, por consiguiente, no es un sistema”*.¹³²⁰

Como tantas veces lo repite Luhmann, ese cierre del sistema implica únicamente una clausura operativa, y no un aislamiento causal respecto de su entorno. Entre el sistema y el entorno sigue existiendo una relación de interdependencia que no se ve resquebrajada por la existencia del límite que los separa, y puede observarse que, pese a la existencia de límites, en la frontera entre el entorno y el sistema continúa habiendo un proceso de selección que permite cierto intercambio de información.¹³²¹ En definitiva, el que los sistemas estén clausurados operativamente respecto de su entorno, lo único que significa es que *“para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en ese sentido se reproducen a sí mismos”*.¹³²²

Por ejemplo, en lo que al derecho se refiere, Luhmann sostiene expresamente que las operaciones del sistema jurídico son también operaciones del sistema de la sociedad, y por ello tienen alcances no sólo dentro del propio sistema jurídico, sino también en el sistema de la sociedad, en los demás sistemas que componen el sistema de la sociedad, e incluso en los sistemas que están en el entorno del sistema de la sociedad. Por esta razón, no creo que en el marco de la teoría de los sistemas cerrados pueda afirmarse que el derecho permanece prisionero de su propia autorreproducción y sólo construye sus propias imágenes del mundo externo.¹³²³

“Una teoría de corte operativo no puede aprehender la unidad del sistema jurídico como la unidad de un texto o la consistencia de un conjunto de textos, sino como un sistema social. La operación mediante la cual el sistema se delimita frente a su entorno puede designarse como comunicación. Con ello entonces el concepto de sociedad queda articulado de manera firme como el sistema omniabarcador de todas las comunicaciones en cuyo entorno no hay comunicación, sino sólo acontecimiento de otro tipo. Esta disposición conceptual tiene consecuencias trascendentales. De acuerdo a ella todos los sistemas sociales son una realización de la sociedad. El sistema jurídico, según esto, es también un sistema que pertenece a la sociedad y la realiza. Títulos como “Derecho y Sociedad” remiten a dos objetos independientes. Uno en frente al otro. Por eso, deben ser reformulados conforme a la teoría de las

¹³¹⁹ En este mismo sentido, cfr. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*, pág. 198.

¹³²⁰ LUHMANN, *Sistemas Sociales*, pág. 41.

¹³²¹ *Ibíd.*

¹³²² LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 99.

¹³²³ En este sentido, GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 135.

distinciones. El sistema jurídico para insistir en este punto decisivo, es un subsistema del sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, sólo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más, —en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos,— en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver con el entorno de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes. Como sistema social y como realización de la sociedad las operaciones del sistema jurídico tienen características que no sólo se cumplen en el sistema jurídico. Esto es válido para todas las características de la comunicación, por ejemplo, para la actualización del sentido y para la posibilidad de comprender la diferencia entre acción de participar la comunicación e información. Esto es también válido, sobre todo, para el mecanismo de concentrar la atención por medio del lenguaje en el acoplamiento estructural entre comunicación y conciencia. En tanto el sistema jurídico utiliza el lenguaje para comunicar, presupone posibilidades de conexión fuera del sistema”¹³²⁴.

Ahora bien, es claro que el argumento fuerte de Habermas consiste en que al estudiar la relación de los diferentes sistemas entre sí, la imposibilidad de traducir directamente de un código a otro es un grave obstáculo para la comunicación general de la sociedad, y específicamente para hacer llegar a los subsistemas mensajes normativos orientados a dirigir su acción en determinado sentido. Por esta razón, Habermas llama la atención sobre la necesidad de recurrir a un medio común de comunicación, que en su caso es el lenguaje ordinario. No obstante, ya Luhmann ha explicado que no sólo rechaza expresamente la idea de que el cierre del sistema implique un aislamiento respecto del entorno, sino también una desconexión de los demás sistemas en su entorno. La teoría del sistema de la sociedad dedica una parte importante de sus esfuerzos a explicar que la clausura operativa del sistema no es óbice para su apertura cognitiva a los sucesos que ocurren en los otros sistemas en su entorno. De manera que si bien entre sistemas la conexión no tiene lugar en la forma de un “transfer” de información, sí tiene lugar en la forma de observación recíproca mediante la apertura cognitiva de los sistemas.¹³²⁵

Si entiendo bien, precisamente porque en la teoría de los sistemas cerrados la comunicación entre sistemas no se da mediante un proceso de transferencia de información del tipo *input / output*, la existencia de diversos códigos especiales y la imposibilidad para traducir de un código a otro no es un problema que impida la conexión entre sistemas. Es importante dejar atrás la idea de que hay algo así como una transferencia de información desde los otros subsistemas hacia el derecho o viceversa. La información que utiliza el sistema jurídico para realizar sus operaciones no es fruto de un proceso de exportación e importación de datos. Esta información es producida por el propio sistema jurídico, mediante un proceso de observación de los otros subsistemas y de producción interna de diferencias a partir lo observado.¹³²⁶ Los sucesos ocurridos por fuera del sistema jurídico no son información, sino puros sucesos. Lo que da origen a la información que utilizan los subsistemas del sistema de la sociedad es la combinación de la heterorreferencia (apertura cognitiva en forma

¹³²⁴ LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 111.

¹³²⁵ *Ibíd.*, pág. 141.

¹³²⁶ En este sentido, cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 135.

de observación hacia el exterior) y la autorreferencia (clausura operativa mediante la producción interna y autorreferente de diferencias).

Ya Luhmann ha explicado repetidas veces que la nueva información que los sistemas utilizan en el procesamiento de sus operaciones no “viaja” de un sistema a otro, sino que es generada por cada sistema de manera autorreferente, gracias a la producción interna de diferencias a partir de la observación de los otros sistemas.¹³²⁷ Por esta razón, *entiendo que en el marco de esta teoría no hay necesidad de algo así como una traducción del código de un sistema al código de otro*. Por el contrario, la teoría de los sistemas cerrados admite que pese a su clausura operativa, los sistemas pueden tomar en consideración para sus operaciones el conocimiento producido por otros. En el caso del derecho, por ejemplo, Luhmann explícitamente afirma:

*“Según esto, el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que ha sido generada internamente: sólo como “difference that makes difference” (Bateson). Y si el estado del sistema ha cambiado, esto se debe a que se ha referido a la aplicación del derecho o, en última instancia, al código. Dicho de otra manera: el sistema del derecho no puede atribuir al entorno normas, pero sí conocimientos. Incluso la cuota de conocimiento que atribuye al entorno es una operación puramente interna y no un proceso de “transfer” de informaciones. Precisamente el concepto dual de información de Bateson, “a difference that makes a difference” expresa el hecho de que una información modifica el estado propio a través de la introducción de una diferencia, por lo tanto, “abierto cognitivamente” no significa otra cosa que el sistema genera las informaciones correspondientes desde la posición de la heterorreferencia y las atribuye a diferencias situadas en el entorno. Por ello, la distinción entre cerrado normativamente y abierto cognitivamente se practica sólo dentro del sistema (y no como circunstancia dada objetivamente). El sistema jurídico se convierte a sí mismo en ley. Por eso, la moral no tiene ninguna relevancia jurídica: ni cómo código (bien hecho/mal hecho; bueno/malo), ni como valoración singular. Esto lo sabía ya Pablo: non omne quot licet honestum est. Y lo sabía también Oliver Wendell Holmes. Ciertamente el derecho puede aceptar metas normativas preestablecidas por parte de la moral o de otras fuentes sociales. Sin embargo, esto debe tener lugar a través de una transformación explícita en derecho. Lo contrario es válido para todo aquello que se debe considerar como conocimiento. De este modo, el sistema jurídico depende, por ejemplo en el caso de los problemas de ecología, de los resultados de la ciencia: se puede tratar desde la realización de diferentes cálculos estadísticos, hasta el uso de la metodología empírica. No obstante, las evaluaciones incorrectas de la ciencia serán relevantes como error jurídico, sólo dentro del sistema del derecho. En el caso de que haya inseguridad en los resultados de la investigación (lo que la ciencia puede admitir), el sistema jurídico tiene la libertad de recurrir a las “policy decisions” a las regulaciones de las descargas de las pruebas, etcétera, en una palabra: puede recurrir a medios que están disponibles tan sólo en los bordes”.*¹³²⁸

Para terminar, quisiera simplemente manifestar, a modo de conclusión, que en mi criterio estos argumentos son suficientes para sostener que la teoría de los sistemas cerrados está en capacidad de responder, al menos en lo fundamental, a las críticas más importantes provenientes de la teoría de los sistemas adaptativamente abiertos al entorno. Por esta razón, estimo que no debe haber motivo de objeción alguna al hecho de haber intentado en ese trabajo reconstruir la relación entre el derecho y la psiquiatría mediante una aplicación de la teoría de los sistemas cerrados.

¹³²⁷ *Ibíd.*

¹³²⁸ LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 142.

1.3. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

- i) La observación de la relación existente entre la psiquiatría y el derecho, desde la perspectiva de la teoría de sistemas, permite concluir que estas disciplinas se desenvuelven en el marco de sistemas sociales diferentes: el derecho se desenvuelve en el marco del sistema jurídico, y la psiquiatría en el del sistema de salud.
- ii) Los subsistemas jurídico y de salud se encuentran separados por notorias diferencias al nivel de su función, composición, código y programa: mientras la función del sistema jurídico es la estabilización de las expectativas normativas de comportamiento, la del sistema de salud es mantener y promover el estado de bienestar físico y mental de los individuos; mientras el sistema jurídico está compuesto por las comunicaciones relacionadas con el derecho que se producen en el contexto del procesamiento de expectativas normativas de comportamiento, el sistema de salud está compuesto por comunicaciones que se producen en el contexto de la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades; mientras el sistema jurídico procesa sus comunicaciones en la forma del código lícito / ilícito, el sistema de salud lo hace en la forma del código salud / enfermedad; y finalmente, mientras el sistema jurídico opera mediante un programa condicional que se encuentra principalmente recopilado en los códigos y leyes que integran el ordenamiento jurídico positivo —aunque también la doctrina, la jurisprudencia y otras fuentes de derecho pueden contener partes de ese programa—, el sistema de salud opera en materia psiquiátrica a través de un programa compendiado en los manuales de clasificación y diagnóstico de las enfermedades mentales, tales como el DSM o el CIE, así como en los principios, criterios y reglas contenidos en la doctrina o en la teoría psiquiátrica, y en todas aquellas otras herramientas que la comunidad científica ha puesto a disposición de la psiquiatría clínica para incrementar la efectividad del diagnóstico y tratamiento de las patologías.
- iii) La reconstrucción, desde la perspectiva de la teoría de sistemas, de la mecánica de operación del derecho y la psiquiatría, a propósito de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual cualquiera, permite concluir que los dos niveles de procedimiento que componen el método mixto son realizados desde subsistemas sociales diferentes: el primer nivel del procedimiento, consistente en la valoración bio-psicológica del procesado, es realizado desde el subsistema de salud, el cual procesa las comunicaciones relativas al estado de salud mental del procesado en la forma del código salud / enfermedad, mediante el programa

de operación contenido principalmente en los manuales de clasificación y diagnóstico; el segundo nivel del procedimiento, consistente en el juicio valorativo sobre la capacidad de culpabilidad del procesado, es realizado desde el subsistema jurídico, el cual procesa las comunicaciones relativas a la capacidad de culpabilidad del procesado en la forma del código imputable / inimputable, mediante el programa de operación contenido en las leyes, códigos, normas, jurisprudencias y doctrinas que integran el derecho aplicable.

- iv) La reconstrucción, desde la perspectiva de la teoría de sistemas de la mecánica de comunicación entre el derecho y la psiquiatría, a propósito de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental en un caso puntual cualquiera, permite concluir que entre el subsistema jurídico y el subsistema de salud no hay transferencia de información en la forma *input / output*. Los subsistemas jurídico y de salud se comunican mediante la observación recíproca de sus operaciones, y la información que utilizan en sus operaciones es generada por cada uno de ellos mediante la producción interna de diferencias a partir de lo observado.

En materia de inimputabilidad por trastorno mental, el dictamen pericial psiquiátrico funciona como el lente a través del cual el sistema jurídico observa la forma en que el sistema de salud procesa las comunicaciones relativas al estado de salud mental del procesado. Gracias a esa observación, el sistema jurídico produce internamente diferencias, las cuales generan la información en forma de argumentos que el propio subsistema utiliza para el procesamiento de las comunicaciones relativas a la capacidad de culpabilidad del procesado. En relación con casos similares, la producción interna de diferencias a partir de lo observado no genera información sino redundancia, la cual es utilizada para procesar las operaciones relativas a la capacidad de culpabilidad del procesado en forma coherente, y de esa forma realizar la justicia, al menos en términos de posibilidad.

2. Reconstrucción de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad.-

Cuando en el lenguaje ordinario se habla de una <<capacidad>>, se está haciendo referencia a una facultad, a una habilidad, a una disposición del individuo para algo. Por ejemplo, cuando se dice que cierta persona tiene la capacidad de hablar otra lengua como el inglés, se está haciendo referencia a la facultad o habilidad que tiene la persona para comunicarse oralmente con otra en el mencionado idioma. Algo similar podría decirse de otras capacidades más básicas que desarrollamos los seres humanos en nuestros primeros años de vida, tales como caminar erguidos, distinguir adecuadamente los colores, utilizar las manos para realizar actividades cotidianas, etc.

En todos estos casos, cuando se desea establecer si una persona tiene afectada determinada capacidad, basta con pedirle que lleve a cabo una actividad que requiera de la facultad o habilidad que se está comprobando y verificar si puede realizarla. Por ejemplo, para medir la capacidad visual, el optómetra suele pedir a su paciente que mencione en voz alta las letras o números de diferentes tamaños que aparecen en un tablero frente a él. El grado de afectación o desarrollo de esa capacidad será una medida de la facilidad o dificultad con que la persona puede disponer de la facultad, habilidad o destreza correspondiente. En el ejemplo del optómetra, la facilidad con que el paciente puede reconocer los símbolos dependiendo de su tamaño, ofrece una medida muy confiable de su capacidad visual en ese momento.

Al hablar de las capacidades de comprensión o autodeterminación, la cuestión no es sin embargo tan sencilla, ya que éstas se encuentran ligadas a temas sumamente complejos y controversiales como el conocimiento y la voluntad. Para comenzar, la definición de la <<capacidad de comprensión>>, o de la <<capacidad de autodeterminación>>, es ya un problema. Decir, por ejemplo, que la capacidad de comprensión consiste en la facultad, la habilidad o la disposición para conocer el sentido de cierta información, no nos ayuda realmente mucho porque queda el problema de saber cuándo puede decirse que una persona realmente conoce el sentido de algo. Y lo mismo ocurriría si intentamos afirmar que la capacidad de autodeterminación se tiene cuando el individuo posee la facultad, la habilidad o la disposición para actuar conforme a la autonomía de su voluntad, pues está por verse en qué supuestos puede sostenerse sin discusión que una persona realmente tiene tal autonomía de voluntad.

La definición de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación es muy difícil, porque ellas están relacionadas con conceptos filosóficos de grueso calibre, que además son objeto de arduas discusiones, hasta el momento irresolubles.¹³²⁹ Apostar por una tesis acerca del contenido de esas capacidades, implica asumir una postura frente a polémicas que llevan siglos ocupando el esfuerzo de filósofos, en temas tan complejos como la gnoseología, la epistemología, la ontología, la axiología, etc. Por esta razón, y dado que no veo probable que aquí podamos resolver esos debates tan trascendentales, me parece estéril reconducir el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental a la definición de esas capacidades.¹³³⁰

¹³²⁹ En este mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ GARAY. Ella sostiene *"El planteamiento de la discusión sobre el fundamento de la imputabilidad en términos de libre albedrío o determinismo supone, a mi juicio, enfocar el problema desde una perspectiva equivocada. El debate filosófico sigue abierto, proporciona argumentos tanto a favor como en contra de cualquiera de las dos hipótesis, y posiblemente no tenga solución"* (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 264).

¹³³⁰ Con ello pretendo evitar entrar en terrenos tan polémicos como los de la discusión sobre el libre albedrío, en los cuales han entrado otros autores, como por ejemplo URRUELA, quien ha

No obstante lo anterior, sí considero muy importante hacer ver que pese a la oscuridad conceptual que rodea las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, en la práctica los psiquiatras y los jueces se pronuncian sobre ellas cada vez que deben emitir un dictamen o una sentencia en un proceso en el que se debate la inimputabilidad por trastorno mental. Me parece sumamente relevante esta observación, porque a pesar de la dificultad que envuelven esas capacidades, parece que de alguna manera ellos se las han arreglado para emitir frecuentemente juicios sobre ese tema. En mi opinión, es muy importante intentar descubrir cómo hacen los profesionales para pronunciarse sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación a pesar de estos obstáculos, porque sólo de esa manera se puede llegar a identificar las dificultades y ventajas de ese procedimiento, y a ofrecer algún tipo de recomendación para su mejoramiento. Por esta razón, en este apartado intentaré reconstruir, hasta donde me sea posible, el razonamiento que se lleva a cabo al interior del proceso penal para determinar la inimputabilidad por trastorno mental. Sobre la base de esa reconstrucción, espero poder más adelante analizar este tipo de razonamiento, identificar sus dificultades y finalmente intentar ofrecer alguna recomendación para su mejoramiento.

2.1. Naturaleza adscriptiva del juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-

Las capacidades de comprensión y autodeterminación constituyen elementos de juicio muy importantes en múltiples aspectos de nuestra vida cotidiana, y por ello tienen gran relevancia en materia jurídica. Estas capacidades no son importantes solamente a efectos de establecer la responsabilidad penal —que es de lo que se ha venido hablando—, sino que también son fundamentales para resolver otra gran cantidad de cuestiones como la validez de los contratos, la capacidad de una persona para administrar un patrimonio o para ejercer la custodia de un menor, o la idoneidad de un sujeto para desempeñar determinado cargo, profesión u oficio. Muchas de las cosas que hacemos en nuestra vida cotidiana tienen valor jurídico y pueden ser amparadas o sancionadas por el derecho, precisamente porque se asume que al momento de llevarlas a cabo comprendemos el sentido de lo que hacemos y actuamos libremente conforme a dicha comprensión.

postulado la tesis, bastante discutible por cierto, conforme a la cual: *“Actualmente, sin embargo, los nuevos desarrollos científicos producidos en el marco de la física cuántica, como el caos, la complejidad, las estructuras disipativas, la noción de incertidumbre o la de irreversibilidad, permiten configurar un margen para la libertad humana en el contexto de las influencias biológicas, psicológicas y sociales que afectan el comportamiento individual. Ello no supone negar que la conducta se encuentre en gran medida condicionada por factores diversos, pero la cuestión clave radica en poner de manifiesto la existencia de un margen de incertidumbre y, por ende, de admisión de un cierto campo para el libre albedrío”.* (La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica, pág. 66).

No obstante, como ya se ha explicado, es sumamente difícil definir en qué consisten las capacidades de comprensión y autodeterminación en el ser humano. Podría decirse que la definición del contenido de esas capacidades depende de los presupuestos epistemológicos, ontológicos o axiológicos que uno asuma, y de la postura que se tenga sobre cuestiones como la posibilidad del conocimiento o la existencia del libre albedrío. De hecho, una postura posible sería negar de plano la posibilidad de conocimiento y de libre albedrío, con lo cual se tendría que rechazar la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación en general. Como se sabe, las posturas negativistas o negacionistas frente a la posibilidad de conocimiento o el libre albedrío (determinismo) no son absolutamente descabelladas, y con base en ellas podría ponerse en discusión la existencia de tales capacidades.

Si constantemente pusiéramos en discusión la existencia de la posibilidad de conocimiento o el libre albedrío, o la capacidad de comprensión y autodeterminación, tendríamos serias dificultades para dar solución efectiva a gran cantidad de problemas cotidianos. La cultura jurídica occidental ha venido forjándose sobre la convicción de que los seres humanos tenemos la posibilidad de comprender lo que hacemos y de autodeterminarnos para actuar. La posibilidad de conocimiento y la libertad son, en términos prácticos, presupuestos fundamentales de todo el ordenamiento jurídico.¹³³¹ Por ejemplo, la presuposición de la libertad es fundamental para que podamos hablar de atribución de responsabilidad jurídica o del nacimiento de algunas obligaciones.

Es verdad que a nivel teórico no sólo es posible, sino necesario, poner constantemente en discusión estos presupuestos, habida cuenta que ello permite activar la reflexión del sistema jurídico y producir nuevas diferenciaciones que contribuyen a alcanzar progresos en el derecho. No obstante, a nivel práctico, las capacidades de comprensión y autodeterminación deben simplemente presuponerse y aceptarse como algo dado. De otra forma, sería sumamente difícil resolver mediante el derecho muchos de los problemas de convivencia que surgen a diario. Por esta razón, puede decirse que la existencia de las capacidades de comprensión y

¹³³¹ Al respecto, este trabajo se distancia por completo de tesis como la defendida por URRUELA, quien se vale de las explicaciones neurológicas de BENJAMÍN LIBET en el sentido que: “... los actos libres y voluntarios se encuentran precedidos de un cambio específico a nivel del cerebro que comienza 550 milésimas de segundo antes del acto (y que el autor acuña como Readiness Potential). El ser humano tiene conciencia de la intención de actuar 350-400 milésimas de segundo después de que el Readiness Potential se inicia, pero 200 milésimas de segundo antes del actuar motor. El proceso volitivo es por tanto iniciado inconscientemente, pero la función consciente todavía puede controlar el actuar y vetar el acto. Estos hallazgos demuestran cómo opera el libre albedrío; no inicia un acto voluntario pero puede controlar la ejecución del mismo. Las referidas evidencias científicas ostentan una enorme importancia en relación con el libre albedrío, pues demuestran empíricamente que existe un margen de actuación (el sujeto con carácter previo a todo acto consciente puede decidir llevar a cabo el mismo o evitarlo), lo que legitima el reproche de culpabilidad y el hacer una persona responsable de sus conductas”. (La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica, pág. 69).

autodeterminación en el procesado, no es materia de discusión en el proceso judicial.

En efecto, la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación no es algo que en estricto rigor sea competencia del juez determinar. Él simplemente debe dar por aceptado que, en principio, y por regla general, los seres humanos tenemos la capacidad de comprender el sentido de nuestras acciones y de autodeterminarnos conforme a dicha comprensión. Así se lo impone de manera obligatoria el propio sistema jurídico, al adoptar como presupuesto fundamental del derecho una postura afirmativa frente a esas capacidades. En realidad, *la existencia* de esas capacidades es algo que debe determinar *el constituyente*, como producto de la discusión filosófica y política que precede el acto de promulgación de las normas fundamentales. Es en el marco de la discusión sobre la estructura y función del Estado donde se define, de manera implícita, el concepto de persona que será tomado como referente para la elaboración del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, donde se determina si para el derecho existen por regla general las capacidades de comprensión y autodeterminación en los sujetos.

Recientemente, Klaus Günther ha defendido una tesis en sentido similar frente a la culpabilidad en materia penal. En su escrito de habilitación titulado *Schuld und kommunikative Freiheit*,¹³³² Günther sostiene la tesis de que el juicio sobre la culpabilidad se relaciona con en el reconocimiento recíproco de los individuos como “*personas deliberativas*”, lo cual evidentemente tiene que ver con el concepto de persona que se encuentra en la base de la democracia.¹³³³

Como punto de partida para su exposición, Günther toma la idea de que las sociedades altamente diferenciadas logran su integración mediante un sistema democrático. La integración de las sociedades altamente diferenciadas es posible mediante la democracia, porque este modelo de gobierno garantiza la posibilidad de que todos los sujetos puedan tomar parte en el proceso de discusión y aprobación de las normas, bien sea directamente o a través de sus representantes, con lo cual se asegura que todos los posibles afectados puedan aceptar el procedimiento de producción del derecho como válido, y por consiguiente reconocer la pretensión de validez implícita en las normas emitidas a través de ese procedimiento.

Ahora bien, si se reflexiona lo suficiente sobre el procedimiento democrático para la producción del derecho, puede observarse que éste presupone una actitud específica frente a la diversidad, y un concepto particular de persona. La predisposición de los sistemas democráticos a aceptar y a estimular el pluralismo en el proceso de producción del derecho, es el resultado de una ideología que aboga por un reconocimiento recíproco entre los individuos como

¹³³² En castellano se encuentra disponible la recensión a esta obra hecha por Pablo Sánchez-Ostiz, publicada en InDret, número 359.

¹³³³ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 245.

sujetos capaces de actuar deliberativamente;¹³³⁴ es decir, como sujetos capaces de tomar una postura crítica frente a las acciones propias o ajenas, a partir de razones. Si entiendo bien a Günther, la integración social es posible porque la democracia supone que los individuos tienen la posibilidad de actuar debido a decisiones fundadas en razones, de modo tal que en el derecho es posible llegar a acuerdos intersubjetivos racionalmente motivados entre todos los posibles afectados por las normas, si se dan los espacios necesarios para una interacción comunicativa basada en procedimientos que garanticen el libre intercambio y competición de argumentos, con igualdad de oportunidades para todos los interlocutores.¹³³⁵

Precisamente porque en la base de la democracia se halla la idea de que todos los individuos son igualmente capaces de obrar deliberativamente, se explica la apuesta por un modelo de producción del derecho que acepta y estimula la participación de todos los posibles afectados de forma pluralista. Por esta razón, es posible afirmar que la capacidad de obrar con fundamento en razones, que caracteriza a la persona deliberativa, es un elemento constructivo y operativo del procedimiento democrático de producción del derecho.

En relación con el tema que nos ocupa, la apuesta de las sociedades modernas por la democracia conduce implícitamente a aceptar, como presupuesto fundamental del sistema del derecho, el que todos los individuos son por regla general igualmente capaces de comprender el sentido de sus acciones y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, por cuanto esas capacidades son imprescindibles para que el sujeto pueda obrar deliberativamente como lo requieren los procedimientos democráticos.¹³³⁶ Por este motivo, parece plausible sostener que la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación es algo que debe determinar el constituyente, como producto de la discusión filosófica y política que precede el acto de promulgación de las normas fundamentales, y que en nuestras sociedades ha dado lugar a la adopción de modelos de Estado democráticos.

Sin perjuicio de lo anterior, es muy importante aclarar que, en contra de lo que podría pensarse, al presuponer que todos los sujetos tienen por regla general

¹³³⁴ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 245.

¹³³⁵ „Eine deliberative Person verfügt also über die Fähigkeit der kritischen Stellungnahme zu eigenen und fremden Handlungen und Äusserungen, sie kann ihre Stellungnahme auf Gründe stützen, die sie in der Rolle eine Zumindest virtuellen Diskursteilnehmers überprüfen kann, sie kann den vor ihr akzeptierten Gründen handelnd folgen und auf diese Weise zum zurechnungsfähigen Autor ihrer Äusserungen und Handlungen werden. Demokratische Verfahren zeichnen sich nun dadurch aus, dass sie die Prozeduren der Bildung allgemeinverbindlicher Normen an die Fähigkeit eines jeden knüpfen, kritisch zu den Äusserungen (z.B. Normvorschlägen) Dritter Stellung zu nehmen. Diese Fähigkeit wird zum konstruktiven und operativen Element dieser Prozeduren“ (GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 248).

¹³³⁶ „Demokratische Verfahren setzen eine deliberative Person voraus und reproduzieren sich im allgemeinen Gebrauch der einer deliberativen Person zugeschriebenen Fähigkeit“ (GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 248).

las capacidades de comprensión y autodeterminación, el sistema jurídico no está afirmando la existencia de dichas capacidades como un hecho, sino como una cualidad atribuible a los sujetos a partir de una determinada concepción política y filosófica del hombre. Es decir, al admitir que las capacidades de comprensión y autodeterminación existen por regla general en todos los individuos, el sistema jurídico no está afirmando la existencia de un hecho, sino la existencia de una cualidad.¹³³⁷ El sistema jurídico no puede afirmar la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación como un hecho, porque la comprensión y la autodeterminación, así como el conocimiento y la libertad, no son algo que pueda ser verificado mediante la observación, o reconstruido empíricamente. En el caso de que exista algo así como la comprensión y la autodeterminación, estaríamos hablando de algo que se da sólo a nivel metafísico, y que por consiguiente sólo es accesible a través de la razón. El sistema jurídico no puede simplemente declarar que es un hecho que existen esas capacidades, porque esas capacidades no son algo dado en el mundo, que pueda ser constado o verificado empíricamente.¹³³⁸

¹³³⁷ “Parece existir una cierta ambivalencia insita en el concepto de imputabilidad. De una parte, la imputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad, determinada por la concurrencia de ciertos requisitos en el momento en que el sujeto comete el hecho delictivo, y que describiría fundamentalmente la relación de atribución que cabe establecer entre el sujeto activo y el comportamiento típico. Pero, por otro lado, se tiende también a considerarla como una cualidad personal, un estatus subjetivo, un conjunto de determinadas características generales propias de la persona, que cabe establecer con independencia del comportamiento que en concreto haya tenido” (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 122). En relación con esta cita, es necesario aclarar que MARTÍNEZ GARAY, a diferencia de lo que se intenta en este trabajo, se inclina por la opción de considerar la imputabilidad sólo como una causal de exclusión de culpabilidad, y no como cualidad del sujeto. Textualmente sostiene: “Considero que un derecho penal que se quiera orientar en función de la culpabilidad por el hecho concreto, la imputabilidad ha de ser considerada fundamentalmente en su dimensión de causa de exclusión de la responsabilidad. Y esto ha de ser así, porque decir que lo que se valora es una capacidad general es en realidad juzgar al sujeto en abstracto, independientemente del delito cometido, y dividir a priori las personas en capaces e incapaces de culpabilidad, lo que no se compadece en absoluto con la insistencia en una culpabilidad por el hecho concreto cometido”. (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 122).

En mi criterio, la postura de MARTÍNEZ GARAY sería correcta sólo en el evento en que la persona fuera juzgada penalmente sin que mediara la imputación de un hecho aparentemente delictivo. Esto es, si la imputabilidad se juzgara en forma general y abstracta, por fuera del marco del juicio sobre una conducta aparentemente delictiva. Sin embargo, eso no es lo que en realidad sucede. La imputabilidad del procesado se juzga a propósito de un comportamiento realizado por él. Tan es así que la propia definición legal de la imputabilidad en el derecho español se refiere a la capacidad para comprender el sentido de “la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. De manera que la imputabilidad no se juzga en general y en abstracto, sino en relación con un hecho o comportamiento concreto, sin el cual el caso no adquiere relevancia jurídico-penal. Además, el hecho de que la imputabilidad sea considerada una cualidad, no se opone a un derecho penal de acto, precisamente porque no se pregunta si el sujeto tiene esa cualidad de manera general, sino si la tenía en relación con el comportamiento que es materia de juzgamiento penal.

¹³³⁸ En un sentido muy similar, aunque no idéntico, EISEMBERG sostiene que „Die Frage nach der Steuerungsfähigkeit lässt sich empirisch weithin nur vage beantworten, da es lediglich um ein (Re-)Konstruktion dessen geht, ob bzw inwieweit die Fähigkeit zu sog „normaler“, „sinnvoller“, dh normativ bestimmter Handlung fehlt bzw deren Fehlen nicht auszuschliessen ist“ (Beweisrecht der StOP, pág. 608).

Lo que realmente ocurre es que al elaborar su programa de operación, el sistema jurídico adopta una postura sobre el concepto de persona, y a través de esa decisión se incorporan las capacidades de comprensión y autodeterminación como cualidades que el derecho presupone de modo general en todos los individuos. Por esta razón, *la existencia de esas capacidades no se incorpora al derecho como un hecho que ha sido verificado fuera del sistema jurídico, sino como una cualidad o atributo que el derecho le imputa o adscribe a los sujetos, a consecuencia de una determinada postura política y filosófica frente al concepto de persona.*¹³³⁹ Dicho en otras palabras, la existencia de estas capacidades no constituye un hecho en estricto sentido, porque sencillamente no se trata de algo que ocurra en el mundo por fuera del sistema jurídico y que pueda ser constatado empíricamente, sino de una cualidad o valor que el propio sistema jurídico, por razones políticas y filosóficas, ha decidido atribuirle a los sujetos como presupuesto de todo su programa de operación, de tal suerte que el debate sobre la existencia de esas capacidades no es de naturaleza ontológica, o sea, no versa sobre lo que hay en el mundo, sino de naturaleza hermenéutica, esto es, acerca de la asignación de sentido y valor.¹³⁴⁰

Al declarar la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación, el sistema jurídico afirma que estas capacidades existen como cualidades que pueden ser atribuidas por regla general a todos los sujetos, como presupuesto de todo el programa de operación. Por esta razón, puede decirse que *las capacidades de comprensión y autodeterminación son cualidades que el sistema jurídico imputa a los individuos, con fundamento en una postura de tipo filosófico y político.*¹³⁴¹ *Estas capacidades son adjetivos*

¹³³⁹ “Las normas jurídicas, en cambio, regulan relaciones interpersonales y conflictos interpersonales entre actores que se reconocen como miembros de una comunidad abstracta, a saber, de la comunidad que empieza siendo generada por esas mismas normas jurídicas. También ellas tienen como destinatarios a sujetos individuales, pero a sujetos que ya no vienen individuados por su identidad personal desarrollada en términos biográficos, sino por su capacidad de ocupar el lugar de miembros (definidos mediante rasgos sociales típicos) de una comunidad jurídicamente constituida. Desde la perspectiva de los destinatarios, en la relación jurídica se abstrae, pues, de la capacidad de una persona de ligar ella misma su voluntad por convicción y visión normativas; de entrada sólo se le supone y exige la capacidad de tomar decisiones racionales con arreglo a fines, es decir, libertad de arbitrio. De esta reducción de la voluntad libre capaz de responsabilidad moral (y ética) al arbitrio del sujeto determinado en cada caso por sus propias preferencias, se sigue el resto de los aspectos de la legalidad.” (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 178).

¹³⁴⁰ En este sentido, cfr. HART, H.L.A., quien sostiene: “La ciencia humana es una sociedad de personas; y personas que no se ven a sí mismas ni entre ellos como muchos cuerpos moviéndose en direcciones que son algunas veces perjudiciales y necesitan por ello ser evitados o modificados. En lugar de ello, las personas interpretan unos y otros movimientos como manifestaciones de intención y preferencias, y estos factores subjetivos son a menudo más importantes en sus relaciones sociales que sus efectos o las actividades a través de las cuales se manifiestan”. (*Punishment and Elimination of Responsibility*, pág. 182).

¹³⁴¹ “Esta abstracción tiene un significado asegurador de la libertad. El status de persona jurídica protege la esfera en la que puede desarrollarse libremente una persona concreta, de

*que utiliza el derecho para describir el concepto de persona que sirve de presupuesto para el programa de operación del sistema jurídico.*¹³⁴²

La conclusión de todo lo anterior podría resumirse así: *la existencia* de las capacidades de comprensión y autodeterminación es algo que determina el sistema jurídico, mediante una decisión de tipo filosófico y político adoptada luego de la deliberación previa a la elaboración del programa de operación.¹³⁴³ De tal manera, el juez no debe entrar en el debate sobre la existencia de esas capacidades, sino presuponerla en aplicación del programa de operación del sistema jurídico. Además, el sistema jurídico afirma la existencia de esas capacidades en todos los individuos, no como un hecho dado por fuera del derecho, sino como una cualidad atribuible a todos los individuos por regla general, a causa del concepto filosófico y político de persona adoptado por el sistema jurídico.

En materia de inimputabilidad por trastorno mental, este planteamiento tiene consecuencias prácticas interesantes. La más importante es la relacionada con la naturaleza del juicio sobre la imputabilidad: *dado que la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación no es un hecho que deba ser declarado y probado en el proceso judicial, sino una cualidad o propiedad que el programa de operación presupone en todas las personas, la decisión*

forma moralmente responsable y conduciendo a la vez éticamente su vida. La reducción de la persona jurídica a un portador de derechos subjetivos individuado por su libertad de arbitrio cobra, ciertamente, ella misma un sentido moral y ético en la medida en que la garantía jurídica de libertades subjetivas asegura una esfera para un modo de vida consciente y autónomo. El derecho actúa como una especie de <<máscara protectora>> (H. Arendt) ante la fisonomía de la persona individuada por su propia biografía, que quiere actuar con connivencia y vivir en autenticidad". (HABERMAS. Facticidad y Validez, pág. 178, cita 36).

¹³⁴² Con esta afirmación pretendo tomar claramente distancia frente a las posturas que insisten en encontrar las causas de la imputabilidad en la estructura o funcionamiento del cerebro, tal como lo hace por ejemplo URRUELA, quien haciendo suyas las observaciones de ROBERT KANE sostiene: *"En momentos de opciones personales, ello tiene un reflejo a nivel del equilibrio termodinámico de ciertas zonas del cerebro. Como vimos en termodinámica, en situaciones alejadas del equilibrio (y los momentos previos a la toma de una decisión por parte del sujeto constituyen situaciones lejanas al referido equilibrio) surgen los puntos de bifurcación, en los que cabría que el sistema evolucione hacia a un nuevo estado alternativo (entre varias posibilidades), lo que transpolado al sujeto que tiene ante sí la necesidad de actuar en un sentido u otro supone la capacidad de adoptar una opción entre varias posibles. En dichas situaciones la incertidumbre juega un papel creativo, ya que cuando adoptamos una decisión bajo tales condiciones de incertidumbre el resultado no se encuentra predeterminado, en razón de la indeterminación imperante". (La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica, pág. 67).*

¹³⁴³ En este sentido, y sólo en este sentido, le asiste razón a la doctrina que sostiene que la imputabilidad es un juicio de naturaleza jurídica y no psiquiátrica. Es el caso de URRUELA, quien sostiene: *"La inimputabilidad como tal no constituye un concepto de naturaleza técnico-psiquiátrica sino meramente jurídica, dado que, como se puso de manifiesto anteriormente, la inimputabilidad supone la ausencia de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión". (Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica, pág. 202).*

sobre la imputabilidad es producto de un juicio de tipo adscriptivo y no de tipo descriptivo.¹³⁴⁴

Cuando el juez declara que una persona es imputable, no está diciendo que sea un hecho que esa persona tenga la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Lo que el juez está haciendo, es reconocer en ese sujeto una cualidad que ya el propio ordenamiento jurídico le atribuye. Es decir, la declaratoria de imputabilidad es producto de un juicio a través de cual se le atribuye al sujeto una cualidad que el ordenamiento jurídico presupone en él, y no el producto de un juicio que describa algo que hay o que existe dentro del sujeto como un hecho. Dicho de otra forma, con la declaratoria de imputabilidad no se está describiendo un hecho consistente en que el sujeto tiene capacidad de comprensión y autodeterminación, sino que se afirma que para el derecho ese sujeto tiene un cualidad o virtud consistente en que puede comprender y autodeterminarse.¹³⁴⁵ En resumen, la declaratoria de imputabilidad es producto de un juicio conforme al cual, el juez adscribe al sujeto de juzgamiento una propiedad que debe presuponer en él, por ministerio del propio ordenamiento jurídico.

¹³⁴⁴ En este mismo sentido podría encontrarse HART, H.L.A. *Punishment and Elimination of Responsibility*, pág. 182. En relación con este autor, PÁRAMO, Juan R de. (*H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*) sostiene que para HART los conceptos jurídicos, y especialmente los penales, tienen una “función adscriptiva” en cuanto su propósito es atribuir responsabilidad, y no sólo describir cuándo hay responsabilidad.

¹³⁴⁵ En un artículo publicado bajo el título: “*Cuando los chimpancés explican a los seres humanos*”, el periodista Joseph Corbella narra la experiencia que vivió el primatólogo de la Universidad de Emory en Atlanta (EEUU), Franz Waal, cuando dos de los chimpancés del zoológico de Arnhem en Holanda se asociaron para matar al líder de su manada: según se relata en ese artículo, el chimpancé líder de la manda, “*el gran macho ‘Luit’, el más fuerte y noble de su grupo en el zoo de Arnhem (Holanda), fue asesinado por los machos ‘Yeroen’ y ‘Nikkie’, que se aliaron para destronarlo. Aprovecharon la noche, cuando no había vigilantes en el zoo, para atacarle con palos afilados, causarle cientos de heridas profundas por todo el cuerpo, cortarle los dedos de las manos y de los pies, hacerle dos pequeños orificios en el escroto por donde hicieron salir los testículos a presión y dejarle tirado en un charco de sangre. Murió desangrado a la mañana siguiente*”. (CORBELLA, *Cuando los Chimpancés ...* pág. 42). ¿Tenían los chimpancés “Yeroen” y “Nikkie” conciencia de la prohibición de su conducta? De lo contrario, entonces ¿por qué esperaron la noche, justo cuando no había guardias vigilando, para matar a “Luit”? ¿Podían “Yeroen” y “Nikkie” autodeterminarse para cometer el “*crimen*”? Si no, entonces cómo se explica esa premeditación, esa asociación, ese acuerdo previo al que, según parece, llegaron en cuanto a los motivos (destronar a “Luit”), el modo (palos afilados) y la oportunidad (la soledad de la noche). Con toda seguridad, no habría alguien que seriamente pensara atribuir capacidad de culpabilidad penal a “Yeroen” y a “Nikkie” por la muerte de “Luit”, y el solo hecho de poner en tela de juicio su inimputabilidad jurídica puede resultar chocante. Sin embargo, creo que tampoco es descabellado afirmar que existe una enorme similitud entre el razonamiento que lleva al primatólogo Waal a atribuir a estos dos chimpancés la *conciencia* y la *voluntad* de matar a su compañero, y, por el otro, el razonamiento por medio del cual el juez resuelve que un sujeto tiene la capacidad de comprender el sentido de la ilicitud de su comportamiento, y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. A mi juicio, con todo y lo discutible que éste pueda llegar a ser, considero que la estructura de la racionalidad en ambas clases de juicios es idéntica: en ambos casos la capacidad de conocimiento y/o autodeterminación se imputa.

Y lo propio podría decirse frente a la declaratoria de inimputabilidad: cuando el juez declara que una persona es inimputable, no está diciendo que sea un hecho que esa persona carece de la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Lo que está haciendo el juez, es manifestar que a ese sujeto no puede atribuirse la cualidad que el ordenamiento jurídico le reconoce por regla general a todos los demás sujetos. Al declarar la inimputabilidad, el juez está afirmando que el procesado se encuentra en unas condiciones o circunstancias distintas de las que el sistema jurídico presupone para todos los destinatarios de las normas, y que a causa de ello no puede atribuírsele la cualidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, tal como podría hacerse con cualquier otro individuo. De tal suerte, la declaratoria de inimputabilidad, así como la de imputabilidad, no es un asunto relativo a la constatación o verificación de hechos, sino a la asignación o atribución de valores o cualidades a los sujetos; es decir, la declaratoria de imputabilidad no es una cuestión de tipo ontológico, sino de tipo hermenéutico.

Ahora bien, es conveniente aclarar que el planteamiento anterior es en gran parte compatible con la doctrina dominante, cuando aquella afirma que existe una presunción general de imputabilidad. Sin embargo, aporta algo más a la discusión, pues en este caso se ha afirmado que la declaratoria de imputabilidad no es producto de un juicio consistente en la verificación o constatación de hechos —como suelen serlo las presunciones—, sino de la imputación, atribución o adscripción de cualidades al sujeto de juzgamiento.¹³⁴⁶ Hablar de una presunción de imputabilidad puede llevar a un reduccionismo en gran parte infundado, porque da lugar a pensar que la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación en el procesado son el hecho desconocido que se infiere o deduce de otros hechos conocidos, como cuando al ver el humo detrás de una colina presumimos que hay fuego. Es importante hacer notar que no es eso lo que realmente ocurre, porque las capacidades de comprensión y autodeterminación no son hechos que se puedan constar ni directamente ni por vía de presunción. Si fuera así de sencillo establecer la existencia de esas capacidades, no tendría sentido toda la discusión filosófica acerca de los problemas del conocimiento y el libre albedrío.

Llevado a un nivel superior de discusión, es cierto que el juez da por sentado que, por regla general, el procesado debe tener capacidad de comprensión y autodeterminación. No obstante, eso no ocurre porque al interior del proceso judicial hayan sido demostrados unos hechos de los cuales se infiere la

¹³⁴⁶ Siguiendo una lógica similar, RIFÁ SOLER sostiene, frente a la denominada “presunción” de inocencia, lo siguiente: *“Aunque se le denomina <<presunción>> no tiene tal naturaleza en sentido estricto, puesto que constituye una pauta primaria o verdad provisional interina, que informa el enjuiciamiento criminal en todas sus fases, hasta tanto no sea declarada su culpabilidad definitivamente”* (RIFÁ SOLER, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 33).

existencia de esas capacidades en el procesado, y que obliguen al juez a aceptar esto último como un hecho que se presume a partir de los otros. Esto ocurre realmente porque el sistema jurídico, al elaborar el programa de operación, adopta una postura determinada frente al concepto de persona, y como consecuencia de ello incorpora esas capacidades a título de cualidades que el sistema atribuye de modo general a todos los individuos. De manera que el juez está obligado a atribuirle esas capacidades al procesado, no porque se trate de un hecho que necesariamente se deduce de otro de manera lógica, sino porque se trata de una cualidad, propiedad, atributo o característica que el propio programa de operación presupone como inherente a aquel.

Como apoyo a lo dicho hasta ahora, es justo mencionar que esta tesis no es en absoluto novedosa. Hay autores que sostienen tesis similares frente a otros elementos subjetivos de la responsabilidad penal, aduciendo que ellos no son hechos que puedan constatare empíricamente, sino sentidos o valores que se atribuyen a un sujeto o a una acción. Hruschka, por ejemplo, en su trabajo “*Sobre la Difícil Prueba del Dolo*”, sostiene que el dolo no es un *hecho*, sino un predicado lingüístico anejo a nuestra interpretación de ciertos fenómenos.

“Los problemas se sitúan en un nivel más profundo, concretamente en la premisa inicialmente formulada según la cual el dolo —incluido el <<componente>> que aquí interesa, esto es, el conocimiento de las circunstancias <<externas>>— es un hecho. Sólo si abandonamos esta premisa por falta de fundamentación podremos enfrentarnos a los verdaderos problemas. Para ello, debemos abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus <<componentes>> son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible. Lograrlo nos resultará más sencillo si pensamos en que los hechos [Tanten] dolosos no <<existen>> en tanto que hechos dolosos en el mismo sentido de la expresión <<existir>> aplicable a los hechos [Tatsachen] <<externos>>.”¹³⁴⁷

La tesis de Hruschka consiste en que el dolo no es un hecho que sea susceptible de constatación y prueba —por lo menos no en el sentido de que pueda demostrarse con evidencia empírica—, sino un adjetivo que utilizamos para cualificar o valorar ciertos comportamientos. El dolo no sería entonces algo que puede ser verificado o constatado por fuera del derecho, sino una palabra que denota el sentido o el valor que tiene la acción realizada por el sujeto para el derecho.

La consecuencia directa de este planteamiento, de acuerdo con Hruschka, es que el dolo y todos sus elementos no deben buscarse en el ámbito de lo sensorialmente perceptible, de lo físicamente aprehensible, de lo materialmente apreciable, etc. Ni siquiera deben buscarse en el lugar de los llamados “hechos internos”, que ocurren en el fuero privado del sujeto. El dolo, simplemente, no es un hecho, y por eso su existencia no puede ser constatada como se constata la existencia de un objeto. Para Hruschka, la prueba del dolo encuentra su escenario natural en el debate hermenéutico, y no en el ontológico ni en el empírico. Es decir, el terreno de la determinación del dolo está en la discusión acerca de la atribución de sentido y valor, y no en el de la verificación y demostración de su existencia.

¹³⁴⁷ HRUSCHKA, *Sobre la Difícil Prueba del Dolo*, pág. 154.

*“En la terminología del Wittgenstein tardío, la libertad, las acciones, la responsabilidad, la culpabilidad e incluso el dolo no aparecen en el juego del lenguaje de los científicos de la naturaleza. Por tanto, no podemos tratarlos como hechos y tranquilizarnos pensando en que se trata simplemente de hechos especiales, es decir, de hechos internos”.*¹³⁴⁸

Sumado a lo anterior, Hruschka va más allá y afirma que la existencia del dolo, así como la del conocimiento o la libertad, no se puede constatar como un hecho ontológico, sino que es necesario aceptarla para que nuestra vida en común sea posible. A nivel teórico, la discusión ontológica sobre el inexistente del mundo, y con ello, sobre la existencia de algo como el conocimiento o la libertad, no sólo es legítima, sino también necesaria. Sin embargo, para poder dar solución eficaz a múltiples problemas de convivencia, en la práctica la existencia del dolo, del conocimiento o de la libertad deben estar fuera de todo debate, y simplemente se las debe aceptar para que nuestras acciones puedan tener algún sentido y ser valoradas conforme a determinados criterios. La alternativa es la imposibilidad de llegar a un consenso que nos permita organizarnos para vivir en comunidad.

*“El juego del lenguaje en el que aparece el dolo —al igual que la libertad, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad— es otro y no admite hipótesis ontológicas. El dolo —y los restantes elementos— se aceptan en la praxis de nuestro actuar cotidiano y en el trato con nuestros semejantes precisamente para que esta práctica, es decir, la vida en común, sea posible”.*¹³⁴⁹

La conclusión final de Hruschka es contundente: el dolo no se prueba al interior del proceso penal, sino que se imputa, se atribuye como cualidad de la acción realizada por el sujeto.

*“Como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino adscriptivo”.*¹³⁵⁰

Más recientemente, Klaus Günther ha sostenido una tesis similar, aunque de ninguna manera idéntica, en relación con el juicio sobre la culpabilidad. En su planteamiento, Günther parte de establecer una diferencia entre el rol que tienen los individuos como “ciudadanos” o como “personas de derecho” al interior de la sociedad.¹³⁵¹ De acuerdo con él, aunque tanto el concepto de <<ciudadano>> como el de <<persona de derecho>> tienen en común la referencia a una “persona deliberativa”, al interior del Estado de Derecho es posible y necesario establecer una diferencia entre ellos para poder entender claramente en qué consiste el juicio sobre la culpabilidad.

En lo que tiene interés para este trabajo, Günther sostiene que en su rol como ciudadano la persona deliberativa tiene el derecho de participar en el proceso de producción del derecho, y por ello cuenta con la posibilidad de presentar y

¹³⁴⁸ *Ibíd.*

¹³⁴⁹ *Ibíd.*

¹³⁵⁰ *Ibíd.*

¹³⁵¹ GÜNTHER utiliza las expresiones „Staatsbürger“ y „Rechtsperson“, respectivamente. Sobre esta diferenciación, cfr. *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 253.

hacer valer dentro de la discusión legislativa sus razones a favor o en contra de las normas. De esta manera, el rol que cumple como ciudadano en el proceso de producción del derecho lo convierte en un copartícipe o coautor de las normas jurídicas, al punto que como ciudadano la persona deliberativa se encuentra vinculada por la obligación jurídica de cumplir los mandatos contenidos en las disposiciones que él mismo ha coadyuvado a elaborar.

Por su parte, como persona de derecho, se le presupone a la persona deliberativa la capacidad de asumir una posición crítica frente a las manifestaciones y comportamientos tanto propios como ajenos, a partir de argumentos. Es decir, se supone que como persona de derecho la persona deliberativa tiene la posibilidad de decidir conforme a razones sus comportamientos y manifestaciones. Por esta razón, es posible afirmar que, como persona de derecho, la persona deliberativa es el centro de producción de las acciones realizadas por él.¹³⁵²

La diferencia entre el rol que cumple la persona deliberativa como ciudadano o como persona de derecho tiene, de acuerdo con Günther, importantes consecuencias en el juicio de culpabilidad. La primera de ellas es que cuando el sujeto tiene la capacidad de asumir una posición crítica frente a las acciones o manifestaciones propias o ajenas, el comportamiento contrario a los mandatos normativos puede ser imputado a la persona deliberativa como obra suya, en su condición de persona de derecho. El hecho de reconocer en la persona de derecho la capacidad de obrar con fundamento en razones, implica necesariamente reconocer también que ella es el centro de procedencia u origen de sus acciones. Si acepta que la persona de derecho tiene la capacidad de elegir sus acciones a partir de razones, debe entonces concluirse que ella misma es el autor, el dueño, el productor de sus acciones.¹³⁵³ En este sentido, la capacidad de asumir una posición crítica frente a las acciones o manifestaciones propias o ajenas constituye un criterio para determinar la imputabilidad¹³⁵⁴ de la persona de derecho.

La segunda de esas consecuencias es que en la medida en que sea posible imputar al sujeto la acción antijurídica, surge así mismo la posibilidad de efectuar un reproche en su condición de ciudadano por el incumplimiento del mandato contenido en la norma infringida.¹³⁵⁵ De esta manera, la culpabilidad

¹³⁵² GÜNTHER (*Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 248) utiliza la expresión „*Ursprungszentrum*“.

¹³⁵³ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 248.

¹³⁵⁴ GÜNTHER (*Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 255) utiliza la expresión „*Zurechnungsfähigkeit*“.

¹³⁵⁵ „*So wie die deliberative Person in der Rolle des Staatsbürgers gegen ein Norm öffentlich Stellung nehmen kann, verfügt sie auch als Rechtsperson über die generelle Fähigkeit der kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Handlungsplänen. Für den Fall einer Normverletzung hat dies zweierlei Konsequenzen für die Zurechnung: Erstens, kann der Rechtsperson ihre normverletzende Handlung nur dann zugerechnet werden, wenn sie die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Äusserungen und handlungen hatte. Nur dann kann nämlich ihre Handlung so interpretiert werden, als ob ihr*

se perfila en la obra de Günther como el juicio de reproche por el incumplimiento de las normas a pesar de “la capacidad para la toma de posición crítica frente a manifestaciones y acciones propias y ajenas”,¹³⁵⁶ una capacidad que, como ya se ha explicado, es imputada o atribuida al sujeto debido al concepto de persona que se encuentra implícito en la base de los procedimientos democráticos para la producción del derecho; es decir, una capacidad que es imputada como consecuencia del concepto de persona que “surge y se configura en relación con el Estado democrático de Derecho”.¹³⁵⁷

Aunque la tesis propuesta en este trabajo no es en ningún modo, y bajo ninguna perspectiva, idéntica a la de Hruschka o a la de Günther, a mi juicio sigue en muchos sentidos la misma lógica: *la existencia de las capacidades de comprensión o autodeterminación no es un hecho que deba ser declarado y probado en el proceso judicial, sino una cualidad o propiedad que el programa de operación presupone en todas las personas. Por esta razón, la declaratoria de imputabilidad es producto de un juicio de tipo adscriptivo: la imputabilidad no es un hecho que pueda constatarse y probarse, sino una cualidad que se atribuye, que se asigna, en últimas, que se imputa al sujeto.*

Ahora bien, para terminar de entender en qué consiste la naturaleza adscriptiva de la decisión sobre la imputabilidad, me parece necesario detenerse un momento a identificar y definir con toda claridad qué es realmente de lo que tiene que ocuparse el juez. A tal efecto, debemos tratar de diferenciar el objeto sobre el cual recae la decisión judicial sobre la imputabilidad del procesado, del objeto sobre el cual recae el dictamen pericial del psiquiatra forense acerca del estado de salud mental del procesado. Sólo a través de esa diferenciación es posible observar con claridad la materia sobre la cual recae el razonamiento judicial que da lugar a la declaratoria de imputabilidad, determinar cómo opera, identificar los problemas a que se enfrenta ese tipo de razonamiento, e intentar ofrecer posibles soluciones para éstos.

*Ursprung nur im Gebrauch die Fähigkeit läge. Ihre Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Handlungen und Äusserungen ist das allgemeine Kriterium für die Zurechnungsfähigkeit der Rechtsperson. Zweitens, kan der Rechtsperson nur dann, wenn sie die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen und fremden Äusserungen und Handlungen hatte, auch die Verletzung der Pflicht zur Unrechtsvermeidung vorgehalten werden. Dann war es ihr nämlich zumutbar gewesen, ihre ablehnende Stellungnahme gegen die Norm durch einen Wechsel in die Rolle der Staatsbürger öffentlich zur Geltung zu bringen und als Rechtsperson gleichwohl ihren eigenen Handlungsplan kritisch aus der Perspektive der Norm zu betrachten. Kraft ihrer Fähigkeit zur kritischen Selbstdistanzierung war sie imstande, der Norm zu mindest äusserlich zu folgen. In dieser äusserlichen Konfrontation einer zurechenbaren, normverletzenden Handlung liegt die Schuld der deliberativen Person als Rechtsperson“ (GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 254).*

¹³⁵⁶ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 255 (la traducción de esta cita es tomada de SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Recensión a Klaus Günther. Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 6).

¹³⁵⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Recensión a Klaus Günther. Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 2. Cfr. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pág. 254.

2.2. Delimitación del objeto de prueba de la psiquiatría en materia de inimputabilidad por trastorno mental.-

Desde un punto de vista del derecho sustancial, afirmar que el sujeto tiene la capacidad de comprender el sentido de su conducta y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, parece ser equivalente a decir que el sujeto es imputable. Por el contrario, afirmar que el sujeto carece de dichas capacidades, parece ser equivalente a decir que el sujeto es inimputable. Puesto en esos términos, la imputabilidad y la inimputabilidad parecen ser las dos caras opuestas de una misma moneda, de tal suerte que afirmar la imputabilidad parece ser equivalente a negar la inimputabilidad y viceversa. Sin embargo, una cuidadosa observación de la manera en que se prueba la inimputabilidad por trastorno mental, permite entender que en la anterior idea subyace una grave imprecisión que debe ser superada.

Sería un error pensar que la inimputabilidad es simplemente la consecuencia de la inexistencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación en el procesado. Si la inimputabilidad fuera sólo la inexistencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, para probarla tendríamos que resolver enormes problemas de naturaleza filosófica. Téngase en cuenta que demostrar la inexistencia de estas capacidades es al menos tan difícil como demostrar su existencia, y en ambos casos deben previamente resolverse polémicas muy complejas relacionadas con la posibilidad de conocimiento y con el libre albedrío.

Por supuesto, podría argüirse que al interior del proceso penal no interesa demostrar la inexistencia de esas capacidades en general, sino sólo la inexistencia respecto de la persona del procesado y en relación con un momento específico del pasado. No obstante, esa reducción no contribuye a resolver en lo absoluto el problema, porque para estar en condiciones de demostrar la inexistencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación de un sujeto concreto, en un momento determinado, por lógica se debe estar en condiciones también de demostrar la existencia o la inexistencia en general de esas capacidades. Nótese que para poder demostrar la inexistencia de esas capacidades en un sujeto específico, en un momento determinado, lo mínimo que se requiere es saber cuáles son las condiciones o presupuestos generales de su existencia, y tener la posibilidad de constatar o verificar la concurrencia de esos presupuestos en el caso concreto. Si fuera el caso de que alguien pudiera saber cuáles son los presupuestos generales para la existencia de las capacidades de conocimiento y/o de autodeterminación, y que además tuviera la posibilidad de constatar la concurrencia de esos presupuestos en un caso real, entonces esa persona no sólo estaría en condiciones de aclarar si existen esas capacidades en relación con un sujeto específico en un momento determinado, sino que podría hacerlo en general. En conclusión, podría decirse que estaríamos en presencia de un

sujeto que tiene la fórmula y los medios para resolver definitivamente las preguntas filosóficas por la posibilidad de conocimiento o el libre albedrío.

En realidad, desde el punto de vista estrictamente probatorio, la declaratoria de inimputabilidad no se fundamenta en la *inexistencia* de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, sino en *la constatación de la existencia de factores que pueden afectar esas capacidades al punto de hacer perder la culpabilidad*. Es decir, la decisión por medio de la cual se declara la inimputabilidad no se sustenta en la posibilidad de probar la inexistencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación en el procesado, sino en la posibilidad de probar la existencia de factores que pueden afectar esas capacidades, al punto de que el comportamiento deja de merecer un reproche jurídico-penal. Esto significa que *desde el punto de vista del derecho procesal y probatorio, es muy importante diferenciar entre: i) por un lado, la prueba de la existencia o inexistencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación en el procesado; y ii) por otro lado, la prueba de la existencia de circunstancias que afectan dichas capacidades*.

La diferencia entre probar la inexistencia de las capacidades y probar la existencia de factores que afectan esas capacidades, aunque sutil, es muy importante porque ayuda a definir y comprender cuál es realmente el objeto de prueba en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. La inexistencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación no constituye un hecho que pueda ser probado dentro del proceso penal, por todas las razones anteriormente expuestas. En cambio, la existencia de factores que pueden llegar a afectar esa capacidad sí constituye un hecho susceptible de prueba, que además debe ser demostrado en el proceso para que la declaratoria de inimputabilidad por trastorno mental sea procedente. Dicho de una forma más concluyente: *el objeto de prueba en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental son los factores que pueden llegar a afectar las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado*.

Para entender con mayor claridad a qué se refiere la afirmación anterior, tal vez sea conveniente recordar que el programa de operación del derecho es por naturaleza condicional, en el sentido de que para poder procesar las comunicaciones en alguna de las formas del código lícito/ilícito, se requiere de la constatación de un hecho que debe ocurrir por fuera del sistema jurídico. También se ha explicado que esta condicionalidad se encuentra íntimamente ligada a la manera en que la autorreferencia y la heterorreferencia se articulan en las operaciones del sistema, lo cual explica a su vez la importancia que tiene para el sistema jurídico la diferencia entre hechos y normas.

Al observar el procedimiento que da lugar a la declaratoria de inimputabilidad por trastorno mental, puede advertirse que esa condicionalidad del programa de operación también se encuentra allí presente. A la sazón, la decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental depende de que procesalmente se

verifique la ocurrencia de un hecho, consistente en la existencia de circunstancias que afecten la capacidad de comprensión y/o autodeterminación del sujeto de juzgamiento. No obstante, es muy fácil darse cuenta también de que el hecho que debe verificarse para poder declarar la imputabilidad es bien diferente de los que normalmente dependen otro tipo de decisiones judiciales más sencillas.

Al nivel más elemental, en la mayoría de los casos los hechos que el programa de operación necesita verificar ocurren en el ámbito de los sucesos que son, o pueden ser, sensorialmente perceptibles por los sentidos. Obviamente, esto no quiere decir que se trate de hechos que pueden ser observados directamente por el juez como un acto previo a su pronunciamiento, ya que el factor temporal asociado a la decisión convierte el juicio judicial en un juicio histórico.¹³⁵⁸ Por definición, el juez es un sujeto que al momento de tomar la decisión no ha tenido la posibilidad de presenciar el acaecimiento de los hechos directamente, mediante sus sentidos, y que si lo ha hecho debería cambiar su rol por el de testigo. El juez toma siempre una decisión respecto de eventos que ocurrieron en algún lugar en el pasado, que él no ha observado directamente, y respecto de los cuales no sabe nada distinto de lo que los medios de prueba allegados al proceso le dicen.

No obstante, a pesar de la dificultad inherente a cualquier juicio histórico —esto es, relativo a eventos pasados—, en la gran mayoría de los casos la decisión judicial tiene la ventaja de que los hechos que deben ser verificados pueden ser hasta cierto punto reconstruidos a través de rastros, huellas, marcas, señales, vestigios, etc. Los hechos que deben verificarse para la decisión judicial usualmente son aquellos que ocurren en el mundo de lo empírico, de lo sensorialmente perceptible, de lo físicamente aprehensible, y por esta razón, salvo que se crea en la posibilidad del “crimen perfecto”, siempre habrá la posibilidad de encontrar objetos físicos (si es el caso microscópicos) a partir de los cuales pueden reconstruirse. Es decir, si bien es cierto que las decisiones judiciales versan la gran mayoría de las veces sobre eventos pasados, y que por consiguiente son difíciles de reconstruir, no lo es menos que los hechos de que se ocupan aquellas decisiones suelen ocurrir de tal forma que es posible su verificación empírica. Prueba de ello es la enorme importancia que en el derecho procesal tienen las evidencias físicas —también llamados elementos materiales de prueba—, consistentes en objetos físicos que tienen la capacidad de ofrecer información confiable sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el hecho materia de juzgamiento.

¹³⁵⁸ Al respecto, MITTERMAIER, C.J.A (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, pág. 67) sostenía lo siguiente: “Trátase se demostrar la evidencia de hechos que pertenecen a lo pasado; que, por consiguiente, no pueden ya someterse a examen material del juez en toda su pureza primitiva, y cuya realidad, en fin, no puede establecerse sino por vía de inducción, tomando como punto de partida los efectos, las señales características, toda especie de vestigios.”

No creo que haga falta aclarar la forma en que las evidencias encontradas en el lugar de los hechos —o escena del delito, como también se suele denominar— contribuyen a verificar la ocurrencia o no de los hechos cuya constatación necesita el programa de operación. Tampoco creo que por ahora sea necesario explicar la importancia del proceso judicial como escenario para la reconstrucción de esos hechos, mediante la recopilación, discusión y valoración de los diferentes elementos materiales de prueba existentes. Lo único que quisiera subrayar ahora es que, en la mayoría de los casos, el programa de operación del derecho exige llevar a cabo un proceso de verificación de hechos que hasta cierto punto pueden reconstruirse empíricamente.

Ahora bien, de cara al tema que ocupa esta investigación, es importante señalar que no siempre los hechos que deben comprobarse son de la misma naturaleza. Hay otros casos en los que el programa de operación del derecho demanda la verificación de unos hechos que no tienen ocurrencia en el ámbito de lo sensorialmente perceptible. Se trata de algunos eventos en los que la decisión judicial requiere que se constate la existencia de determinado estado o momento interior del sujeto. Por ejemplo, que se constate la existencia de alguna intención o de algún sentimiento específico como la piedad, la ira, el dolor, etc. En todos estos casos, el programa de operación del derecho depende de que se pueda verificar un hecho que no ocurre en el mundo de lo empírico, de lo sensorialmente perceptible, de lo físicamente aprehensible, sino en el interior de la psiquis de un sujeto.

La dificultad a la que se enfrentan este tipo de decisiones —y esto ha sido ya reconocido por la doctrina desde hace siglos— es que la verificación directa de esos hechos es imposible, porque ocurren en un lugar inaccesible para quien debe tomar la decisión. Evidentemente, para el juez es imposible introducirse en la mente del procesado y constatar directamente la existencia de ciertos estados interiores. El juez, simplemente, no tiene la capacidad de observar directamente los pensamientos o los sentimientos del procesado, como para ser testigo de lo que ocurre en su interior.

En materia penal este tema es ampliamente conocido. El problema de la prueba de los elementos subjetivos del tipo se ha discutido desde hace mucho tiempo, y sigue siendo fuente de enormes dificultades. Recuérdese el problema práctico que existe para determinar si la persona acusada de cometer un delito tenía el conocimiento o la intención específica que algunos tipos penales exigen al momento de ejecutar la conducta. Por ejemplo, el problema para probar la intención de defraudación en ciertos delitos contra el patrimonio, o el sentimiento de compasión, altruismo o conmiseración que caracteriza el homicidio por piedad en algunas legislaciones. En lo que al tema de esta investigación concierne, es claro que la prueba de la inimputabilidad también se relaciona con la demostración de elementos o estados internos del sujeto, y que por consiguiente esta prueba se encuentra afectada por las mismas dificultades.

La decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental está condicionada por el resultado de la verificación de un hecho que, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los casos, se encuentra asociado a un estado o momento interior del sujeto. Concretamente, requiere que se constate si al momento de ejecutar la conducta existía alguna circunstancia que afectara la capacidad del sujeto para comprender el sentido de su conducta o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, al punto de hacer desaparecer la culpabilidad. *La verificación de este hecho, por obvias razones, no puede hacerse mediante la percepción sensorial directa, y he allí una de las dificultades que enfrenta la prueba de la imputabilidad.*

El derecho siempre ha sido consciente de lo difícil que es la demostración de los estados internos del sujeto, y sabe lo complejo que resulta para el juez verificar los hechos que constituyen los presupuestos sustanciales de la imputabilidad. Ya la aproximación histórica realizada en el capítulo primero ofrece suficiente información acerca de la manera en que ha evolucionado la metodología para la determinación de la imputabilidad en la cultura europea, y de las diferentes alternativas que se han explorado para tomar una decisión que depende del estado mental del sujeto, a pesar de la imposibilidad de acceder directamente a su psiquis. Pero más allá de toda esa evolución histórica, lo que resulta interesante es que por lo menos desde el siglo XVI, cuando aparece y empieza a imponerse el discurso que afirma que la locura es una enfermedad, ha venido afianzándose en la cultura europea la opinión de que la disciplina más autorizada para pronunciarse sobre el estado mental de una persona es la Medicina, actualmente a través de la psiquiatría como una de sus ramas. La idea de que el psiquiatra está en mejores condiciones que el juez para decir algo sobre el estado mental del procesado sustenta la opinión, actualmente predominante, de que el derecho debe apoyarse en la psiquiatría para la verificación de los hechos relacionados con esa dimensión interna del ser humano. Por esta razón, hoy en día casi todos los jueces de Europa y América recurren a un psiquiatra cuando deben tomar una decisión que dependa del estado mental del procesado.¹³⁵⁹

Pero, frente a lo anterior es necesario preguntarse ¿qué es realmente lo que la psiquiatría aporta al derecho?, ¿en qué consiste su aportación? Y la respuesta viene dada por todo lo que se ha dicho hasta ahora: la psiquiatría es la disciplina que apoya al derecho en la verificación de los hechos que ocurren al nivel de la psiquis de los individuos. Más concretamente, la psiquiatría cumple el papel de una ciencia auxiliar del derecho penal en materia de inimputabilidad por trastorno mental, para ayudarle a verificar los hechos que el programa de

¹³⁵⁹ De hecho, en la doctrina alemana la postura dominante expresamente recomienda al juez tener en cuenta el dictamen psiquiátrico para emitir un juicio que guarde alguna relación con el estado mental del procesado. Al respecto, cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 1.

operación del sistema jurídico exige constar para tomar una decisión, y que ocurren en la psiquis del procesado.

Si se toma en consideración lo dicho anteriormente, y se lo entiende a la luz de la distinción hecha al comienzo de este apartado, sale a relucir la conclusión de que la psiquiatría no tiene la función de ayudar al derecho a verificar la existencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, sino de ayudarlo a verificar la existencia de factores de orden interno que pudieran haber afectado esas capacidades.¹³⁶⁰ *La psiquiatría presta una colaboración en la verificación de los hechos, y por esa razón sus pronunciamientos sólo pueden versar sobre hechos. Hechos que ocurren en el interior del sujeto, a nivel psíquico, de difícil acceso, pero hechos al fin de cuentas.*¹³⁶¹ Por esta razón, la participación de la psiquiatría en el debate judicial consiste principalmente en la verificación de los hechos que condicionan la decisión sobre la imputabilidad, y que a la sazón se reducen a *la existencia de factores que pudieran haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, al punto de que su comportamiento deje de merecer un reproche jurídico-penal.*¹³⁶²

¹³⁶⁰ Frente a este punto, TOEPEL sostiene: „Bei blossen Persönlichkeitsstörungen im Sinne der „schweren seelischen Abartigkeit“ des § 20 StGB sind eindeutige Aussagen kaum zu treffen. Bresser spricht sogar davon, dass die Beweislage begriffs- und methodenkritisch völlig ungeklärt sei. Glatzel betont, der Sachverständige stelle in diesem Bereich keine Krankheitsdiagnose, sondern sage lediglich etwas über eine individuelle Hierarchie der Einstellungen und Verhaltensbereitschaften sowie über deren Aktualisierung in Abhängigkeit von inneren und äusseren determinierenden Faktoren aus. Um so mehr die Syndrome den genauer definierten psychiatrischen Krankheitsbildern der Psychosen ähnlich sind, um so eher liegt eine Vergleichbarkeit hinsichtlich Beeinträchtigungen des Realitätsbezuges sowie einer psychostisch veränderten Determinationsstruktur nahe, die für den Ausschluss der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit relevant werden können. Je weniger der Befund solche in ihrer Relevanz klar einstuftbaren Faktoren enthält, um so grössere Vorsicht ist auch bei Rückschlüssen in Bezug auf die Steuerungsfähigkeit angebracht. Es ist daran zu erinnern, dass die Abnormalität abnormer Persönlichkeiten in nichts als der Ausprägung und Dominanz eines bestimmten Persönlichkeitsmerkmals liegen kann, das bereits mehr oder weniger allgemeinmenschlich ist. Ebenso gibt es zwischen normalen und abnormen Erlebnisreaktionen fließende Übergänge, so dass erfahrene Psychiater es vielfach als willkürlich und subjektiv ansehen, ob man eine Erlebnisreaktion, psychoreaktive oder neurotische Auffälligkeit als abnorm bezeichnen will oder nicht“ (Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, pág. 232).

¹³⁶¹ En este mismo sentido, cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán*, pág. 143.

¹³⁶² Al respecto TOEPEL sostiene: „Thema des Sachverständigenbeweises können ausserdem nicht Rechts-, sondern nur (sonstige) Tatsachenbehauptungen. Nach hier vertretener Auffassung weisen Rechts- und Tatsachenfragen aber keinen strukturellen Unterschied auf. Rechtsbehauptungen beziehen sich lediglich auf eine besondere Art von Tatsachen, auf institutionelle Tatsachen. Viele andere Wissenschaftszweige enthalten aber ebenfalls Aussagen über institutionelle Tatsachen, die Gegenstand eines Sachverständigenbeweises sein können. Vom Gericht wird grundsätzlich verlangt, dass es die erforderliche Sachkunde zur Beantwortung von Rechtsfragen besitzt für die die Berufsrichter ausgebildet wurden.“ (Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, pág. 126).

Frente a la cuestión de cuáles son esos hechos a los que ayuda a verificar la psiquiatría, o mejor, en qué pueden consistir concretamente esos hechos que la psiquiatría debe verificar, puede responderse que ellos están representados en la totalidad del conjunto de síntomas que componen los cuadros clínicos de las diferentes patologías psiquiátricas, y que permiten determinar si el individuo padece algún trastorno mental. Dicho en otras palabras, los hechos que ocurren al interior del sujeto, y que la psiquiatría debe ayudarle a verificar al derecho, consisten en los síntomas de las diferentes patologías psiquiátricas.

Si se acepta que las patologías psiquiátricas son de hecho factores que pueden llegar a afectar las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, y se admite que el papel de la psiquiatría es ayudar a verificar la existencia de factores que puedan llegar a afectar dichas capacidades, entonces no debe haber problema en concluir que el papel de la psiquiatría consiste en ayudar a constatar o verificar la existencia de patologías psiquiátricas. De modo que el objeto de prueba de la psiquiatría en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es la verificación de la existencia de patologías psiquiátricas en el procesado. Más concretamente aún, el marco natural de la participación de la psiquiatría como ciencia auxiliar del derecho en materia de inimputabilidad por trastorno mental, es el de un dictamen psicopatológico.

2.3. Delimitación del objeto del juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-

Sin perjuicio alguno de lo dicho en el apartado anterior, a estas alturas ya debe estar claro que la verificación de la existencia de patologías psiquiátricas no es suficiente para emitir una decisión sobre la imputabilidad.¹³⁶³ Además de eso, se necesita saber los alcances o consecuencias que esas patologías tuvieron en las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, al momento de ejecutar la acción materia de juzgamiento. Por esta razón, el dictamen psicopatológico del psiquiatra forense no constituye un pronunciamiento sobre la imputabilidad.¹³⁶⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, algunos autores sostienen que el dictamen pericial psiquiátrico debe contener, además del dictamen psicopatológico en el

¹³⁶³ Cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 3.

¹³⁶⁴ URRUELA advierte: “- La concurrencia en el sujeto autor de un delito de los criterios de diagnóstico establecidos en el Capítulo V de la CIE-10 o en el DSM-IV, en relación con un concreto trastorno mental, no nos debe conducir a afirmar automáticamente la inimputabilidad del mismo. (...) Dado que la imputabilidad es un concepto jurídico, que obliga a relacionar el trastorno padecido por el sujeto con el grado de afección que el mismo implicó a nivel de su conciencia y voluntad en el momento de la comisión del delito, el perito debe determinar el estado del imputado en dicho instante, tarea complicada y que excede de la finalidad de las clasificaciones internacionales en materia de trastornos mentales”. (*La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 201).

que se determina si el sujeto padece algún trastorno mental, un dictamen médico-legal en el que se emita un concepto sobre el alcance de esa(s) patología(s) en las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado.¹³⁶⁵ Mucho se discute si los psiquiatras forenses deberían referirse a este último tema en sus dictámenes periciales; es decir, se discute si deberían emitir conceptos médico-legales sobre el grado de afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado. No vamos a explicar de nuevo los términos de esa discusión en este momento, porque ya lo hicimos en el capítulo tercero. Sólo quiero señalar que no existe consenso acerca de si es el psiquiatra o el juez quien debe determinar la intensidad con que las patologías diagnosticadas pudieron haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado.

En mi criterio, la discusión acerca de quién es competente para emitir el pronunciamiento sobre la intensidad con que las patologías diagnosticadas pudieron haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, es en realidad accesoria a otra discusión más fundamental. A mi juicio, es más importante la pregunta por el objeto del pronunciamiento sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado. Tal como lo veo, sólo después de que se defina en qué consiste realmente la pregunta por la afectación de las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado, puede uno tener elementos de juicio para asumir una posición acerca de quién es el más competente para responderla. Sólo teniendo clara la pregunta que debe responderse, puede asumirse una posición acerca de quién es el más competente para responderla: el juez, el psiquiatra, ambos, o ninguno de los dos, sino un tercero completamente diferente.

La doctrina psiquiátrica dominante acepta que la psiquiatría puede pronunciarse sobre la existencia o no de patologías en el procesado, pero no hay acuerdo acerca de si debe o no pronunciarse sobre sus capacidades de comprensión y/o autodeterminación al momento de cometer la conducta. Las posturas más conservadoras sostienen que la psiquiatría sólo debe pronunciarse respecto de aquellos asuntos que caigan dentro de su objeto, y que puedan abordarse a partir de su propio método. Por esta razón, afirman que la psiquiatría no puede pronunciarse sobre aspectos del estado mental de un sujeto que no puedan estudiarse a partir del método científico propio de la psiquiatría, tales como la intensidad de la afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación. En cambio, la postura menos restrictiva sobre el papel de la psiquiatría en el proceso penal acepta que el psiquiatra puede pronunciarse sobre ese tipo de cuestiones. No obstante, advierte que cuando el psiquiatra se pronuncia sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, lo hace a través de un procedimiento que no respeta en lo fundamental las técnicas y métodos reconocidos por la comunidad psiquiátrica. En cualquiera de los dos casos, puede decirse que en lo que a la comunidad

¹³⁶⁵ Cfr. BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 2.

psiquiátrica respecta, como mínimo hay acuerdo en que el concepto de un psiquiatra forense sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado no es un juicio rigurosamente científico en términos de las ciencias empíricas, que es el propio de la psiquiatría.¹³⁶⁶

De acuerdo con algunos autores, para pronunciarse sobre el grado de afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, los psiquiatras se apartan de las técnicas o métodos propios de la psiquiatría y siguen un razonamiento de tipo deductivo. Este razonamiento consistiría, según ellos, en una compleja operación mental en la cual se deducen conclusiones a partir del estudio, combinación o articulación de diferentes tipos de conocimiento e información. En esta forma, el psiquiatra forense inferiría una respuesta a la pregunta sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado, a partir de la información disponible sobre el sujeto y sobre el caso, de sus conocimientos médicos y psiquiátricos, e incluso de sus conocimientos privados adquiridos por experiencia en la vida cotidiana.¹³⁶⁷

Aparte de que me parece que la explicación de ese razonamiento de tipo deductivo no es muy clara en la literatura que se ocupa de ello, esta posición parte de un error que es importante evitar. En mi criterio, esta posición asume que el dictamen acerca de la manera en que las patologías diagnosticadas pudieron haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, es distinto del juicio sobre la imputabilidad; es decir, parte de la idea de que el dictamen médico-legal que emite el psiquiatra forense, es diferente de la decisión que debe emitir el juez sobre la imputabilidad. Tal como lo veo, esta postura supone que el dictamen médico-legal es un pronunciamiento anterior al juicio sobre la imputabilidad, en el cual se define si desde el punto de vista psiquiátrico-forense las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del sujeto estaban afectadas a causa de la patología diagnosticada. La decisión sobre la imputabilidad emitida por el juez sería, en cambio, un pronunciamiento en el cual simplemente se verifica si la conclusión contenida en el dictamen médico-legal indica que el procesado reúne los presupuestos previstos en el derecho aplicable para ser declarado inimputable.¹³⁶⁸

¹³⁶⁶ Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, pág. 944; SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*, pág. 357; GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos. *Psiquiatría Forense*, pág. 121; MCGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*, pág. 79; SOLOMKA, Bohdan. *The role of psychiatric evidence in passing 'longer than normal' sentences*, pág. 253; WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 267; también JEFFERY, C.R. y WITHE, James D. *Law, Insanity and Mental Illness*, pág. 58, así como la American Psychiatric Association. *Issues in Forensic Psychiatry*. 205.

¹³⁶⁷ Cfr. VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, pág. 944. Cfr. también WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*, pág. 267 y MITCHELL, Barry. *Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*, pág. 631.

¹³⁶⁸ De esta forma, la postura defendida en este trabajo claramente toma distancia frente a la tesis propuesta por MARTÍNEZ GARAY, quien sostiene: "El elemento psiquiátrico-psicológico

A mi juicio, *la idea de que el dictamen médico-legal y la decisión judicial sobre la imputabilidad son diferentes, es completamente infundada*. Considero que cuando se le solicita a un psiquiatra forense que dictamine acerca de si las patologías diagnosticadas afectaron las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, realmente se le está pidiendo que verifique el cumplimiento de los requisitos sustanciales de la imputabilidad, que en

*de la imputabilidad se desglosa a su vez en dos momentos: el del diagnóstico del trastorno, con la valoración de su gravedad, duración, posible etiología, pronóstico, etc., por una parte, y el de la valoración de la relevancia de ese trastorno en relación con la imputabilidad, por otra. **Conviene separar claramente este segundo momento, dentro aún del aspecto psicológico de la imputabilidad y perteneciente todavía a la competencia propia del perito, y distinguirlo de la valoración estrictamente jurídica en la que consiste el elemento normativo.** En mi opinión la diferenciación insuficiente en este punto ha contribuido poderosamente al panorama de confusión que existe tanto en la jurisprudencia como en la doctrina (ya sea penal, médico forense, psiquiátrico-forense o psicológico-forense) en relación con el contenido del dictamen psicológico de la imputabilidad”* (Negrillas fuera del texto original). (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 359). Ahora bien, para evitar malos entendidos, considero importante aclarar la diferencia entre la tesis defendida por MARTÍNEZ GARAY y la propuesta en este trabajo, de la siguiente forma: i) estoy de acuerdo con MARTÍNEZ GARAY en que es necesario diferenciar entre el diagnóstico psicopatológico y la opinión médico-legal del psiquiatra sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del sujeto; ii) también estoy de acuerdo con esa autora en que es conveniente que el psiquiatra forense exprese su opinión médico-legal sobre el posible estado de afectación de las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado; iii) sin embargo, no estoy de acuerdo con que se afirme que el juicio que realiza el psiquiatra para emitir este último pronunciamiento es de naturaleza diferente al que realiza el juez cuando determina la imputabilidad del procesado. En mi criterio, es necesario entender que el concepto del psiquiatra, pese a ser llevado a cabo por un médico, no sigue los métodos, técnicas y procedimientos propios de la psiquiatría, porque la determinación de las capacidades de comprensión y autodeterminación no son algo que pueda ser constatado empíricamente. Estimo que ambos juicios tienen una estructura idéntica, y que ambos pueden ser explicados en términos de un juicio de tipo adscriptivo.

En mi opinión, la distinción que realiza MARTÍNEZ GARAY es lo que la lleva a criticar la definición legal contenida en el artículo 20 del Código Penal español, y a escoger como estrategia para resolver los problemas de la imputabilidad, la difícil y nunca pacífica tarea de redefinir el concepto mismo. A la sazón, recuérdese que esta autora ha sostenido: *“La fórmula que utiliza el legislador español en el artículo 20 Cp es, como entiende la doctrina, una fórmula mixta, pero las dos partes en que cabe dividir su enunciado no reflejan los dos elementos del concepto de imputabilidad. Mientras que la <<anomalía o alteración psíquica>>, el <<trastorno mental transitorio>>, la <<intoxicación>> o el <<síndrome de abstinencia>> constituyen referencias al primer nivel o momento del elemento psicológico (el del diagnóstico), en la expresión <<no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión>> se alude simultáneamente tanto al segundo momento del elemento psicológico, es decir, la valoración médica o psicológica de la gravedad en relación con la imputabilidad, como al elemento normativo, esto es, la valoración jurídica de la relevancia del trastorno en orden a la exculpación”* (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 359).

Como se verá más adelante, al asumir la postura defendida en este trabajo para resolver los problemas de indeterminación de la imputabilidad, no es necesario adentrarse en la tortuosa tarea de llegar a un “mejor” concepto de imputabilidad —que por lo demás difícilmente podría ser susceptible de consenso en la comunidad jurídica—, sino que basta con determinar cuáles son las condiciones mínimas que debería tener el procedimiento para la determinación de la imputabilidad, definida en la forma en que lo hace el derecho vigente.

realidad es lo mismo que debe hacer el juez al emitir el juicio sobre la capacidad de culpabilidad del procesado. Desde mi perspectiva, *la única diferencia que existe entre el dictamen médico-legal y el juicio sobre la imputabilidad es de orden formal: mientras el dictamen médico-legal lo emite un psiquiatra y se incorpora al proceso como prueba pericial, el juicio sobre la imputabilidad lo emite el juez y se incorpora al proceso en la forma de una decisión judicial. Pero desde el punto de vista de su objeto, su contenido y su racionalidad, ambos pronunciamientos son, repito, idénticos.*

Para comprobar que el dictamen médico-legal y el juicio sobre la imputabilidad del procesado recaen sobre la misma materia, basta recordar que las capacidades de comprensión y/o autodeterminación no son hechos dados en la mente del procesado, sino cualidades, propiedades, características que le atribuimos al sujeto a causa del concepto de persona que opera como presupuesto del programa de operación del sistema jurídico. La capacidad de comprensión y la capacidad de autodeterminación son adjetivos que utilizamos para describir el concepto de persona que orienta todo el sistema jurídico. Por esta razón, el pronunciamiento del psiquiatra acerca de la afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación a causa de las patologías diagnosticadas no es un pronunciamiento sobre la existencia de un hecho dado en la psiquis de un individuo, sino sobre el sentido y el valor que tienen unos hechos respecto de la posibilidad de atribuir ciertas cualidades a la persona del procesado.

El único verdadero hecho es la existencia de una patología determinada en el procesado. Y es un hecho, porque la existencia de esa patología puede ser verificada mediante los métodos de diagnóstico reconocidos por la psiquiatría. *El dictamen sobre la afectación que esa patología psiquiátrica diagnosticada pudo haber producido en las capacidades del procesado, no es un pronunciamiento acerca de hechos. Es más bien un pronunciamiento acerca de si con fundamento en un hecho verificado, cual es la existencia de una patología psiquiátrica, es posible atribuirle al procesado una cualidad o característica consistente en la capacidad de comprender el sentido de su acción, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.*

Debe evitarse caer en el error de pensar que porque esta decisión adquiere a veces la apariencia externa de un dictamen médico-legal, y la emite un psiquiatra, entonces se trata de un pronunciamiento que versa sobre la constatación de hechos dados por fuera del derecho. Ya la psiquiatría misma reconoce que está por fuera de su alcance emitir un pronunciamiento sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado en términos científicos. Es decir, la comunidad psiquiátrica misma reconoce que el pronunciamiento sobre esas capacidades no cae dentro del objeto de la psiquiatría, y se aparta de las técnicas y métodos reconocidos para su estudio. En consecuencia, también cuando el pronunciamiento lo emite un psiquiatra, y adquiere la forma de un dictamen pericial, estamos en presencia de un juicio que tiene lugar en el marco de la discusión acerca del sentido o el valor, y no

en el de lo que existe o no existe. Es decir, también cuando el pronunciamiento lo emite un psiquiatra y adquiere la forma de un dictamen pericial, el juicio sobre la afectación de estas capacidades responde al problema hermenéutico de qué cualidades pueden atribuirse al procesado, y no al ontológico de qué existe o no existe en la psiquis del procesado como un hecho dado por fuera del derecho.

Como puede verse, entonces, el objeto sobre el cual recae el dictamen médico-legal es el mismo del juicio sobre la imputabilidad. O sea, *sostengo que el juicio sobre la imputabilidad y el dictamen-médico legal recaen en realidad sobre la misma materia: determinar si con fundamento en un hecho verificado, consistente en la existencia de patologías psiquiátricas, es válido atribuir al procesado una cualidad consistente en la capacidad de comprensión del sentido de su acción, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.* Y por este mismo motivo afirmo que no hay razones convincentes, para mantener la diferencia entre el dictamen médico-legal y el juicio sobre la imputabilidad.

La consecuencia más importante de esta postura es que las consideraciones relativas a la naturaleza del juicio sobre la imputabilidad son completamente trasladables al dictamen médico-legal, ya que finalmente estamos hablando del mismo tipo de decisión. En este sentido, puede decirse que independientemente de la forma externa que asuma, el pronunciamiento acerca de si las patologías psiquiátricas diagnosticadas pudieron afectar las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, es en realidad un juicio de naturaleza adscriptiva y no descriptiva; es decir, se trata de un juicio sobre la atribución o imputación de cualidades o características personales al procesado, y no de una descripción acerca de lo que hay o no hay en la mente del procesado como un hecho dado. Por esta razón, concluyo que *no importa si el pronunciamiento sobre ese tema adquiere la fisonomía de un dictamen médico-legal o de una decisión judicial, o si lo emite un psiquiatra o un juez. En cualquier caso se trata de un juicio de naturaleza adscriptiva, consistente en establecer si es válido imputar al procesado la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, como cualidad o atributo inherente a él.*¹³⁶⁹

2.4. ¿Quién debe emitir el juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental?-

De todo lo dicho hasta ahora se concluye, fundamentalmente, lo siguiente: primero, que el dictamen médico-legal y el juicio sobre la imputabilidad tienen

¹³⁶⁹ Al respecto, MITCHELL, Barry (*Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*, pág. 631) sostiene que también desde el punto de vista psiquiátrico la determinación de la imputabilidad concierne, principalmente, al propósito de determinar la responsabilidad jurídica del procesado, y por ello determinar el estado de su salud mental queda relegada a un segundo plano.

exactamente el mismo objeto; segundo, que ese objeto de valoración común al juicio sobre la imputabilidad y al dictamen médico-legal es determinar si es válido imputar al procesado la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, como cualidades o atributos inherentes a él, dada la verificación de un hecho consistente en el padecimiento de una patología psiquiátrica; y tercero, que como consecuencia de lo anterior, ambos tipos de pronunciamientos consisten fundamentalmente en juicios de naturaleza adscriptiva. Pues bien, tomando como materia prima estos elementos de juicio, ahora es posible asumir una postura acerca de quién es el competente para emitir ese pronunciamiento.

En mi criterio, es esencial tomar realmente en serio la observación de que el pronunciamiento sobre el estado de afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, independientemente que adopte la forma externa de un dictamen médico-legal o de una decisión judicial, es un juicio de naturaleza adscriptiva y no descriptiva. Y ello es muy importante, porque permite ver que la respuesta a esa pregunta sólo puede darse mediante un estudio hermenéutico y no ontológico. Sólo si se toma realmente en serio que la cuestión de la atribución de las capacidades de comprensión y autodeterminación constituye un problema hermenéutico y no ontológico, es posible entender que, desde el punto de vista epistemológico, ni el juez ni el psiquiatra se encuentran en una posición particularmente privilegiada para resolverla. No hay elementos de juicio que lleven a concluir que el juez está en mejor situación epistemológica que el psiquiatra para pronunciarse sobre ese punto, o viceversa.¹³⁷⁰ Ambos tienen posiciones hermenéuticas que aportan y restan valor al juicio, porque cada uno tiene la posibilidad de interpretar la situación desde la perspectiva de la disciplina que domina, pero ambos tienen también la dificultad de acceder con suficiente rigor y detalle a la interpretación desde otra disciplina diferente. Por esta razón, en mi criterio, ninguno de los dos puede reclamar desde el punto de vista epistemológico, repito, una mejor posición para definir este tipo de cuestiones que el otro.¹³⁷¹

La situación desde el punto de vista jurídico es bien distinta, ya que aquí el juez sí tiene una postura privilegiada frente al psiquiatra, en la medida que el derecho aplicable le confiere a él la competencia exclusiva y excluyente para determinar la imputabilidad de las personas acusadas de cometer un delito. El derecho aplicable ha optado por atribuir al juez, por encima del psiquiatra, la facultad de definir si es válido imputar al procesado la cualidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o de autodeterminarse conforme a dicha

¹³⁷⁰ Al respecto, TOEPEL sostiene que „*Im Bereich der eingeschränkten Schuldfähigkeit stehen juristische Zumutbarkeitserwägungen in Vordergrund. Das Gericht ist hier in seiner Beurteilung weniger auf den Sachverständigen angewiesen als im Bereich des §20 StGB, weil auch der Psychiater insoweit kein sicheren Kenntnisse besitzt*“. (*Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 217).

¹³⁷¹ En otro sentido, cfr. MITCHELL, Barry. *Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*, pág. 631, quien considera que los psiquiatras no estarían en mejor condición que cualquiera otro para responder a estas cuestiones.

comprensión. La pregunta que uno válidamente podría hacerse, es si es correcto que el derecho privilegie la posición del juez para emitir una decisión sobre la imputabilidad, a pesar de que desde el punto de vista epistemológico éste no está en mejores condiciones que el psiquiatra para responder a tales cuestiones.¹³⁷²

A mi juicio, no hay objeción alguna a que desde el punto de vista del derecho se haya privilegiado la posición del juez para emitir una decisión sobre este tema, fundamentalmente por dos razones:

- i) En primer lugar, porque de lo que hablamos en este caso es de la atribución de la capacidad de comprensión y/o autodeterminación, en el marco de un proceso penal en el que se juzga a una persona por la presunta comisión de un delito, de tal suerte que el juicio sobre la imputabilidad es emitido en el contexto de un debate sobre la responsabilidad penal, lo cual es un problema esencialmente jurídico y no psiquiátrico. Recuérdese que la imputabilidad es sólo uno de los elementos de la responsabilidad penal, y que para la verificación de la gran mayoría de los elementos restantes, es necesario llevar a cabo valoraciones de tipo eminentemente jurídico, frente a las cuales la psiquiatría tiene muy poco o nada que decir. Piénsese, por ejemplo, en temas como la tipicidad objetiva, la existencia de una causal de justificación o de exculpación, o el cumplimiento de las condiciones objetivas de procedibilidad, cuya determinación debe ser llevada a cabo necesariamente por el juez, ya que él se encuentra en mejor condición que cualquiera para responder a todas las demás cuestiones anejas a la responsabilidad penal.¹³⁷³
- ii) Y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, al menos desde la aparición del dictamen pericial psiquiátrico como medio de prueba predominante en materia de inimputabilidad por trastorno mental, el hecho de privilegiar la posición de juez no ha significado nunca desconocer la importancia de tomar en cuenta la opinión del psiquiatra forense. Por el contrario, la importancia de esta opinión experta ha venido en franco aumento durante el último siglo, al punto que algunos jueces llegan incluso a caer en el error de asumirla de modo irreflexivo y acrítico, suponiendo que las conclusiones allí contenidas son verdades científicas irrefutables. El derecho admite y promueve la participación del psiquiatra en el proceso

¹³⁷² Al respecto, URRUELA señala: *“En este sentido, la propia distribución de roles en el marco del proceso constituye un factor distorsionador de la relación entre juristas y psiquiatras. Por un lado, las discrepancias de criterio entre los propios psiquiatras (en función de su adscripción a una escuela de conocimiento o a otra), restan valor a los ojos del juez a la propia pericia realizada. Esta situación de tensión entre Derecho Penal y Psiquiatría debe ser superada, partiendo de la premisa de que la actividad del psiquiatra en este punto es en todo caso instrumental y auxiliar al juez, siendo su papel meramente consultivo en el marco de nuestro sistema procesal”* (La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica, pág. 196).

¹³⁷³ En sentido similar, cfr. URRUELA. *Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 202.

penal, y confiere enorme importancia a sus opiniones, lo cual en alguna medida compensa la posición privilegiada que confiere al juez para determinar la imputabilidad, a pesar de que desde el punto de vista epistemológico el psiquiatra se encuentra en posición de realizar aportes imprescindibles a la discusión.¹³⁷⁴

Por estas razones, en mi criterio no hay objeción alguna a que el derecho haya privilegiado la posición del juez para emitir la decisión sobre la atribución de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación al procesado, reconociendo en todo caso al psiquiatra un importante papel secundario como auxiliar en esa decisión.¹³⁷⁵ Lo que en dado caso podría ser objeto de crítica es el régimen jurídico previsto para regular el procedimiento mediante el cual se toma la decisión sobre la imputabilidad. Y más concretamente, la forma en que se reglamenta la participación de la psiquiatría en ese proceso.

Me refiero a temas como, por ejemplo: i) los requisitos y procedimientos para la elección, designación y posesión del perito psiquiatra; ii) los términos, plazos y condiciones para la evaluación psiquiátrica del procesado; iii) la existencia de una obligación a cargo del perito de presentar un informe escrito de su actividad, y los requisitos de forma y contenido de ese documento; iv) los términos, plazos y mecanismos para conceder a las partes acceso al informe escrito del psiquiatra; v) los términos, plazos y condiciones en que el psiquiatra forense debe rendir su dictamen pericial en el proceso; vi) los mecanismos para la contradicción del dictamen pericial por parte de los sujetos procesales; vii) los criterios de valoración probatoria del dictamen pericial; viii) los términos, plazos y condiciones para que el juez emita su pronunciamiento definitivo sobre la imputabilidad, etc.

¹³⁷⁴ En este sentido, me aparto de un sector minoritario de la doctrina alemana, entre quienes se cuentan ARNDT y JAKOBS, por ejemplo, el cual propone prescindir del primer “piso” de análisis y, en su caso, contraer la prueba de la inimputabilidad a un criterio exclusivamente valorativo, consistente en verificar normativamente la ausencia de la capacidad para comprender lo injusto del hecho, o para determinarse conforme a dicha comprensión. Según entiendo, esta propuesta se orienta a prescindir del diagnóstico médico-psiquiátrico de determinados estados psicopatológicos de conexión, fijándose únicamente en las condiciones normativamente determinadas que puedan conducir a negar la capacidad de comprensión o inhibición del sujeto (Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 2). Esta tesis, sin embargo, no ha gozado de amplia aceptación puesto que, como lo explica ROXIN, la doctrina mayoritaria padece el “temor de que, de lo contrario, se podría llegar a una ‘rotura de dique’, es decir, a numerosas absoluciones insostenibles por inimputabilidad, a costa de las necesidades preventivo generales” (Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 4). Además, la doctrina dominante no quiere “renunciar a ofrecer al juez indicaciones respecto de los presupuestos sólo bajo los cuales podría plantearse una inimputabilidad”. (Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 7). De esta forma, el diagnóstico médico-psiquiátrico del estado bio-psicológico del sujeto adquiere un “valor como guía y control” de estos conceptos”. (Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 7).

¹³⁷⁵ En este sentido, cfr. URRUELA. *Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 196.

La reglamentación de los temas anteriores, entre otros, define la forma como cada legislación articula la colaboración entre el derecho y la psiquiatría en materia de inimputabilidad por trastorno mental. Por esta razón, es esta regulación la que permite o impide que el juez, al momento de emitir la decisión final sobre la imputabilidad, haya tenido la posibilidad de acceder a todos los elementos de juicio necesarios para elaborar el discurso de fundamentación de la providencia, desde todas las perspectivas relevantes posibles. Particularmente, es la regulación de esos temas lo que facilita o dificulta que el juez pueda estar suficientemente bien ilustrado en materia psiquiátrica, como para que los argumentos en que fundamenta su decisión incorporen la perspectiva que del caso tenga esa disciplina. De tal suerte, es la existencia de falencias al nivel de esa regulación lo que en realidad podría ser materia de crítica, por cuanto es ella la que determina cómo es posible que la decisión final emitida por el juez realmente integre los aportes de la psiquiatría.

Lamentablemente, debido a que cada legislación regula de manera diferente el procedimiento para la determinación de la imputabilidad, es sumamente complicado elaborar análisis críticos que puedan aplicarse por igual a todas ellas. Es decir, para poder realizar un análisis crítico del procedimiento previsto para la determinación de la imputabilidad, es necesario referirse a una legislación en particular. Ciertamente, un estudio de esa naturaleza sería posible, al menos para alguna de las legislaciones que se han tomado como referencia en esta investigación. Sin embargo, sería un trabajo demasiado dispendioso y extenso que daría por sí solo tema para una indagación independiente. Por esta razón, en este trabajo no se intentará realizar un estudio crítico de alguna regulación. En lugar de ello, más adelante se intentará explicar cuáles son las condiciones mínimas generales que debería cumplir cualquier buen procedimiento para la determinación de la imputabilidad.

2.5. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

- i) La pregunta por la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación no puede responderse mediante la búsqueda de evidencia empírica para demostrarla. Esta pregunta sólo puede responderse asumiendo una postura frente a cuestiones filosóficas sumamente problemáticas, tales como la existencia de la posibilidad de conocimiento o del libre albedrío.
- ii) Debido a la imposibilidad de demostrar empíricamente la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación, éstas operan al interior del derecho como una cualidad que se presupone de manera general en todos los individuos, a causa de la postura filosófica asumida por el constituyente frente al concepto de persona que orienta la totalidad del

sistema jurídico. Por esta razón, las capacidades de comprensión y autodeterminación no son un hecho que pueda probarse, sino una cualidad que el sistema jurídico imputa al sujeto.

- iii) En el caso de las sociedades que debido a su alta diferenciación se han organizado de forma democrática, el modelo de Estado elegido implícitamente reconoce la capacidad deliberativa en todos los individuos, de manera que el sistema político y jurídico ya de por sí presupone que, por regla general, los sujetos tienen la capacidad de tomar postura crítica frente a las acciones propias o ajenas a partir de razones. Por este motivo, el modelo de Estado democrático tiene implícito un concepto de persona al que se le presupone la capacidad de comprender el sentido de sus acciones y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.
- iv) De lo anterior se concluye que la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación es algo que le compete determinar al constituyente, en el marco de la discusión sobre el modelo de Estado y sobre el concepto de persona que éste tiene aparejado, y no al juez en el contexto de un proceso penal.
- v) La existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación no es algo que deba ser materia de debate en el proceso penal, porque ellas no son un hecho que pueda demostrarse mediante evidencias, sino una cualidad que el sistema jurídico presupone, de manera general, en todos los individuos, y que el juez debe imputar por regla general al procesado. De manera que el juicio sobre la imputabilidad no tiene naturaleza descriptiva, sino naturaleza adscriptiva.
- vi) Teniendo en cuenta lo dicho, el papel de la psiquiatría en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no es determinar la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación en el procesado. Su función es verificar la existencia de un hecho interno consistente en la existencia de patologías psiquiátricas, que hubieran podido afectar aquellas capacidades.
- vii) El objeto del juicio sobre la imputabilidad del procesado que debe realizar el juez tampoco es determinar la existencia de esas capacidades de comprensión y autodeterminación. Su objeto consistente en establecer si, dadas las patologías psiquiátricas diagnosticadas, es válido imputar al procesado la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, como cualidad o atributo inherente a él.
- viii) En relación con la pregunta acerca de quién es el más competente para emitir el juicio sobre la imputabilidad, puede concluirse que tanto el psiquiatra como el juez se encuentran en las mismas condiciones epistemológicas para pronunciarse sobre la validez de imputar al procesado

las capacidades de comprensión y autodeterminación. Sin embargo, como el debate sobre la imputabilidad se relaciona con la existencia de responsabilidad penal, que es un asunto jurídico, se justifica que el derecho haya privilegiado la posición del juez, atribuyéndole la competencia exclusiva y excluyente para determinar la capacidad de culpabilidad del procesado. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que como ambos profesionales se encuentran en las mismas condiciones epistemológicas de posibilidad frente a esa cuestión, es necesario y conveniente tomar en cuenta la opinión del psiquiatra sobre la validez de atribuir al procesado aquellas capacidades.

3. ¿Por qué es tan difícil determinar judicialmente la inimputabilidad por trastorno mental?-

Antes de abordar el tema de las características mínimas que debería tener un buen procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, conviene detenerse a reflexionar acerca de cuáles son los problemas a los que debe enfrentarse tal procedimiento. A tal efecto, en este apartado intentaré ocuparme de responder la pregunta sobre por qué es tan difícil determinar la inimputabilidad por trastorno mental, o dicho en otras palabras, ¿en qué consiste la dificultad de emitir un juicio sobre la imputabilidad del procesado?

Como punto de partida para responder esa pregunta, considero importante distinguir, de cara a esta exposición, tres grandes clases de problemas: i) los problemas relacionados con la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales y, por consiguiente, para constatar empíricamente la existencia de los presupuestos sustanciales de la imputabilidad; ii) los problemas relacionados con la dificultad para traducir las conclusiones psiquiátricas en términos jurídicos; y iii) los problemas para estabilizar la validez de la decisión judicial en un contexto en el que concurren diferentes discursos posibles para fundamentar la determinación sobre la imputabilidad, tanto en un sentido como en el otro.

3.1. La imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales del individuo.-

Para algún sector de la doctrina, el principal obstáculo para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales del individuo, lo cual a su vez hace imposible demostrar mediante evidencia empírica la existencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado. En este grupo se incluye a aquellos autores que consideran que la solución a los

problemas de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental consiste en la incorporación de los nuevos avances tecnológicos y científicos en materia de neurología, genética, farmacología, etc., para el diagnóstico de las enfermedades mentales.

Al respecto, es cierto que es imposible acceder de forma directa a los estados de la conciencia del individuo. No hay discusión alguna en que es imposible aprehender sensorialmente, mediante observación directa, los pensamientos o los sentimientos del individuo, y que por tal motivo no hay forma de percibir de forma empírica sus estados mentales. Por esta razón, no hay en psiquiatría algo así como la posibilidad de observar una psicosis, o un delirio obsesivo-compulsivo, o una paranoia. En estricto sentido, lo único que se puede observar es un comportamiento humano que reúne las características de una psicosis, un delirio o una paranoia.

De acuerdo con lo anterior, es un hecho que la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales constituye un problema que atraviesa de forma transversal toda la psiquiatría y que aún no está resuelto. Sin embargo, se trata de un problema que intenta solventarse recurriendo a técnicas y métodos específicamente pensados para hacer frente a esa dificultad, tal como lo es el método de diagnóstico sintomático de las enfermedades mentales. Ya en el capítulo tercero se explicó que el diagnóstico psicopatológico que realiza el psiquiatra en la actualidad trata de fundamentarse en otra clase de datos positivos que sí son susceptibles de verificación, tales como el comportamiento exteriormente observable del individuo, la existencia de defectos orgánicos a nivel neurológico que pueden constatarse a través de exámenes de laboratorio, la información suministrada por el propio paciente o por sus familiares en el curso de la entrevista, etc. Precisamente porque no es posible acceder directamente a los estados mentales, el diagnóstico de las patologías consiste actualmente en establecer si el conjunto de síntomas que presenta el paciente coincide con el cuadro clínico de alguno de los trastornos mentales descritos en los manuales de clasificación y diagnóstico existentes. Es decir, por esa razón el diagnóstico de las patologías psiquiátricas se basa, hasta donde es posible, en otros datos positivos llamados <<síntomas>> que sí pueden ser verificados.¹³⁷⁶

¹³⁷⁶ Al respecto, TOEPEL explica: „Mit Erfahrungssätzen in Bezug auf innere (fremdpsychische) Tatsachen beschäftigen sich in erster Linie die Wissenschaften der Psychiatrie und Psychologie. Kennzeichnend für viele psychiatrische und psychologische Erfahrungssätze ist Ihre Vagheit. Physikalische und neurophysiologische Gesetzmässigkeiten sind möglicherweise indirekt über den körperlichen Zustand eines Menschen für dessen psychischen Zustand von Bedeutung, jedoch nur als Indizien. An die Stelle der Gesetzmässigkeiten, durch die naturwissenschaftler ihre Argumentationen abstützen, treten in der Psychiatrie eine Reihe von Beobachtungen über Entstehungsbedingungen und Symptome für Krankheiten, zusammen ein Syndrom (Erscheinungsbild) dieser Krankheit ergeben. Kein Symptom oder Syndrom ist jedoch für bestimmte Störungen spezifisch (Unspezifität psychopathologischer Syndrome)“ (Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, pág. 200).

Por supuesto, esta dificultad para acceder a los estados mentales del individuo también constituye un problema para la determinación de la imputabilidad, porque en este caso también es necesario constatar la existencia de patologías a las que no se puede acceder mediante la aprehensión sensorial directa, sino sólo a través de sus síntomas. Ya en el capítulo tercero se explicó que la necesidad de recurrir a técnicas y métodos que se aproximan a los trastornos mentales sólo mediante el estudio, identificación y clasificación de sus síntomas, ofrece algunos problemas como la comorbilidad. Estos problemas constituyen un factor que incrementa la probabilidad de error en el diagnóstico, y por consiguiente reducen su fiabilidad. En este sentido, la imposibilidad de acceder a los estados mentales del individuo conduce a que el dictamen psicopatológico del perito psiquiatra no sea absolutamente fiable en materia penal, y aumenta la probabilidad de error judicial en el juicio sobre la imputabilidad.

Ahora bien, es importante que la afirmación anterior sea matizada de la siguiente manera: la imposibilidad de acceder de forma directa a los estados mentales constituye un problema para la determinación de la imputabilidad, porque representa una dificultad para el diagnóstico psicopatológico del procesado, y no porque las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado deban ser constatadas o comprobadas empíricamente en el proceso.

En este trabajo partimos de que existe una diferencia entre el diagnóstico de trastornos mentales en el procesado, y el juicio sobre sus capacidades de comprensión y/o autodeterminación. Ya se ha explicado que el diagnóstico de trastornos mentales constituye desde el punto de vista procesal, una actividad de verificación de hechos internos en el individuo. Se trata de una actividad que consiste en verificar si el procesado está afectado por una patología psiquiátrica de las que se describen en los manuales de clasificación y diagnóstico. De tal suerte que hablamos de un juicio acerca de lo que está o no dado como un hecho por fuera del derecho en la psiquis del procesado.

En cambio, el juicio sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación no es una actividad de verificación de un hecho, sino de imputación de cualidades o atributos a un individuo. El juicio sobre la imputabilidad consiste en determinar si es válido atribuir al procesado una cualidad consistente en comprender el sentido de su acción, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. En esta forma, se trata de un juicio que versa sobre las cualidades que es válido atribuir al procesado, dada la verificación previa de un hecho consistente en la existencia o no de psicopatologías en la psiquis del individuo.

Teniendo presente la diferencia anterior, la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales del individuo constituye un problema para la determinación de la imputabilidad porque dificulta la posibilidad de verificar de forma fiable la existencia de patologías en el procesado. Dicho de otra

forma, es un problema porque dificulta la constatación de los hechos que el programa de operación del sistema jurídico exige verificar para poder procesar las comunicaciones en alguna de las formas del código imputable / inimputable. En cambio, como la comprensión y la autodeterminación no son hechos que puedan ser constatados como se constata la existencia de un objeto, sino cualidades o atributos que el sistema jurídico presupone en general en todos los individuos, la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales no tiene nada que ver con la atribución al procesado de la capacidad de comprender el sentido de su conducta y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Estas capacidades no son hechos internos o estados mentales cuya existencia necesite ser verificada, sino cualidades o atributos que se imputan al procesado mediante un juicio de tipo adscriptivo.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe caerse en el error de pensar que la imposibilidad de acceder a los estados mentales del individuo no tiene repercusión alguna en el juicio sobre la imputabilidad. No es eso lo que se ha dicho, y sería un error pensar de esa manera. Lo que se quiere decir es que la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales dificulta el juicio sobre la imputabilidad de manera *indirecta*, en la medida que esta imposibilidad dificulta el diagnóstico psicopatológico del procesado, el cual es a su vez un elemento de juicio fundamental dentro del razonamiento mediante el cual se elabora la decisión final sobre la imputabilidad. De esta manera, lo que debe quedar claro es que la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales sí representa un problema para el juicio sobre la imputabilidad, pero no porque sea necesario e imposible verificar empíricamente la existencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, sino porque ella dificulta el diagnóstico psicopatológico del procesado, el que a su vez constituye un elemento de juicio esencial en el juicio adscriptivo de imputabilidad.

3.2. La imposibilidad de traducir las conclusiones dadas en términos psiquiátricos a términos jurídicos.-

Para otros autores, la dificultad que tiene el juez para interpretar en términos jurídicos el dictamen del psiquiatra forense, es uno de los principales problemas para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. A este grupo pertenecen también aquellas posturas que sostienen la tesis inversa, consistente en que el problema para la determinación de la inimputabilidad es la dificultad que tiene el psiquiatra para pronunciarse en el dictamen sobre asuntos que tienen una clara connotación jurídica.¹³⁷⁷ En

¹³⁷⁷ Cfr. TAPPAN, Paul W. *Medico-legal Concepts in Criminal Law*; o también YANNOULIDIS. *Mental Illness, Rationality and Criminal Responsibility*; PERLIN, *Psychodynamics and the Insanity Defence: "Ordinary Common Sense" and Heuristic Reasoning*; WILLIAMS. *Reduction in the Protection of Mental Ill Criminal Defendants: Kansas Upholds the Replacement of The M'naughten Approach with the Mens Rea Approach, Effectively Eliminating the Insanity Defence*; DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation*

términos generales, se trata de todas aquellas posturas que encuentran que el mayor problema para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es la dificultad para traducir las conclusiones psiquiátricas en términos jurídicos.¹³⁷⁸

Es cierto que existe una importante diferencia al nivel de la función que cumplen los subsistemas jurídico y de salud respectivamente, la cual permite establecer distinciones en cuanto al enfoque con el que la psiquiatría y el derecho asumen cada una la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Al respecto, se ha dicho que corresponde al sistema del derecho el procesamiento de las comunicaciones de contenido jurídico producidas en el marco de los procesos judiciales en los que se debate la inimputabilidad por trastorno mental del acusado. El propósito con el que se lleva a cabo ese procesamiento es el de asegurar que las expectativas presuntamente defraudadas por el procesado, sigan siendo válidas al menos como expectativas, a pesar de su defraudación. En este sentido, cuando el juez debe entrar a tomar una decisión en un caso en el que existe una alegación de inimputabilidad, su preocupación es determinar si el acusado llevó a cabo una conducta que quepa calificar como delito, para saber si debe imponer la consecuencia prevista en la ley. De esta forma, el objetivo que el juez aspira realizar al valorar el estado de mental del procesado, es el de establecer si la conducta llevada a cabo por el sujeto satisface los presupuestos sustanciales y procesales de la responsabilidad penal previstos en el derecho aplicable, y de

of Criminal Insanity; SPRING, The End of Insanity; o SLOBOGIN, An End to Insanity Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases. En castellano, pueden consultarse: ECHEBURRIA, *Psicopatología y Criminología, una Difícil Interdisciplinarietà*; o también MALDONADO, *Problemas Medico-Legales en la Culpabilidad*; HIGUERA, *La Prueba Pericial Psiquiátrica en los Procedimientos Judiciales Penales y la Medicina Forense en España: Una Respetuosa Llamada <<Urgente>> de Atención*; o, finalmente, PEDRAZ, *Apuntes Sobre la Prueba Pericial en el Proceso Penal. Particular Consideración de la Pericia Psiquiátrica.*

¹³⁷⁸ Recientemente en la doctrina alemana TOEPEL ha sostenido: „Auf fremdpsychische Tatsachen zu schliessen, ist besonders schwierig der Vagheit der zur Verfügung stehenden Erfahrungssätze wegen. Insbesondere für den Übergang von den psychischen Befunden zu den Rechtsbegriffen steht kaum gesichertes Erfahrungswissen zur Verfügung. Daher sind beide Stellungnahmen, die des Gerichts und die des Sachverständigen, problematisch, wenn sie versuchen, die Schlussfolgerung auf den rechtlichen Begriff zu ziehen: Der psychowissenschaftlich ungeschulte Richter vermag die Relevanz des psychischen Befundes nicht ohne weiteres zu erkennen, der rechtsunkundige Sachverständige kennt die juristischen Begriffe nichts, im Bezug auf die er dem Gericht entgegenkommen soll. (...) Im Bereich der Vorsatzfeststellung lassen Strafverfolgungsorgane den Sachverständigen meist nur im Rahmen seines Fachgebiets z.B. über die Herabsetzung der Wahrnehmungsfähigkeit infolge Alkoholenusses ein Gutachten erstatten. Das Gericht zieht jedoch die Schlussfolgerung, ob der Angeklagte vorsätzlich gehandelt hat, ohne den Sachverständigen danach zu fragen. Im Rahmen der Schuldfähigkeit wird der psychiatrische Sachverständigen hingegen direkt nach der rechtlichen Subsumtion gefragt“ (*Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 216). En la doctrina española, URRUELA afirma: “ En este sentido, cabe situar las diferencias entre ambas Ciencias en la génesis del problema, al utilizar el Derecho el método de análisis deductivo, mientras la psiquiatría responde al método inductivo, lo que origina una dualidad de perspectivas científicas en muchos casos difícil de conciliar” (*La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 205 cita 40).

ser así, está obligado a imponer al sujeto la consecuencia también prevista en el derecho aplicable. Al alcanzar ese objetivo, el sistema jurídico cumple la función de asegurar la confianza en la vigencia de la expectativa normativa mediante la aplicación del derecho vigente, lo cual es importante para la estabilidad y funcionamiento del sistema de la sociedad.

El enfoque desde la perspectiva de la psiquiatría, que es el del sistema de salud, es completamente diferente. El sistema de salud cumple la función de mantener y promover el bienestar físico y mental de los individuos. A través de la psiquiatría, el sistema de salud se ocupa específicamente del bienestar psíquico de los individuos. Por esta razón, cuando un psiquiatra valora a un sujeto, su principal objetivo es conocer el estado de su salud mental, en orden a determinar si es necesario llevar a cabo algún tratamiento para mantener, recuperar o mejorar su bienestar. La finalidad de este procedimiento es mantener y promover el bienestar mental del sujeto, y no determinar si le allega o no algún tipo de responsabilidad de tipo jurídico, moral, social, religioso, etc. Al alcanzar ese objetivo, el sistema de salud cumple la función de asegurar la estabilidad que el sistema de la sociedad necesita en su entorno para su existencia y funcionamiento.

Esta diferencia, observable al nivel de la función, es consecuente con otra existente al nivel de la composición de los subsistemas jurídico y de salud, la cual permite hacer distinciones entre los tipos de comunicaciones producidas en el marco de los procesos judiciales en los que se debate la inimputabilidad por trastorno mental del acusado. Así, dada la función que cumple el subsistema del derecho, todas las comunicaciones de contenido jurídico relacionadas, por ejemplo, con la valoración jurídica del comportamiento del acusado, con las consecuencias jurídicas de su acción, con los procedimientos aplicables para el juzgamiento de su conducta, o con los medios probatorios aceptados para determinar su capacidad de culpabilidad, hacen parte del subsistema jurídico y deben ser procesadas por él. En cambio, todas las comunicaciones de contenido psiquiátrico relacionadas, por ejemplo, con diagnósticos del estado de salud mental del procesado al momento de cometer la conducta, con la naturaleza y características de la patología sufrida por éste en la actualidad, o con el pronóstico de evolución de dicha enfermedad, hacen parte del subsistema de salud y deben ser procesadas exclusivamente por éste, dada la función cumplida por él.

Estas diferencias al nivel de composición y función explican la existencia de otras al nivel del código y programa de operación. El sistema del derecho procesa las comunicaciones de contenido jurídico en la forma del código binario imputable / inimputable, y para ello se vale de un programa de operación que está dado por todo el conjunto de principios, reglas y criterios de procedimiento y decisión contenidos en la constitución, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, etc. En cambio, el sistema de salud procesa las comunicaciones relativas a la evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades en la forma del código salud / enfermedad, utilizando para el

efecto un programa de operación consistente en todos los principios, reglas y criterios de procedimiento y decisión contenidos en los manuales de apoyo a la práctica médica.

Según entiendo, el problema para la determinación de la imputabilidad consistiría en la dificultad para traducir las comunicaciones del subsistema de salud, que están dadas en la forma del código salud / enfermedad, a la forma del código imputable / inimputable utilizado por el subsistema jurídico.¹³⁷⁹ Esta dificultad sería latente en el hecho de que la pura existencia de una psicopatología no es suficiente para la declaratoria de inimputabilidad, habida cuenta que el derecho aplicable exige además que esa enfermedad haya afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del sujeto al punto de hacerle perder la culpabilidad. De esta manera, el problema para la determinación de la imputabilidad consistiría en que no hay forma de que el juez pueda encontrar una equivalencia entre las conclusiones del diagnóstico psicopatológico, dadas en los términos salud / enfermedad, y el sentido de la decisión judicial que debe tomar en los términos imputable / inimputable.¹³⁸⁰

Pero, por otra parte, el problema también podría verse desde la perspectiva de la psiquiatría forense. En ese caso, la dificultad consistiría en que el juez pide al perito que emita un pronunciamiento que pueda ser entendido y traducido en los términos del código imputable / inimputable, a pesar de que él, como psiquiatra, sólo puede realizar operaciones mediante un programa diseñado para procesar las comunicaciones en la forma del código salud / enfermedad. Es decir, se le pide al psiquiatra que procese las comunicaciones en una forma en que simplemente no puede hacerlo, porque el programa del sistema desde el que opera no está diseñado para ello. El programa de operación del sistema de salud sólo está dispuesto para procesar comunicaciones relacionadas con la

¹³⁷⁹ TOEPEL explica que „ Die Schuldunfähigkeit ist in § 20 StBG geregelt, der eine zweistufige Prüfung vorsieht, die sogenannte psychologisch- normative Methode. Auf einer ersten Stufe wird die Fest stellung einer der in der Vorschrift genannten vier von Varianten von psychischen Befunden verlangt. Insoweit folgt das Gesetz der Systematik Kurt Schneiders. Auf einer zweiten Stufe muss hinzutreten, Dass die auf der ersten Stufe ermittelten psychischen Befunde zur Unfähigkeit geführt haben, „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einschit zu handeln.“ Diese zweite Stufe wird von den meisten Literaturstimmen als der entscheidende Schritt betrachtet, durch den psychistische Befunde in Juristisch relevante Indizien übersetzt werden. Trotz sehr unterschiedlicher juristischer Ansichten gerade in diesem Gebiet, das für das Strafrecht von grundlegender Bedeutung ist, lassen sich bei den Empfehlungen für die Schlussfolgerung auf den rechtlichen Begriff der Schuldunfähigkeit im Rahmen der Tatsachenfeststellung weitgehende Übereinstimmungen feststellen“ (Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, pág. 217).

¹³⁸⁰ LUHMANN admite: “Sin embargo, y siguiendo a Gotthard Günther, también se puede suponer que, para sus autodescripciones, la sociedad debe utilizar operaciones trasysuntivas que contemplan la posibilidad de mostrar que cada sistema de funciones debe incluir un valor de rechazo para refutar la relevancia de los códigos de otros sistemas. A diferencia de sistemas de orientación estrictamente polivalentes, eso no tendría que entenderse como inclusión de un tercer valor en el código, sino como una observación de segundo orden, es decir, como reclamo del derecho a utilizar su propio código (y ningún otro), a pesar de que en la sociedad sí existen otros”. (El Derecho de la Sociedad, pág. 245).

evaluación, diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades, y para hacerlo en la forma del código salud/enfermedad. El programa de operación del sistema de salud no puede procesar comunicaciones de contenido jurídico, ni hacerlo en la forma del código imputable/inimputable, porque sencillamente no está diseñado para ello. Por esta razón, para los psiquiatras forenses representa un problema el que los jueces les pidan un pronunciamiento que pueda ser entendido y/o traducido en los términos del código imputable / inimputable.¹³⁸¹

Ya la doctrina se ha pronunciado acerca de lo problemático que resulta la traducción desde el código de un sistema hacia otro, y por ello un sector de la doctrina se inclina por los sistemas adaptativamente abiertos al entorno, en lugar de los sistemas cerrados y autorreferenciales. Habermas, por ejemplo, ha insistido en las dificultades encontradas por Teubner al estudiar la forma en que el derecho recibe e incorpora el “saber de hecho” de tipo económico, técnico, psiquiátrico y científico en general, y para explicar la forma en que el derecho puede ejercer influencia en otros sistemas de la sociedad.¹³⁸² Así mismo, Habermas ha sostenido que la única forma de explicar satisfactoriamente ese proceso es mediante una teoría que entienda el derecho, no como un sistema cerrado, sino como un sistema adaptativamente abierto al entorno, y que además acepte la existencia de un medio de comunicación social general que, en su caso, estaría dado por el concepto de <<mundo de la vida>>.¹³⁸³

En mi criterio, este problema de la traducción desde el código de la psiquiatría al código del derecho sólo existe si se piensa que en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es necesario algo así como la traducción de las conclusiones psicopatológicas del perito, dadas en los términos salud / enfermedad, a la forma del código imputable / inimputable en que viene dado el sentido del juicio sobre la imputabilidad. Por consiguiente, si se deja de lado la idea de que una traducción de ese estilo es necesaria, el problema automáticamente desaparece por sustracción de materia.

Ya en este mismo capítulo se explicó que en desarrollo del proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no ocurre algo así como el traslado de información desde la psiquiatría hacia el derecho. El derecho y la psiquiatría no se comunican a través de un procedimiento del tipo

¹³⁸¹ Frente a esto, LUHMANN señala: “Ciertamente existe la posibilidad de rechazar el propio código del derecho y dejar el fallo a otros contextos —por ejemplo a los códigos de la ciencia o de la moral—. Pero desde allí no existe, entonces, ningún acceso al derecho. Si hiciera falta una re-evaluación científica o moral (o económica, estética, etcétera), el derecho quedaría totalmente eliminado. Por lo mismo, tampoco existe ningún problema de fundamentación del derecho que no tuviera que resolverse en el propio derecho. Existen innumerables problemas de compatibilidad en la relación de unos programas con otros” (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 251).

¹³⁸² HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 116.

¹³⁸³ *Ibíd.*, pág. 119.

input / output que implique transferencia de información desde un subsistema hacia otro. En materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, la comunicación entre el derecho y la psiquiatría no implica la exportación e importación de información. Estos sistemas se comunican mediante la observación de las operaciones desde la posición de la autorreferencia. Lo que allí parece ocurrir es que el sistema del derecho observa las operaciones del sistema de salud, y a continuación produce internamente diferencias a partir de lo observado. Esta producción interna de diferencias genera la información en forma de argumentos que el sistema utiliza en sus operaciones, y que luego reutilizará en la forma de redundancia para asegurar la consistencia que el sistema requiere para realizar la justicia, al menos en términos de posibilidad.

El papel que en todo ello cumple el dictamen pericial psiquiátrico es servir de lente para la observación de las operaciones del subsistema de salud por parte del derecho. El dictamen pericial psiquiátrico es el binóculo que sirve al subsistema de organización de la decisión del sistema jurídico para observar las operaciones del sistema de salud a propósito del procesamiento de comunicaciones relacionadas con un caso en particular. El dictamen es sólo el medio a través del cual se realiza la observación, como forma de comunicación entre el derecho y la psiquiatría. Por esta razón, en la comunicación entre el derecho y la psiquiatría no hay algo así como la necesidad de traducir las conclusiones del dictamen desde el código de la psiquiatría al código del derecho.

El sistema jurídico observa el sistema de salud a través del dictamen pericial, y él sólo, de forma autorreferente, introduce internamente diferencias a partir de lo observado, generando la información y/o la redundancia en forma de argumentos que necesita para procesar sus propias comunicaciones en la forma del código imputable / inimputable. No se trata de que con el dictamen haya traslado o transferencia de información desde la psiquiatría hacia el derecho en la forma *input / output*. Por eso no hay información alguna que traducir. Se trata de que la información que necesita el sistema jurídico para procesar las comunicaciones en la forma del código *imputable / inimputable*, es generada por él mismo mediante la producción interna de diferencias a partir de la observación de la forma en que el subsistema de salud procesa las comunicaciones en el caso concreto.

Para poner un ejemplo, supónganse el caso de una madre que incurre en una tentativa de homicidio de sus hijos en el marco de un episodio de “suicidio ampliado”, provocado por la idea de que la única forma de evitarles terribles sufrimientos era quitándoles la vida y luego cometiendo suicidio. Además, piénsese que en este caso el psiquiatra forense emite un dictamen psicopatológico, en el cual concluye que esa mujer padece una depresión

psicótica con delirio nihilista y de ruina.¹³⁸⁴ En este caso, ciertamente no es posible traducir la enfermedad de la mujer —depresión psicótica con delirio nihilista y de ruina— en los términos del código imputable / inimputable, porque aún haría falta saber si esa patología realmente pudo haber afectado sus capacidades de comprensión y/o autodeterminación como para hacerle perder la culpabilidad.

Sin embargo, una traducción como esa tampoco es necesaria, porque el derecho y la psiquiatría no se comunican en este caso mediante una transferencia de información en la forma *input / output*. Es decir, no hay una información consistente en el dato: “*depresión psicótica con delirio nihilista y de ruina*”, que salga de la psiquiatría, que viaje a través de cierto espacio, y que luego deba entrar al derecho mediante un proceso de traducción en la forma imputable / inimputable. Lo que ocurre realmente es que a través del dictamen pericial, el sistema jurídico observa la forma en que el sistema de salud procesa las comunicaciones relacionadas con la evaluación y el diagnóstico de la enfermedad sufrida por esa mujer. A través del dictamen pericial, el sistema jurídico observa por ejemplo cuáles son los síntomas de una depresión psicótica, en qué consiste el delirio nihilista y de ruina como modalidad de la depresión psicótica, qué distingue está enfermedad de otras similares (diagnóstico diferencial), en qué intensidad, con qué frecuencia y con qué gravedad se suele presentar en la persona afectada, cuál es el curso de evolución normal de esa enfermedad, qué causa esa enfermedad, en caso de que se sepa, si hay forma de diagnosticarla mediante exámenes de laboratorio u otro tipo de pruebas empíricas, etc.

Gracias a esa observación, el sistema jurídico produce internamente diferencias, y genera por sí mismo la información y/o la redundancia que necesita para realizar sus operaciones. Esta información generada, o esta redundancia utilizada, consiste en nuevas comunicaciones que adquieren la forma de argumentos o razones utilizados por el subsistema jurídico para procesar sus comunicaciones en la forma del código imputable / inimputable. Para seguir con nuestro ejemplo, esa información o esa redundancia pueden consistir en los argumentos que produce el propio subsistema de organización de la decisión del sistema jurídico para afirmar que al momento de intentar el homicidio de sus hijos la mujer efectivamente comprendía el sentido de su comportamiento, pero no estaba en capacidad de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Las razones que tiene el juez para afirmar que la mujer es inimputable porque no podía autodeterminarse, son información o redundancia que el propio sistema jurídico genera mediante la producción interna de diferencias, a partir de la observación de la manera en que el subsistema de salud procesa las comunicaciones relacionadas con el caso de esa mujer. No se trata de información que venga desde la psiquiatría hacia el derecho, y que deba ser traducida. Se trata, repito, de información en la forma de argumentos,

¹³⁸⁴ Ejemplo tomado de VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, pág. 942.

generada por el propio sistema jurídico desde la posición de la autorreferencia, a partir de la heterorreferencia.

Si se tiene en cuenta todo lo anterior, es relativamente fácil concluir que la imposibilidad para traducir las comunicaciones del código de la psiquiatría al código del derecho, es un problema que sólo existe en apariencia debido a una inadecuada comprensión del proceso de comunicación entre el sistema jurídico y el sistema de salud. Es decir, se trata de un problema que no es real, ya que en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no existe tal necesidad de llevar a cabo algo así como la traducción de información dada en términos psiquiátricos a términos jurídicos.

3.3. La dificultad para estabilizar la validez de la decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-

De todo lo dicho hasta este momento pueden extraerse, fundamentalmente, dos conclusiones: en primer lugar, que la imposibilidad para acceder directamente a los estados mentales constituye un problema que dificulta el juicio sobre la imputabilidad, no porque sea necesario verificar empíricamente la existencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, sino porque dificulta el diagnóstico psicopatológico del procesado, el que a su vez constituye un elemento esencial en el juicio adscriptivo de imputabilidad —en esa medida, se trata de un problema indirecto—; y en segundo lugar, que la imposibilidad para traducir las conclusiones psiquiátricas en términos jurídicos es un problema que sólo existe en apariencia, debido a una inadecuada comprensión del proceso de comunicación entre el sistema del derecho y el sistema de salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, surge la pregunta acerca de ¿cuál es entonces el verdadero problema del juicio sobre la imputabilidad?, o mejor dicho, ¿qué es realmente lo que hace tan difícil determinar la inimputabilidad por trastorno mental del procesado? Pues bien, en respuesta a esta pregunta, considero que la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental tiene un problema que consta fundamentalmente de cuatro partes:

Como se recordará, el sistema jurídico opera sus comunicaciones a través de un código binario cuyos extremos son excluyentes. En materia de imputabilidad, el carácter binario del código que opera el sistema del derecho impone al juez la obligación de emitir un pronunciamiento en uno de dos sentidos posibles: imputable / inimputable. De esta forma, por razón del carácter excluyente de los dos extremos del código, y de la prohibición de denegación de justicia, el juez está obligado a hacer una elección y determinar si el procesado es imputable o inimputable, sin posibilidad de declarar las dos cosas al mismo tiempo, o de inhibirse de decidir. En consecuencia, la primera parte del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno

mental consiste en que el juez tiene la obligación que adoptar una y sólo una decisión, entre las dos alternativas que le ofrece el código.¹³⁸⁵

Sumado a lo anterior, no es suficiente que el juez elija y pronuncie su decisión. Además, el juez está obligado a motivar su pronunciamiento, explicando las razones que tuvo para declarar al procesado imputable o inimputable.¹³⁸⁶ Para fundamentar esa decisión, el juez tiene que tomar en consideración los aspectos jurídicos y fácticos del caso. Concretamente, tiene que tomar en cuenta las normas que regulan las condiciones de imputabilidad en el derecho vigente, y la verificación de los hechos que condicionan la aplicación de esas normas:

- i) En cuanto a la consideración de los aspectos fácticos, ésta se lleva a cabo mediante la verificación de los hechos a partir de los elementos de prueba allegados al proceso. En materia de imputabilidad, el más importante de esos elementos de prueba es el dictamen psicopatológico, mediante el cual se verifica la ocurrencia de un hecho dado por fuera del sistema jurídico, consistente en la existencia de trastornos mentales en el procesado al momento de ejecutar la conducta punible. Este dictamen psicopatológico es relevante porque el hecho que permite verificar ocurre al interior del sujeto —es un hecho interno—, y la forma más confiable de hacerlo que conocemos es el método de diagnóstico psiquiátrico.
- ii) Por su parte, la consideración de los aspectos jurídicos de la decisión se lleva a cabo mediante la elaboración de un discurso de aplicación que satisfaga el principio de adecuación, y orientado en lo penal por el método teleológico político-criminal. Esto significa, en primer lugar, que el juez debe determinar si los hechos verificados se adecuan a la hipótesis descrita en las normas que prevén los requisitos de la imputabilidad, o lo que es lo mismo, corresponde al juez determinar si el procesado satisface las condiciones contempladas en el derecho aplicable para que le sea imputada la capacidad de comprender el sentido de su acción, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

Pero además, y en segundo lugar, aquello significa también que el juez debe llevar a cabo una ponderación de las diferentes consecuencias político-criminales de cada una de las diferentes alternativas de decisión, para determinar cuál de ellas contribuye mejor a realizar los valores ético-

¹³⁸⁵ “Sólo el código que permite atribuir la conformidad (o la no conformidad) con el derecho, pero que la deja abierta, puede producir la incertidumbre de la que vive el proceso. Sin embargo, el proceso la aprovecha como medio para su propia autopoiesis. Utiliza incertidumbre para motivar las aportaciones, para alentar la participación, para ofrecer oportunidades (pero no resultados) y con esto llamar a los participantes a que colaboren; es decir, los convoca al reconocimiento, hasta que al fin se conviertan en prisioneros de su propia participación, teniendo pocas perspectivas de negar posteriormente la legitimidad del proceso” (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 267).

¹³⁸⁶ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*, pág. 29.

sociales positivamente reconocidos en la Constitución. En consecuencia, el juez tiene la carga de justificar discursivamente por qué la decisión adoptada conduce a las consecuencias más satisfactorias, o más deseables, desde el punto de vista político-criminal.

Lo complicado de tener que motivar la decisión es que debido a la abundancia de formas y diversidad que caracteriza cada caso, es posible que existan diferentes argumentos fácticos y jurídicos con los cuales elaborar distintos discursos para fundamentar cada una de las alternativas de decisión a las que se enfrenta el juez en materia de imputabilidad. De hecho, en esta materia lo usual es que haya por lo menos dos tipos de discursos diferentes para fundamentar cada una de las dos alternativas de decisión posibles: el de la defensa y el de la acusación. Y por supuesto, en materia de imputabilidad también es posible que cada una de las partes tenga más de un discurso para fundamentar la alternativa de decisión que defiende, lo cual multiplica la cantidad y diversidad de discursos posibles.

A lo anterior debe sumarse que, en materia de inimputabilidad por trastorno mental, los discursos pueden variar en función tanto de su postura frente a los hechos, como de su postura frente al derecho:

- i) Respecto a lo primero, es claro que al interior de un mismo proceso es posible asumir diferentes posturas acerca de la verificación de los hechos, y que ello puede dar origen a distintos discursos de aplicación. Por ejemplo, las dificultades inherentes al diagnóstico psiquiátrico pueden en algunos casos producir diferentes posturas acerca de la existencia de trastornos mentales en el procesado, y en ese caso los argumentos para defender las distintas posturas pueden dar lugar a diferentes discursos de aplicación: por un lado, podría dar lugar a un discurso que afirme que el sujeto sí estaba afectado por un trastorno mental, debido al cual no puede imputársele la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión; y por otro lado, podría también dar lugar a un discurso que afirme que el sujeto no estaba afectado por un trastorno mental, razón por la cual pueden atribuírsele dichas capacidades.¹³⁸⁷
- ii) Y en lo que atañe a lo segundo, nótese que aun cuando al interior del proceso no haya discusión sobre los hechos, es perfectamente viable asumir diferentes posturas jurídicas. Por un lado, es posible que surjan diferentes discursos acerca de la adecuación de los hechos a las normas que regulan los presupuestos de la imputabilidad. Por ejemplo, aun estando de acuerdo en que el procesado padecía un trastorno mental determinado, son posibles diferentes discursos respecto a si esa patología impide

¹³⁸⁷ En este mismo sentido parece pronunciarse URRUELA. *La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 196.

atribuirle la cualidad de comprender el sentido de su acción y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

Y por otro lado, también es posible que aparezcan distintos discursos acerca de cuál de las alternativas de decisión conduce a las consecuencias político-criminales más satisfactorias. Por ejemplo, aun estando de acuerdo en que el procesado padece un trastorno mental, es posible que surjan diferentes discursos acerca de si la imposición de una medida de seguridad es político-criminalmente conveniente para garantizar la vigencia de un valor constitucional como la seguridad de los miembros de la comunidad.

Al respecto, es importante recordar que el método teleológico político-criminal pretende superar la estrecha visión de aquellos modelos que sólo se preocupan por la corrección sistemática de la decisión, orientándose explícitamente a garantizar que en cada caso concreto la decisión conduzca a las consecuencias más satisfactorias.¹³⁸⁸ En ese sentido, puede decirse que el método teleológico político-criminal tiene como criterio rector una valoración de las posibles consecuencias de la decisión. El problema es que el carácter consecuencialista de este método tiene una serie de limitaciones,¹³⁸⁹ entre las cuales se destaca la dificultad para establecer “la

¹³⁸⁸ ROXIN, *Política Criminal y ...* pág. 102.

¹³⁸⁹ En su trabajo titulado *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, LUHMANN hace un extenso y detallado análisis de las objeciones que existen a la adopción de un modelo consecuencialista para la determinación del derecho. Algunas de las más importantes críticas al modelo consecuencialista que trae LUHMANN son, a mi juicio, las siguientes:

i) En primer lugar, el recurso a las consecuencias de la decisión, como criterio para la determinación del derecho, puede producir problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica. El punto fuerte de esta crítica consiste en que al orientar el tema jurídico por las posibles consecuencias de las decisiones, se genera un espacio de indeterminación que hace imposible para el ciudadano normal predecir las consecuencias jurídicas de su comportamiento y orientarse en su vida cotidiana conforme a dichas predicciones. A la sazón, para saber si un determinado comportamiento está permitido o prohibido por el derecho, el individuo no sólo tendría que prever las posibles alternativas de decisión que tendría el juez en su caso, sino también las posibles consecuencias de esas decisiones. Ello implica claramente un excesivo ejercicio de suposiciones que no contribuye a la seguridad jurídica en la sociedad, y que resquebraja las libertades fundamentales de los individuos (Cfr. LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 68).

ii) En segundo lugar, el recurso a las consecuencias de la decisión como criterio para la determinación del derecho puede representar en la práctica un obstáculo para la consistencia del sistema jurídico, y por consiguiente, para la realización de la justicia al menos en términos de posibilidad. El argumento central de esta crítica consiste en que la orientación a las consecuencias obliga a la valoración de cada caso de manera individual, lo cual implica una diferenciación que dificulta establecer reglas generales para tratar los casos iguales en forma igual y los casos diferentes en forma distinta. (Cfr. LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 74).

iii) En tercer lugar, y en conexión con la crítica anterior, si bien es cierto que la idea de que ningún caso es igual a otro no contradice necesaria y lógicamente el principio de igualdad, en la práctica la búsqueda de la consistencia en un sistema jurídico orientado a las consecuencias implica un cambio de orientación que lo aleja de la realidad y de su propósito original. Si un sistema jurídico orientado a las consecuencias busca ser consistente, debe necesariamente tomar en cuenta y privilegiar las consideraciones relativas a las consecuencias que tendrá la

relación de valor de las consecuencias de las diferentes alternativas de decisión".¹³⁹⁰ Al respecto, nótese que ya al nivel más elemental, una decisión judicial tomada a través del método teleológico político-criminal implica una ponderación de las consecuencias que tendrían las diferentes alternativas de decisión. De hecho, en casos como el de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, la decisión judicial está marcada como mínimo por esa dicotomía entre la esfera pública y la esfera privada de la decisión: por la posible confrontación entre las consecuencias que tiene la decisión para las partes, por un lado, y para la comunidad, por el otro. De esta forma, el método teleológico político-criminal se enfrenta al problema de que en cada caso concreto resulta necesaria la realización de una ponderación de las consecuencias de las diversas alternativas de decisión, sin contar con criterios claramente determinados para la asignación de valor.

Llevado a un nivel mucho más concreto, podría decirse que el problema del método teleológico político-criminal consiste en que no hay forma de cuantificar o medir objetivamente el valor asignable a las diferentes consecuencias posibles, y por esa razón la decisión termina siendo tomada en función de lo que puede considerarse como lo más "deseable", o lo más "satisfactorio". Así, el método teleológico político-criminal termina abriendo un espacio bastante amplio de indeterminación en el cual cabe una variedad muy amplia de diferentes discursos para fundamentar, en cada caso, cuál de todas las diferentes alternativas de decisión produce la consecuencia más "deseable", más "satisfactoria". De alguna manera, podría decirse que con la incorporación del método teleológico-político criminal, lo que ocurre es una redefinición del problema, pero no su solución: *el problema consiste ahora en saber cuál de todas las combinaciones de decisión y discurso de aplicación produce las consecuencias más "deseables", más "satisfactorias" desde el punto de vista político-criminal*.¹³⁹¹

decisión para el propio sistema de derecho. Esto ocurre siempre que el juez se cuestiona a sí mismo "*qué posibilidades o imposibilidades de decisión me abro para otros casos futuros si me atengo en éste a una u otra alternativa*". (LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 78). En el momento en el que se privilegian las consideraciones relativas a las consecuencias jurídicas de la decisión, o sea, a las consecuencias de la decisión para el propio sistema jurídico, entonces se dejan de lado las consecuencias reales del caso a las que originalmente estaba orientado el sistema. De esta forma, la búsqueda de consistencia hace que el consecuencialismo del sistema jurídico deje de ser una orientación a las consecuencias reales, para convertirse en una orientación a las consecuencias sistemáticas, que es precisamente lo que el consecuencialismo busca superar.

¹³⁹⁰ LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 67.

¹³⁹¹ En este mismo sentido ver LUHMANN. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, pág. 68. También puede verse ALEXI, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pág. 25. Siguiendo a este último autor, bien podría pensarse que un método como: *Interpretar las normas de modo que éstas cumpla los fines político-criminales*, puede conducir a decisiones ambiguas si dos interpretes tienen conceptos opuestos acerca de los propósitos político-criminales existentes en una determinada sociedad.

De acuerdo con lo anterior, puede decirse que la segunda parte del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental consiste en que se trata de un asunto en el que la abundancia de formas y matices, no sólo enfrenta a los jueces a una constelación inabarcable de posibilidades de casos diferentes, sino que también hace que sean posibles diferentes soluciones para un mismo caso. Podría decirse que la riqueza de variedad, que la proliferancia de diversidad que caracteriza a la realidad sobre la cual deben fallar los jueces en materia de inimputabilidad por trastorno mental, no sólo hace que cada caso sea diferente, sino que además permite asumir cada caso desde diferentes perspectivas, bajo distintos presupuestos, y por consiguiente, encontrar diferentes argumentos para distintas soluciones posibles. En consecuencia, la obligación de motivar la decisión, de explicar las razones de la elección, pone al juez en el predicamento de tener que elaborar su propio discurso de aplicación a partir de una multiplicidad y variedad de argumentos posibles, tanto a favor como en contra de cada una de las alternativas de decisión. O como mínimo, lo pone en el predicamento de tener que elegir y adoptar como suyo alguno de los diferentes discursos ofrecidos por las partes en sus alegaciones.

Adicionalmente, es muy importante tener en cuenta que el problema no se contrae únicamente a tener que realizar una elección entre dos alternativas de decisión y multiplicidad de argumentos para su fundamentación. Sumado a ello, hay que tomar en consideración que la definición de los criterios para realizar esa elección también constituye un problema.

En efecto, no es suficiente que la decisión sobre la imputabilidad esté motivada. Además, se requiere que esta decisión sea válida como derecho, y esto supone que los argumentos que la fundamentan sean también a su vez válidos.¹³⁹² De acuerdo con esto, la tercera parte del problema de la determinación de la imputabilidad consiste en saber cuáles son las condiciones para que la decisión pueda ser considerada válida como derecho. A la sazón, nótese que para poder establecer si la decisión es válida como derecho hay que definir, por un lado, de qué depende que la decisión sea válida como derecho, y por otro lado, en qué consiste ese requisito. Por ejemplo, podría decirse que la validez de la decisión depende de que ésta sea justa, y entonces hay que definir qué se entiende por justicia. Lo mismo aplica si utilizamos otro tipo de condiciones para la determinación de la validez de la decisión, tales como la verdad, la corrección, la coherencia, la consistencia, etc. Lo importante es retener que sólo en la medida que se haya determinado en qué condiciones la decisión sobre la imputabilidad es válida, es posible establecer cuál es el criterio que debe utilizar el juez para elegir, entre todos los discursos posibles, aquel que estabiliza la validez de su decisión. Y este es precisamente el

¹³⁹² *“Lo importante es tener en cuenta que del hecho de que sean posibles respuestas diferentes no se infiere que todo sea posible. Un aporte esencial del procedimiento consiste en la exclusión de posibilidades”.* (ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 80).

problema, porque no es fácil responder a la pregunta acerca de cuál es el criterio que debería utilizar el juez para elegir el discurso que estabilizara la validez de su decisión.

Finalmente, la cuarta parte del problema consiste en verificar si la decisión adoptada por el juez es válida como derecho. Suponiendo que se hubiera resuelto el problema de determinar en qué condiciones la decisión sobre la imputabilidad es válida como derecho, aún queda pendiente la cuestión de saber cómo se puede comprobar si la elección realizada por el juez realmente cumple esa condición. La definición del método o técnica que nos permita saber si la decisión sobre la imputabilidad es válida como derecho representa un problema, ya que la validez constituye un valor que no es susceptible de medición o constatación empírica. Haciendo abstracción de la controversia acerca del concepto mismo de validez, es un hecho que no hay forma de obtener una prueba concluyente acerca de su existencia, y esto constituye uno de los problemas más importantes de la teoría del derecho desde tiempos inmemoriales.

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo dicho hasta este punto, es necesario aclarar que en cierta medida, pero sólo en cierta medida, esta postura es compatible con la de aquellos autores que abordan el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde una perspectiva eminentemente jurídica, en el nivel de los conceptos dogmáticos; es decir, con la de aquellos autores que presuponen que la dificultad para la determinación judicial de la imputabilidad se halla en la ambigüedad o vaguedad de la definición contenida en la ley, y que por eso se esfuerzan en el estudio dogmático de las normas y los conceptos jurídicos relacionados con ella.¹³⁹³ La postura sostenida en este trabajo reconoce que es cierto que en alguna medida

¹³⁹³ En esta categoría podrían incluirse, para comenzar, la mayoría de los manuales de derecho penal general que dedican una parte al estudio del concepto de imputabilidad, en el entendido que en todos ellos se hace un esfuerzo por explicar su verdadero sentido, y por ofrecer una teoría clara y sistemática para su aplicación. Tal es el caso de obras como MIR PUIG, *Derecho Penal...* pág. 556 y ss.; JESCHECK, *Tratado...* § 40, I, 1.; ROXIN, *Derecho Penal...* § 20, A, I, 1. Adicionalmente, también se encuentran en la literatura trabajos dedicados especialmente al estudio dogmático de la imputabilidad, tales como: CARMONA CASTILLO, Gerardo. *Imputabilidad Penal*; DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Imputabilidad y Culpabilidad*; GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Imputabilidad Disminuida. Determinación y Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad*; MATEO AYALA, Eladio José. *La Imputabilidad del Enfermo Psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*; MATEO AYALA, Eladio José. *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*; MATEO AYALA, Eladio José. *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania, Italia, Francia*; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*; NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Imputabilidad, Consecuencia de lo Injusto y Contexto Situacional Normal: su objeto, contenido y relación*; BERTOLINO, Marta. *L'Imputabilità e il Vizio di Mente nel Sistema Penale*; KÖHLER, Michael. *La Imputación Subjetiva: Estado de la Cuestión*. (Aunque este último autor no se ocupa exclusivamente de la inimputabilidad por trastorno mental, sino de la imputación subjetiva, lo incluyo por cuanto su trabajo guarda estrecha relación con aquel tema).

les allega razón a esos autores, ya que la indeterminación del derecho aplicable en materia de inimputabilidad da lugar a la posibilidad de diversas interpretaciones del mismo texto legal, lo cual facilita la coexistencia de diversos discursos para fundamentar la decisión tanto en un sentido como en otro. También esta postura admite que la vaguedad o ambigüedad de los conceptos utilizados por el legislador puede propiciar la coexistencia de diversas interpretaciones y de diferentes discursos para fundamentar la decisión en un sentido u otro.

Sin embargo, es un error reducir este problema a un asunto de pura interpretación normativa, y tratar de solucionarlo sólo al nivel de los conceptos dogmáticos. El problema de la estabilización de la validez de la decisión va mucho más allá de ser un simple problema de interpretación, y por eso en este trabajo se toma distancia frente a aquellos autores que pretenden resolver el problema, mediante la elaboración de una teoría aclaratoria del concepto de imputabilidad. Desde mi punto de vista, determinar cuál de todos los discursos posibles permite estabilizar de mejor manera la validez de la decisión judicial, es uno de los mayores problemas que enfrenta la teoría del derecho en la actualidad, y precisar los conceptos puede ayudar en algo pero no resuelve el problema. Por esta razón, es necesario abordar la solución a este problema a un nivel mucho más fundamental, como lo es el del estudio de la racionalidad implícita en la decisión judicial, y para ello es muy útil la aplicación de la teoría de la racionalidad comunicativa.

De esta manera, y teniendo claro que el problema del juicio sobre la imputabilidad consiste en que es muy difícil determinar cuál de todos los discursos posibles permite estabilizar la validez de la decisión, en lo que sigue intentaré ofrecer una tentativa de solución. Para tal efecto, haré uso de la racionalidad procedimental como forma de racionalidad comunicativa.

3.4. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

- i) La imposibilidad para acceder directamente a los estados mentales constituye un problema que dificulta el juicio sobre la imputabilidad, no porque sea necesario verificar empíricamente la existencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, sino porque dificulta el diagnóstico psicopatológico del procesado, el que a su vez constituye un elemento esencial en el juicio adscriptivo de imputabilidad. En esa medida, la imposibilidad para acceder directamente a los estados mentales constituye un problema que afecta de modo indirecto el juicio sobre la imputabilidad.

- ii) Las conclusiones contenidas en el dictamen pericial no necesitan ser traducidas por el juez en términos jurídicos, porque la comunicación entre el derecho y la psiquiatría no se produce mediante transferencias de información en la forma *input / output*. Mediante el dictamen, pericial el juez observa la manera en que la psiquiatría procesa las comunicaciones relativas al estado de salud mental del procesado, y luego introduce internamente, por sí mismo, diferencias a partir de lo observado, con lo cual genera la información o la redundancia en forma de argumentos que utiliza para fundamentar su determinación sobre la imputabilidad. Por esta razón, la imposibilidad para traducir las conclusiones psiquiátricas en términos jurídicos es un problema que sólo existe en apariencia, debido a una inadecuada comprensión del proceso de comunicación entre el sistema del derecho y el sistema de salud.
- iii) El principal problema que enfrenta la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental tiene que ver con la manera de estabilizar la validez de la decisión en el contexto de situaciones en las que existen varias alternativas de decisión posibles. Más concretamente, el problema del juicio sobre la imputabilidad consiste en que es muy difícil determinar cuál de todas las alternativas de discursos posibles permite estabilizar la validez de la decisión.

4. La racionalidad comunicativa como propuesta frente al problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-

En el apartado precedente se explicó cómo es perfectamente posible que, en un caso cualquiera en el que se discuta la inimputabilidad por trastorno mental, puedan surgir una gran cantidad de argumentos diferentes que hacen posibles distintos discursos para fundamentar la decisión tanto en un sentido como en otro. Allí se concluyó que el problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental consiste en que no es fácil para el juez elegir, entre las diversas alternativas de discursos posibles para fundamentar su decisión, aquel que permita satisfacer *las condiciones discursivas de validez del derecho*.

4.1. El principio de discurso como condición general de validez de la decisión general.-

Para aproximarse a una solución a este problema conviene recordar que la teoría de la acción comunicativa propone un “*concepto discursivo del derecho*”¹³⁹⁴ de acuerdo con el cual la estabilización de la validez del orden

¹³⁹⁴ Una exposición sintética del concepto discursivo de derecho de Habermas, muy importante debido a la autoridad académica y prestigio de su autor, se encuentra en ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, pág. 226. Un estudio crítico del concepto

jurídico se logra mediante la realización del *principio de discurso*. Este principio de discurso postula, fundamentalmente, que sólo son válidas “*aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*”.¹³⁹⁵ Esto significa que de conformidad con el principio de discurso, sólo son válidas aquellas normas en torno a las cuales los posibles afectados podrían llegar a un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado,¹³⁹⁶ o dicho con otras palabras, para que la validez del orden jurídico quede estabilizada se requiere que la pretensión de validez de las normas sea intersubjetivamente reconocida por todos los intervinientes.¹³⁹⁷

En aquellas sociedades que por su diferenciación han dejado atrás el etnocentrismo y han dado paso al pluralismo y a la igualdad como principios básicos de su organización, este principio de discurso resulta sumamente abstracto para estabilizar directamente la validez de las normas. La alta diferenciación de las sociedades modernas hace realmente muy difícil, por no decir imposible, establecer cuándo una norma puede ser aceptada por todos los intervinientes como participantes racionales en la discusión. Por esta razón, el principio de discurso debe especificarse en otro principio mucho más concreto: el *principio democrático*. De acuerdo con este principio democrático, la validez de las normas depende de que sean producidas mediante un procedimiento de interacción comunicativa libre de coacciones entre todos los posibles afectados, el cual permita la obtención de un entendimiento a través del puro intercambio de razones.

El principio democrático estabiliza la validez de las normas jurídicas asegurando que el procedimiento de producción del derecho respete el principio de discurso, sin prejuzgar en forma alguna el contenido normativo de las nuevas disposiciones. Esto significa que para la estabilización de la validez del ordenamiento jurídico, el principio democrático no prejuzga cuál debería ser el contenido de esa normatividad ideal que permite alcanzar el acuerdo

discursivo del derecho propuesto por Habermas puede encontrarse en ROSENFELD, Michael. *Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?* pág. 82.

¹³⁹⁵ HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 172.

¹³⁹⁶ En este punto existe un claro distanciamiento entre HABERMAS y LUHMANN. Este último autor sostiene que “*Sin embargo, un criterio así en vistas de poder distinguir la validez de la no validez no puede ser comprobado en el fuero: no es justiciable, no se puede practicar dentro del sistema jurídico mismo. Una mirada rápida a las afectaciones que se produce por cuestiones de ‘ecología’ debería ser suficiente para aclarar esto. Lo de Habermas puede funcionar sólo como ficción jurídica. Se supone que el requerimiento de un consentimiento racional se cumple, si se observan las reglas habituales de procedimiento reguladas por el derecho estatal. Partiendo de ese supuesto, se podrían desarrollar ciertas mejoras en los procedimientos legales —aunque esta introducción o no introducción de mejoras, no tendría efectos sobre la validez del derecho—. Un sistema universal de examinación que consistiera en la validez no validez normativa para cada norma jurídica, al parecer no se puede transformar en programa practicable. La validez se fundamenta en una especie de idealización de lo ausente*”. (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 156).

¹³⁹⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 18.

intersubjetivo racionalmente motivado de todos los intervinientes.¹³⁹⁸ En lugar de ello, el principio democrático se limita a indicar qué clase de procedimiento hace posible obtener esa “*regulación normativa de interacciones estratégicas en las que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo*”.¹³⁹⁹ Dicho de otra forma, el principio democrático se contrae a determinar cuáles son las características del procedimiento que aseguran la producción de normas válidas como derecho. Por esta razón, puede concluirse que *el principio democrático estabiliza la validez del derecho mediante la aplicación de una racionalidad de tipo procedimental*.¹⁴⁰⁰

En relación con las decisiones judiciales, el principio democrático cumple un papel fundamental en la estabilización de su validez. A tal efecto, basta simplemente tener en cuenta que las decisiones judiciales son también normas jurídicas —aunque sus efectos vinculante sean en muchos casos relativos sólo a las partes involucradas en el litigio—, y que por consiguiente su validez debe estabilizarse de la misma forma que las demás normas del ordenamiento jurídico: mediante la producción a través de un procedimiento regulado por normas que a su vez sean válidas.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el programa de operación del derecho no sólo contiene normas que regulan expectativas de comportamiento, sino también normas que regulan expectativas acerca del procesamiento de expectativas de comportamiento. Siguiendo la línea de una larga tradición conceptual, puede decirse que el ordenamiento jurídico tiene no sólo normas primarias que ordenan o prohíben comportamientos, sino también normas secundarias que reglamentan la producción de las normas primarias.

Lo interesante de esta diferenciación es que permite entender cómo la validez adquiere forma a través de la aplicación del derecho mismo: las normas jurídicas son válidas como derecho bajo la condición de que hayan sido producidas mediante la aplicación de normas que, a su vez, sean válidas como

¹³⁹⁸ En este sentido, esta postura es compatible con la tesis defendida por autores como MAIER, quien sostiene: “*El Derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que se establecen formas de convivencia (organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden, en busca de una más perfecta convivencia pacífica, y los cambios sociales que se producen a medida que se transforman las condiciones demográficas y el ejercicio del poder en una comunidad;(...*” (Vol. b.... pág. 17).

¹³⁹⁹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 88.

¹⁴⁰⁰ Para una explicación crítica de la forma en que el recurso al “procesalismo” (racionalidad procedimental) contribuye a estabilizar la validez (legitimidad) del derecho, puede consultarse ROSENFELD, Michael. *Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?* pág. 82. Por otra parte, en relación con este “procesalismo” implícito en la propuesta discursiva del derecho de Habermas, FLYVBJERG (*Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?* pág. 66) sostiene que el principal problema de su teoría es que “*nos describe la utopía de la racionalidad pero no cómo llegar hasta allí. Habermas mismo menciona la falta de <<instituciones cruciales>>, la falta de <<socialización crucial>> y la <<pobreza, abuso y degradación>> como barrera para la toma de decisiones discursivas*”.

derecho. En esta forma, la validez de las normas primarias está determinada por la validez de las normas secundarias. Es decir, la validez de las normas primarias depende de que el procedimiento para su producción haya seguido las disposiciones contenidas en normas secundarias consideradas a su vez como válidas: las normas son válidas si son producidas conforme a normas válidas, y son inválidas si son producidas conforme a normas inválidas.

La consecuencia más importante de este razonamiento procedimental es que para verificar la validez de una norma primaria no hay que salir a contrastar su contenido por fuera del derecho —por ejemplo a la moral, o a la facticidad—, sino que basta comprobar que han sido emitidas conforme a un procedimiento regulado por normas consideradas a su vez como válidas.

Esta disposición del derecho para definir el procedimiento para la producción del derecho, es lo que hace aparecer la idea de que es el derecho mismo el que determina lo que es y lo que no es derecho. A través de esta idea, la racionalidad procedimental desvela en toda su extensión el carácter eminentemente *reflexivo* del derecho: *“Sólo el derecho es de por sí reflexivo en este sentido; contiene reglas secundarias que sirven a la generación de normas primarias de regulación o control de comportamientos”*.¹⁴⁰¹

Esta reflexividad que adquiere el derecho desde la perspectiva de la racionalidad procedimental es de suma importancia para entender la forma en que se desenvuelve la paradoja implícita en la relación entre facticidad y validez que atraviesa transversalmente el derecho. Gracias a la racionalidad procedimental, el sistema jurídico adquiere la reflexividad que permite entender cómo es que la validez del derecho se funda en el propio derecho. Es decir, cómo es que nace legitimidad a partir de la legalidad; cómo es que la validez no se fundamenta recurriendo a elementos externos al sistema jurídico, como por ejemplo la moral, sino apelando a un elemento del propio sistema de derecho, como lo es el principio democrático.¹⁴⁰² En resumidas cuentas, permite desdoblarse la tautología, también presente en otras concepciones sociológicas modernas del derecho,¹⁴⁰³ de acuerdo con la cual: *“vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir, cobra fuerza jurídica, y, pese a la posibilidad jurídicamente dada de quedar derogado en algún momento, mantiene mientras ello ocurra dicha fuerza o vigor”*.¹⁴⁰⁴

En relación con las decisiones judiciales, la racionalidad procedimental implícita en el principio democrático tiene como consecuencia que, para estabilizar la validez de la decisión, no se necesita verificar que ella realmente sea aceptada

¹⁴⁰¹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 182.

¹⁴⁰² En este mismo sentido, cfr. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas*, pág. 91. En derecho penal esta posición es compartida por JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*, pág. 28.

¹⁴⁰³ Esta tautología también tiene su lugar especial en la teoría de sistemas, aunque allí es desdoblada o superada de forma distinta.

¹⁴⁰⁴ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 91.

por todos los posibles afectados como participantes racionales en la discusión. Basta simplemente que la decisión judicial haya sido producto de un procedimiento regulado por normas consideradas válidas como derecho.¹⁴⁰⁵ *Para estabilizar la validez de la decisión no es necesario salir del derecho, por ejemplo, a constatar si es un hecho que la decisión fue intersubjetivamente aceptada por todos los miembros de la comunidad, o si la decisión es materialmente correcta o verdadera. Es suficiente que la decisión sea producto de un procedimiento considerado por el propio derecho como válido.*¹⁴⁰⁶

Otra cosa muy distinta son las condiciones en que las normas que regulan el procedimiento de producción de la decisión pueden ser consideradas válidas por el propio derecho. Es decir, la cuestión de si las normas que regulan el procedimiento a través del cual se produjo la decisión judicial son válidas como derecho, es muy diferente de la pregunta acerca de si la decisión misma es válida como derecho. La validez de la decisión judicial sólo depende de que haya sido producida a través de un procedimiento conforme a normas válidas. En cambio, la validez de las normas que regulan el procedimiento para la producción de la decisión judicial depende de que ellas hayan sido producidas mediante un procedimiento de interacción comunicativa libre de coacciones entre todos los posibles intervinientes, el cual haga posible alcanzar un entendimiento basado en el puro intercambio de argumentos. Por esta razón, sólo es plausible concluir que la validez de las decisiones judiciales depende de que sea producto de un procedimiento que satisfaga el principio de discurso, en la medida que se aclare que las que deben satisfacer ese principio son las normas de procedimiento, y que a la decisión le basta apegarse a este último.

Es cierto que las normas que regulan el procedimiento para la producción de decisiones judiciales también son producto de un procedimiento legislativo, y

¹⁴⁰⁵ Esta posición es compartida por autores como HART, LUHMANN, ALEX Y HABERMAS, a pesar de las importantes diferencias que existen entre ellos. Para HART, por ejemplo, las sentencias judiciales no son verdaderas o falsas, sino afirmadas o revocadas. La firmeza de una providencia no se debe o fundamenta en su veracidad o aserto, sino en la norma secundaria que reviste al juez de autoridad para proferirla (PÁRAMO, Juan R de. *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*). HABERMAS (*Facticidad y Validez*, pág. 307) por su parte, hace depender la validez de la decisión de la validez de la norma secundaria que regula el procedimiento para la producción de la decisión. Para LUHMANN (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 166) la validez es un símbolo que no está determinado por factores externos al sistema, sino por el procedimiento implementado por éste para regular y limitar la forma en que se puede modificar el derecho. En el caso de ALEX Y (*Derecho y Razón Práctica*, pág. 21), este considera que la forma de no renunciar a una teoría que permita encontrar una, y sólo una, decisión judicial válida para cada caso, es enfocando la validez de la decisión mediante la aplicación de la razón práctica, de manera que ésta dependa del procedimiento y de las reglas de argumentación y no del contenido material de los argumentos.

¹⁴⁰⁶ Al respecto es importante la distinción que hace TIEDEMANN entre los medios que el Estado tiene a su disposición para realizar los fines del proceso penal, diferenciando los medios <<adecuados>> de los medios <<conformes a derecho>>. Esta distinción es importante porque no todos los medios adecuados son necesariamente conformes a derecho. Esta distinción ya era clara, al menos en el ámbito alemán, desde la *Peinliche Halsgerichtsordnung del Emperador Carlos V* en el año 1532 (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...*, pág. 136).

que a la luz de la racionalidad procedimental del principio democrático, en alguna medida la validez de las primeras también debería depender de la validez de las segundas. De esta forma, la lógica de la racionalidad procedimental implícita en el principio democrático adquiere cierta similitud a una cadena de transmisión. Sin embargo, si nos regresamos lo suficiente en la cadena de transmisión de validez, en algún momento hemos de llegar a un punto en el que la validez de la norma no puede depender de que el procedimiento para su producción esté regulado por otras normas consideradas a su vez como válidas. Llegada a esta instancia, la validez de la norma depende enteramente de su conformidad con el principio democrático, y entonces adquiere sentido decir que la validez de las normas que regulan el procedimiento para la producción de las decisiones judiciales depende de que éstas sean producto de un procedimiento que permita la interacción comunicativa libre de coacciones entre todos los posibles afectados, el cual además haga posible alcanzar un entendimiento basado en el puro intercambio de argumentos. Ello es así, porque sólo las normas producidas bajo un procedimiento de esas características podrían ser intersubjetivamente reconocidas por todos los posibles afectados como válidas.¹⁴⁰⁷ O lo que es lo mismo, sólo las normas producidas mediante un procedimiento que satisfaga el principio democrático pueden cumplir el principio de discurso que estabiliza la validez del orden jurídico, en las condiciones de alta diferenciación y pluralismo que caracterizan a las sociedades modernas.¹⁴⁰⁸

4.2. La racionalidad procedimental y el problema de la validez de la decisión judicial.-

Sostener que la validez de las decisiones judiciales depende únicamente de que éstas sean producidas conforme a un procedimiento regulado por normas

¹⁴⁰⁷ “Si, en efecto, la democracia es un sistema político-cultural que hace eje y revaloriza la persona humana individual como piedra angular del sistema, en oposición con toda otra doctrina que haga del Estado el prius lógico, ético-político y jurídico, también el proceso penal (legislación y praxis) se resentirá inmediatamente de tal planteamiento, e incluso en la salvaguarda de los intereses de la colectividad lesionada por el delito, estará todo orientado hacia la tutela de la libertad sustancial y procesal del imputado y de su dignidad de persona; libertad y dignidad devienen de ese modo aquellos valores —a nuestro parecer universales— indispensables para entender el proceso penal moderno” (BETTIOL. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, pág. 174).

¹⁴⁰⁸ Al respecto, ya BETTIOL señalaba: “Hoy es en esencia la opinión pública la que mediante el Parlamento hace la Ley, y por tanto, influye sobre el proceso. Se trata de un contacto extremadamente importante entre norma e historia que sirve, de este modo, para dar a la norma un contenido sentido por la conciencia pública eliminándola del peligro de ser un puro producto de escuela o de lógica abstracta, pero que, al mismo tiempo, expone la legislación a los daños de compromisos parlamentarios o a los vaivenes de la mayoría y a las contradicciones internas: elementos todos, que pesarán después gravemente sobre la vida de los institutos creados por dichas normas. Cuando la voluntad del <<príncipe>> era la única determinante, muchos inconvenientes se evitaban, y, sin embargo, subsistía el inconveniente más grave, el de una legislación desarraigada de la conciencia popular”. (*Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, pág. 173).

consideradas a su vez válidas, no parece ser suficiente. Si la validez de las decisiones judiciales dependiera única y exclusivamente de su apego al procedimiento, podría darse el caso que tuviera que reconocerse como válida una decisión incoherente, o una decisión que conduce a consecuencias tan indeseables que ninguna persona estaría dispuesta a aceptarla.¹⁴⁰⁹ Por esta razón, es necesario reconocer que la validez de la decisión no puede depender sólo de su apego a un procedimiento regulado por normas válidas, sino que debe también depender de su contenido. Más concretamente, es posible afirmar que la validez de la decisión está internamente conectada con los argumentos expuestos por el juez para apoyarla; o sea, con los discursos que la sustentan.¹⁴¹⁰

La pregunta acerca de las condiciones de validez del discurso que fundamenta la decisión judicial continúa siendo uno de los problemas más grandes de la teoría del derecho. Es una pregunta que ha ocupado a filósofos y juristas por igual desde tiempos inmemoriales, y que a pesar de todo no está resuelta. En la actualidad, sin embargo, la respuesta a esta pregunta puede intentarse desde dos puntos de vista distintos: desde la perspectiva material o desde la perspectiva procedimental.

¹⁴⁰⁹ Las formas o procedimientos, es decir, la manera externa en que se encuentran configurados y ordenados los actos individuales que componen la totalidad del proceso penal, no determinan en modo alguno la corrección, la justicia o la verdad de la decisión. La prueba de ello es que durante el nacional-socialismo alemán, las formas procesales se mantuvieron casi intactas, pero la forma en que dichas formas fueron interpretadas y aplicadas cambió sustancialmente, llevando a decisiones que hoy difícilmente podrían ser aceptadas intersubjetivamente por todos. Esta observación ya fue hecha por autores como BETTIOL o GOLDSCHMIDT desde hace tiempo. El primero de ellos señaló que *“Es también cierto que las formas externas del proceso penal pueden también permanecer las mismas aun cuando ellas se sometan a orientaciones iliberales; pero lo que cambia es la esencia de las cosas, el espíritu, en cuanto que hay un cambio radical de acento en la relación <<Estado e individuo>>”*. Así, GALLAS bien ha podido decir que *la reforma del proceso penal alemán en el clima político creado por el nacional-socialismo mostraba una coincidencia con los elementos estructurales esenciales del proceso tradicional (principio de legalidad, subjetivación procesal del imputado, etc.), pero que en sustancia aquél se traducía en la exigencia de no deber considerar ya el proceso como un sistema de garantías para las libertades individuales y en la de ver actuando rigurosamente el principio de autoridad en oposición al de democracia”* (BETTIOL. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, pág. 189). GOLDSCHMIDT, por su parte, formula esta cuestión a través de la pregunta más fundamental de toda la teoría del proceso penal: *“Ya que el ius puniendi corresponde al Estado, que tiene la soberanía sobre sus súbditos, se pregunta: ¿por qué se necesita que pruebe su derecho en un proceso? La solución corriente es que el proceso penal representa una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra un abuso del poder estatal. Pero esta solución no es convincente. La imposición de la pena corresponde al juez, no sólo desde los tiempos del Estado de derecho, sino desde que hay juez y pena. Juez y pena se encuentran siempre juntos. Hasta en los casos en que se ha abusado de la pena estatal para fines políticos, al imponerla, si se prescinde de pocas excepciones, siempre se han observado las formas procesales”*. (*Problemas...*, pág. 7).

¹⁴¹⁰ Cfr. HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 247; ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 18; ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*, pág. 29.

El abordaje del problema desde la perspectiva material consiste en el estudio del contenido de los diferentes discursos posibles para fundamentar la decisión, con el propósito de determinar qué clase de argumentos son válidos. Se trata de una perspectiva que aborda el problema de la validez de la decisión judicial a partir del estudio sustancial de las diferentes razones que puede llegar a aducir el juez para fundamentar su determinación. El objetivo de ese estudio es aclarar qué clase de razones son válidas como fundamento de la decisión judicial, y cuáles no lo son. Es decir, el abordaje del problema desde la perspectiva material pretende llegar a una teoría acerca de los argumentos que debería utilizar el juez para que sus decisiones sean válidas como derecho.¹⁴¹¹

Esta perspectiva de abordaje del problema presenta, sin embargo, tres problemas fundamentales. El primero de ellos consiste en que debido a la abundancia de formas y diversidad que caracteriza a la realidad sobre la cual deben fallar los jueces, los argumentos posibles dependen de las circunstancias concretas de cada caso particular, y por ello es sumamente difícil elaborar una teoría general acerca de los argumentos que los jueces deberían utilizar para fundamentar su decisión. Resulta poco realista pensar que a pesar de que cada caso es diferente de los demás, y que a pesar de que los argumentos que pueden surgir en cada litigio son distintos de los que aparecen en los demás, puede elaborarse una teoría general aplicable a todos los casos, acerca de qué clase de argumentos debería utilizar el juez para que su decisión sobre la imputabilidad sea válida.

El segundo problema consiste en que para elaborar una teoría acerca de los argumentos que los jueces deberían utilizar para que su decisión sea válida, se requiere previamente tomar una postura acerca de las condiciones en que una teoría como esa sería válida, lo cual nos reconduce a un antiguo debate sobre los presupuestos generales del Conocimiento y la Verdad. Es decir, requiere involucrarse en una vieja discusión irresoluble, que *“se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre se presentan nuevas variantes. Por un lado, las posiciones subjetivas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas, y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas”*.¹⁴¹²

Si ya el punto de partida elegido para elaborar una teoría como esa resulta controversial, mucho menos puede esperarse que el resultado final ofrezca una respuesta definitiva acerca de qué clase de argumentos conducen a una decisión correcta. A la sazón, téngase en cuenta que para elaborar una teoría acerca de qué clase de razones debería utilizar el juez para que su decisión

¹⁴¹¹ Para ALEXY (*Teoría de la Argumentación Jurídica*) es indiscutible que los jueces tienen que valorar las normas y los hechos para poder decidir los casos difíciles. Lo discutible es que esas valoraciones abran espacios para discrecionalidad y subjetividades. Según él, se han propuesto 3 teorías para lograr objetividad en las decisiones: 1. Lograr ajustarse a los valores colectivos; 2. Encontrar el *sentido* total del ordenamiento jurídico; y 3. Hallar un orden valorativo objetivo (v.g. *Ius Naturalismo*).

¹⁴¹² Cfr. ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 21.

sea válida, es necesario previamente tomar postura acerca de los presupuestos de validez de la teoría misma, lo cual supone ya involucrarse en un debate que lleva largo tiempo y del que resulta luego difícil salir: el debate acerca de las condiciones fundamentales del Conocimiento y la Verdad. Por esta razón, es un tanto ingenuo creer que se puede elaborar una teoría general acerca de los argumentos que permitirían llegar a una decisión materialmente correcta, cuando ni siquiera hay tal acuerdo al nivel de las condiciones en que una teoría como esa sería válida.

Pero además de estas dos razones, la perspectiva material presenta un problema que a mi juicio es aún más grave, consistente en que esta continúa anclada a una racionalidad desarrollada a partir de la imagen de un juez que se relaciona con la realidad sobre la cual debe fallar de manera individual. Es decir, se trata de una perspectiva que supone que la actividad judicial es cumplida por un juez que actúa solo, de manera monológica. Por esta razón, podría decirse que se trata de una perspectiva que la teoría de la acción comunicativa ya se ha encargado de superar, al demostrar que la descentración de las estructuras de conocimiento llevada a cabo por la filosofía moderna, conduce inevitablemente a considerar al juez como un sujeto que hace parte de un contexto social colectivo en el que se encuentra inevitablemente inserto, y que accede al conocimiento sólo a partir de un proceso de interacción con otros individuos.¹⁴¹³

Teniendo en cuenta lo anterior, una perspectiva adecuada para el abordaje del problema debe partir de considerar al juez como miembro de una comunidad de interpretación de la que no puede sustraerse. Debe admitir que el juez es miembro de una comunidad en la que la búsqueda del conocimiento es una empresa colectiva, y en la que, por tanto, el proceso de aprendizaje se fundamenta en la relación entre individuos que interactúan de forma cooperativa:¹⁴¹⁴ *“El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos”*.¹⁴¹⁵ De tal suerte que para reconstruir convincentemente la racionalidad de las decisiones judiciales, y ofrecer una teoría adecuada que permita asegurar su validez, el juez debe, inevitablemente, considerarse como *“parte de la comunidad de interpretación que son los profesionales del derecho y habría de dejarse guiar en sus interpretaciones por los estándares de práctica interpretativa reconocidos en la profesión”*.¹⁴¹⁶

Aceptar que el juez forma parte de un contexto social colectivo, en el que se encuentra inevitablemente inserto, que por esta razón accede al conocimiento sólo a partir de un proceso de interacción con otros individuos, y que por

¹⁴¹³ Cfr. HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 293.

¹⁴¹⁴ En este sentido, cfr. ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 40.

¹⁴¹⁵ HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 295.

¹⁴¹⁶ *Ibíd.*

consiguiente una perspectiva adecuada para el abordaje del problema de la validez de la decisión judicial debe partir de considerar al juez como miembro de una comunidad de interpretación de la que no puede sustraerse, tiene importantísimas consecuencias. La más importante es que la validez de la decisión dependerá entonces, no sólo de que sea producto de un procedimiento regulado por normas válidas, sino también de que ella pueda quedar justificada ante cualquier miembro de la comunidad de interpretación, y no sólo ante las partes. Dado que el proceso de conocimiento es una empresa colectiva en la que participan de forma cooperativa todos los miembros de la comunidad de interpretación a la que pertenece el juez, para que la validez de la decisión judicial quede estabilizada es necesario que todos los miembros de esa comunidad de interpretación estén dispuestos a aceptarla. Es decir, el carácter colectivo y cooperativo del proceso de conocimiento tiene como consecuencia que la validez sólo queda estabilizada si todos los miembros de la comunidad de interpretación correspondiente están dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez contenida en la decisión.

No obstante lo anterior, una perspectiva que para la estabilización de la validez exija que todos los miembros de la comunidad de interpretación estén dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez contenida en la decisión, tiene un enorme problema. Este problema consiste en que para que una decisión pudiera cumplir con esa condición de validez, sería necesario que el discurso de aplicación presentado por el juez estuviera fundamentado desde todas las perspectivas posibles, y que además respondiera satisfactoriamente todas las críticas imaginables que pudieran hacerse. Es decir, tendría que tratarse de un discurso a prueba de cualquier objeción y tan bien argumentado que pudiera convencer y/o persuadir a cualquier miembro de la comunidad de interpretación desde todas las perspectivas posibles. Si la decisión no considera todas las perspectivas o no resiste todas las críticas, entonces no podría decirse que es susceptible de ser aceptada por todos los miembros de la comunidad de interpretación como participantes racionales en la discusión.

Por supuesto, un discurso de esas características es utópico, o por lo menos no resulta consecuente con la realidad de la administración de justicia en las sociedades modernas. Pedirle al juez que para estabilizar la validez de su decisión imagine en abstracto todas las posibles perspectivas desde las cuales podría ser examinada su decisión, y que responda a todas las posibles críticas con un discurso resistente a toda controversia, es algo poco realista porque supone en el juez unas cualidades personales sobrehumanas. La única clase de juez que estaría en condiciones de elaborar un discurso semejante sería uno con capacidad de razonamiento, argumentación e imaginación prácticamente ilimitada. El único que podría emitir decisiones válidas en esas condiciones sería un juez tipo "Hércules" con capacidades sobrehumanas para la elaboración de discursos de aplicación del derecho. Es decir, habría que

suponer un modelo de “superjuez” que ciertamente es posible a nivel teórico, pero con muy poco o ningún valor práctico en la actividad judicial real.¹⁴¹⁷

Pero además, suponiendo que esa clase de jueces fueran posibles en la realidad, aún queda por ver de qué manera podemos comprobar la efectividad de sus superpoderes de argumentación. Para saber si realmente el discurso de aplicación elaborado por ese “superjuez” satisface las condiciones discursivas de validez del derecho, sería necesario poner a prueba el discurso para saber si realmente es aceptado por todos los posibles afectados como participantes racionales en la discusión. Sin embargo, es un hecho que en realidad ninguna decisión judicial puede ser sometida a un debate ante un auditorio integrado por todos los miembros de la comunidad de interpretación, como para saber si todos ellos estarían dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez implícita en ella. No hay manera alguna de llevar a cabo esa prueba, porque no tenemos forma de someter la decisión judicial al escrutinio de todos los miembros de la comunidad de interpretación, y verificar si la pretensión de validez implícita en la decisión alcanza entre ellos un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado. Aun cuando fuera posible ese juez “Hércules” con capacidad de imaginación, razonamiento y argumentación ilimitada, es también un hecho que no hay forma de saber si la decisión adoptada realmente está en condiciones de superar todas las objeciones formuladas desde todas las diferentes perspectivas posibles. Por esta razón, puede decirse que no hay forma de poner a prueba la combinación de discurso y decisión elegida por el juez para saber si satisface las condiciones discursivas para la estabilización de su validez.

Ahora bien, si se reflexiona lo suficiente acerca del problema anterior, es posible encontrar una pequeña luz para su solución. Esta pequeña luz surge de la observación de que para que los miembros de una comunidad estén dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez de una decisión judicial, no es absolutamente indispensable que la decisión sea materialmente correcta, materialmente justa o materialmente verdadera. Para que los miembros de la comunidad estén dispuestos a aceptar la decisión judicial como válida, tampoco es absolutamente imprescindible que ellos lleguen a un acuerdo intersubjetivo sobre el contenido material de la misma. Si se reflexiona lo suficiente, es posible ver que los miembros de la comunidad de interpretación podrían llegar a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez de la decisión, si pudieran ponerse de acuerdo acerca del procedimiento argumentativo que debe seguirse para su producción. En este caso, verificando que la decisión sea producida mediante el procedimiento argumentativo aceptado por todos, la pretensión de validez implícita en la decisión debería ser también intersubjetivamente aceptada.¹⁴¹⁸

¹⁴¹⁷ *Ibíd.*, pág. 281.

¹⁴¹⁸ Esta postura es compatible con la teoría de la argumentación de ALEXY, allí donde sostiene que *“La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en*

Es en este punto en el que el problema de la estabilización de la validez de la decisión se empalma con una perspectiva procedimental que ofrece, a mi juicio, un horizonte más realista para el abordaje del problema.¹⁴¹⁹ *Este enfoque deja de lado el estudio del contenido de los argumentos que utilizan, y/o deberían utilizar los jueces para que su decisión sea válida, y pone el acento en el procedimiento a través del cual se elaboran, controvierten e incorporan a la decisión los diferentes argumentos que aparecen a lo largo de la discusión.* A diferencia de la perspectiva material, ésta no hace depender la validez del contenido material de las razones que expone el juez para fundamentar su decisión, sino del acuerdo intersubjetivo racionalmente fundamentado acerca de la idoneidad del procedimiento seguido para producirla. Es decir, desde la perspectiva procesal, la validez de la decisión sobre la imputabilidad no se estabiliza demostrando que los argumentos que la fundamentan son materialmente correctos o verdaderos, o que podrían ser aceptados por todos los miembros de la comunidad, sino acreditando que el procedimiento seguido por el juez para emitir la decisión satisface las condiciones intersubjetivamente acordadas para tal efecto.¹⁴²⁰

Una de las características más interesantes de esta perspectiva es que fusiona los puntos de vista discursivo y procedimental del derecho para abordar el problema de la validez de las decisiones judiciales. En efecto, es importante

general. La discusión de esta cuestión se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre se presentan nuevas variantes. Por un lado, las posiciones subjetivas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas, y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas. No existe sin embargo ningún motivo para una semejante actitud todo-o-nada. Ciertamente no son posibles teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o la decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional". (ALEXY. Derecho y Razón Práctica, pág. 21).

¹⁴¹⁹ Una explicación de las diferentes concepciones de la argumentación, y específicamente de la argumentación como acción o procedimiento, puede encontrarse en ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*, pág. 48.

¹⁴²⁰ Incluso un autor como BETTIOL, quien se encontraba anclado a la imagen ya superada del proceso penal, ya sostenía entonces: *"Bien podemos afirmar con GOLDSCHMIDT que el proceso penal no presenta únicamente una construcción técnica artificial destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder estatal, porque la aplicación de la pena ha requerido siempre un juez no sólo en los tiempos en que surgió el Estado de Derecho, sino desde cuando nació la misma idea de la pena. Juez y pena se encuentran siempre unidos. Hasta en los casos en los que se abusó de la pena estatal con fines políticos, para imponer la pena misma, prescindiendo de pocas excepciones, han sido siempre observadas las formas procesales. La verdad es que la pena se aplica mediante un proceso porque aquella es manifestación de la justicia y porque el proceso es el camino de la misma. La presencia del juez —en consecuencia— es un momento esencial para entender el proceso como instrumento de justicia. La reacción individual que suplante el proceso penal, es venganza de la persona ofendida o de quien actúe por ella, pero en ningún caso y bajo ningún aspecto puede ser considerada como institución jurídica, ni incluso de naturaleza primitiva". (Instituciones de Derecho Penal y Procesal, pág. 182).*

notar que para que la estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad mediante la aplicación de una racionalidad de tipo procedimental pueda producirse, es necesario que el procedimiento judicial sea entendido, no sólo como la secuencia de acciones que debe seguir el juez para producir la decisión, sino también como un juego argumentativo.¹⁴²¹ Es preciso que sea comprendido no sólo como aplicación del derecho procesal, sino también como procedimiento discursivo.¹⁴²² Es decir, para que la validez de la decisión judicial pueda producirse a partir de una racionalidad procedimental, el procedimiento para la producción de normas jurídicas tiene que ser comprendido al mismo tiempo de una doble manera:

- i) Por un lado, el procedimiento judicial debe ser entendido como el sistema de reglas para asegurar que la producción de la decisión permita la realización del derecho sustancial, en el sentido de que la decisión conduzca a la aplicación del derecho material y no lesione derechos subjetivos reconocidos en la Constitución.¹⁴²³ Desde este punto de vista, el procedimiento puede ser comprendido como la regulación normativa de expectativas frente al procesamiento de expectativas normativas por parte del sistema jurídico; esto es, como el conjunto de normas secundarias que regula la producción de normas primarias.
- ii) Pero, por otro lado, ese procedimiento judicial también debe ser entendido como sistema de reglas para la argumentación; como la autoorganización del sistema jurídico en lo relativo a la regulación de la manera en que el juego argumentativo tiene lugar durante el litigio. En definitiva, como el conjunto de reglas para la competición e intercambio de argumentos en el contexto de un proceso judicial, en orden a la fundamentación racional de una decisión en términos de aplicación del derecho.

¹⁴²¹ *“Tampoco basta el recurso a las regulaciones positivas en términos de derecho procesal; pues la racionalidad que la normativa procesal sin duda comporta, es ingrediente del derecho vigente necesitado de interpretación, cuya interpretación objetiva es precisamente lo que está en discusión. De este círculo sólo puede sacarnos una reconstrucción de la práctica interpretativa que proceda en términos de teoría del derecho y no en términos de dogmática jurídica. La crítica a la teoría solipsista de Dworkin ha de situarse en el mismo nivel de ella y fundamentar en forma de una teoría de la argumentación jurídica los principios de procedimiento, a los que en adelante habría que transferir la carga de las exigencias ideales que hasta ahora se hacían a Hércules”.* (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 296).

¹⁴²² Hasta cierto punto, esta distinción puede ser complementaria y paralela a la planteada por MAIER acerca de la función del derecho procesal penal en los siguientes términos: *“puede entenderse en dos sentidos distintos y merece así dos constataciones diferentes. La manera común de comprender la cuestión resulta de su sentido político o material: se pregunta por el fin social que cumple el Derecho procesal penal, por la tarea que le corresponde llevar a cabo, como rama jurídica, dentro del orden jurídico de un Estado. (...) El segundo sentido de la pregunta envía a la función formal de las normas del Derecho procesal penal dentro de los diversos tipos existentes en un orden jurídico: se trata aquí de observar la estructura formal y conceptual de las reglas o, si se quiere, cómo ellas cumplen la función material que se les adjudica”.* (Vol. a.... pág. 111).

¹⁴²³ En este sentido, cfr. TOEPEL. *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 38.

De esta manera, con la racionalidad procedimental ya no se aborda el problema de la validez desde el punto de vista del discurso **o** del procedimiento, sino a partir de una visión integradora de discurso **y** procedimiento.

*“una teoría discursiva del derecho que hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación. Esta teoría se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme al cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación del mismo”.*¹⁴²⁴

La ventaja de enfocar el procedimiento judicial como el sistema de las reglas para la argumentación es que nos libera de asumir posturas de naturaleza filosófica, política, moral, religiosa, etc., para la estabilización de la validez de la decisión. A la sazón, nótese que desde esta perspectiva *“el conjunto de normas procedimentales posibilita e institucionaliza discursos de aplicación, pero sin poder normar la argumentación como tal”*.¹⁴²⁵ La perspectiva procedimental asegura que el derecho esté abierto a razones de cualquier procedencia (filosóficas, morales, religiosas, políticas, sociológicas, económicas, médicas, psiquiátricas, etc.), y las valora únicamente en función de la labor que cumplan en el juego argumentativo y *del peso de su aportación a la fuerza persuasiva del discurso*. El derecho procesal sólo establece las reglas de argumentación, y no privilegia argumento alguno por razón de su contenido, lo cual es muy positivo cuando se trata de explicar cómo puede estabilizarse la validez de la decisión judicial en las sociedades altamente diferenciadas y pluralistas.

*“Pues el derecho procedimental o procesal no regula la argumentación jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal, social y objetivo el marco institucional para discursos de comunicación que así quedan libres, es decir, que así pueden producirse, los cuales sólo obedecen a la lógica interna de los discursos de aplicación”.*¹⁴²⁶

Además, conviene recordar que las reglas de procedimiento son producto de un proceso legislativo regido por el principio de discurso, y por esta razón no privilegian postura de alguna de las partes. Por el contrario, canalizan las actitudes procesales estratégicas de cada una de ellas hacia la incorporación de abundantes y diferentes argumentos, de manera que la decisión termine siendo producto de un proceso cooperativo de búsqueda de conocimiento, a pesar de la actitud estratégica de las partes. En este sentido, el carácter estratégico de los argumentos por medio de los cuales cada una de las partes busca alcanzar sus propios fines judiciales, no sólo no impide que la validez de la decisión pueda ser intersubjetivamente reconocida por todos, sino que, por el contrario, la favorece, debido a que estimula la controversia necesaria para el

¹⁴²⁴ HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 297.

¹⁴²⁵ *Ibíd.*, pág. 246.

¹⁴²⁶ *Ibíd.*, pág. 307.

afloramiento de nuevas perspectivas, nuevos enfoques, nuevas razones y, finalmente, nuevos discursos.¹⁴²⁷

La consecuencia de enfocar el procedimiento judicial no sólo como aplicación del derecho procesal, sino también como un juego argumentativo normativamente reglado, es que permite seguir estabilizando la validez de la decisión mediante la verificación de su apego al procedimiento considerado como válido. *Al entender el procedimiento también como el conjunto de normas que regulan la competición e intercambio de argumentos en el contexto de un proceso judicial, para asegurar la fundamentación racional de una decisión en términos de aplicación del derecho, es posible continuar afirmando que para que la decisión judicial sea válida, le basta apegarse al procedimiento previsto en el derecho para su producción.* Si se entiende el procedimiento judicial como sistema de reglas de argumentación para la fundamentación racional de la decisión, y sólo si se le entiende de esa manera, puede seguirse afirmando que la estabilización de la validez de la decisión judicial depende de que esta sea producida de acuerdo con el procedimiento previsto en el derecho para el efecto.

Por supuesto, otra cosa son las condiciones en que el procedimiento entendido como sistema de reglas para la fundamentación racional de la decisión puede considerarse como válido. La estabilización de la validez de la decisión requiere simplemente que ésta sea producida conforme a las normas procesales que regulan la argumentación. En cambio, la validez de las normas que regulan esa argumentación depende de que la pretensión de validez implícita en ellas pueda ser intersubjetivamente aceptada por todos los miembros de la comunidad de interpretación. Es decir, la validez de las normas que regulan la argumentación depende de que el procedimiento resultante para la producción de la decisión pueda ser intersubjetivamente aceptado como válido por todos los miembros de la comunidad de interpretación.

En las sociedades modernas, debido a su alta diferenciación, los miembros de la comunidad de interpretación únicamente estarían intersubjetivamente de acuerdo en admitir la pretensión de validez de las normas que regulan la producción de las decisiones, si el procedimiento resultante garantiza un juego argumentativo en el que sea posible todo tipo de aportaciones, razones, contribuciones y discusiones, de manera que sea posible la producción de suficiente información necesaria para la fundamentación racional de la

¹⁴²⁷ Es interesante subrayar que en algún sentido esta teoría es compatible con la postura que asume LUHMANN cuando afirma que *“Sólo el código que permite atribuir la conformidad (o la no conformidad) con el derecho, pero que la deja abierta, puede producir la incertidumbre de la que vive el proceso. Sin embargo, el proceso la aprovecha como medio para su propia autooiesis. Utiliza incertidumbre para motivar las aportaciones, para alentar la participación, para ofrecer oportunidades (pero no resultados) y con esto llamar a los participantes a que colaboren; es decir, los convoca al reconocimiento, hasta que al fin se conviertan en prisioneros de su propia participación, teniendo pocas perspectivas de negar posteriormente la legitimidad del proceso”.* (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 267).

decisión. Dicho en otras palabras, los miembros de la comunidad sólo estarían dispuestos a aceptar la validez del procedimiento si se asegura que las diferentes perspectivas que cada uno de ellos tiene podrían quedar representadas en el procedimiento de producción de la decisión, con iguales oportunidades de ser tenidas en cuenta.¹⁴²⁸ Por esta razón, las normas que regulan la argumentación sólo son válidas si el procedimiento resultante asegura que la decisión sea producto del libre intercambio y competición de toda clase de razones para la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho;¹⁴²⁹ o sea, si el procedimiento resultante asegura que la decisión sea producida a través de una interacción comunicativa libre de interferencias, que permita obtener una fundamentación racional de la decisión.

En conclusión, la validez de la decisión judicial depende de que el procedimiento para su producción permita el libre intercambio y competición de argumentos para la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho.

4.3. La racionalidad comunicativa como fuente del juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-

Para elaborar una definición de la racionalidad comunicativa, Habermas toma como punto de apoyo una antigua distinción que había sido introducida por Piaget en su teoría sobre las etapas de desarrollo cognitivo del sujeto. Esta distinción consistía en diferenciar las relaciones que el sujeto mantiene con los objetos físicos, por un lado, y las relaciones que mantiene con los objetos sociales, por el otro. Al hilo de esa diferenciación, según Habermas, Piaget nos permite ver con toda claridad que *“el universo externo se divide en un mundo de objetos perceptibles y manipulables, por un lado, y un mundo de relaciones interpersonales normativamente reguladas, por otro. Mientras que el contacto con la naturaleza externa, que se establece por la acción instrumental, vehicula la adquisición constructiva del <<sistema de normas intelectuales>>, la interacción con las otras personas deja franco el camino para la inserción del sujeto, por vía constructiva, en el <<sistema de normas morales>> socialmente reconocidas”*.¹⁴³⁰

De acuerdo con Habermas, el resultado de la distinción introducida por Piaget es la *descentración* de las estructuras de comprensión de los individuos, las

¹⁴²⁸ “Para el argumento que quiero presentar ahora, sólo necesito la idea de libertad e igualdad en los argumentos, que es la base normativa de la teoría del discurso. La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos —excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas— no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma forma son defectuosas”. (ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 39).

¹⁴²⁹ En este mismo sentido, cfr. ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 40.

¹⁴³⁰ HABERMAS. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. I, pág. 102.

cuales pasan de ser fundamentalmente egocéntricas, a estar fundadas en “*un sistema de referencia [común] para el simultáneo deslinde del mundo objetivo y el mundo social frente al mundo subjetivo*”.¹⁴³¹ Es decir, se pasa de una imagen en la que las estructuras de comprensión gravitan en torno a la forma en que el individuo se relaciona aisladamente con los objetos en el mundo, a otra que se orienta por la manera en que los individuos se relacionan entre sí mutuamente para alcanzar de forma conjunta y cooperativa una comprensión sobre algo en el mundo. De esta manera, la descentración de las estructuras de comprensión habría significado el abandono de las iniciativas que pretendían explicar el proceso de conocimiento, en los términos de una relación entre un individuo considerado de manera aislada y los objetos dados en el mundo que lo rodea. En lugar de ello, se habría abierto el camino para un nuevo paradigma de racionalidad que pretende explicar el proceso de conocimiento en los términos de la relación que los miembros de una comunidad dada establecen entre sí, para obtener de forma conjunta y cooperativa una comprensión del mundo que los rodea.

Este nuevo paradigma de racionalidad no se orienta a explicar el proceso de conocimiento a partir de la forma en que el sujeto se relaciona con el mundo, sino a partir de la manera en que los miembros de una comunidad se relacionan entre sí a propósito de algo en el mundo. Por esta razón, la racionalidad comunicativa se encuentra fuertemente conectada con la investigación de los procesos de entendimiento que tienen lugar en la sociedad. Dicho de otra forma, la racionalidad comunicativa tiene una conexión interna con la forma en que los miembros de una comunidad pueden eventualmente llegar a un acuerdo sobre algo en el mundo.

Sin embargo, es necesario aclarar que el entendimiento con el cual se relaciona la racionalidad comunicativa no es de cualquier tipo, sino sólo de aquel que se fundamenta en acuerdos alcanzados intersubjetivamente, de forma racionalmente motivada. Los acuerdos alcanzados, por ejemplo, a través del ejercicio de coacción política, económica o física, no guardan conexión alguna con la racionalidad comunicativa porque allí no hay algo así como una relación de tipo cooperativo para la comprensión del mundo. Sólo los entendimientos que se alcanzan gracias a un proceso de interacción libre de coacciones, y que se fundamentan en las razones que pueden existir para estar de acuerdo sobre algo, tienen relación con la racionalidad de tipo comunicativo. Es por ello que Habermas aclara:

*“Todo acto de entendimiento puede entenderse como parte de un proceso cooperativo de interpretación que tiene como finalidad la obtención de definiciones de la situación que puedan ser intersubjetivamente reconocidas”.*¹⁴³²

¹⁴³¹ *Ibíd.*, pág. 111.

¹⁴³² *Ibíd.*, pág. 103.

Así pues, partiendo de la descentración de las estructuras de comprensión, y de esa definición de los procesos de entendimiento, Habermas elabora una definición de la racionalidad comunicativa en los términos de una racionalidad de tipo discursivo que se orienta por la obtención de acuerdos intersubjetivos racionalmente motivados sobre las pretensiones de validez implícitas en las manifestaciones o emisiones de los individuos. Textualmente sostiene Habermas:

“El concepto de racionalidad comunicativa remite, por el primer lado, a las diversas formas de desempeño discursivo de pretensiones de validez (por eso habla Wellmer también de racionalidad <<discursiva>>); y por el otro, a las relaciones que en su acción comunicativa los participantes entablan con el mundo al reclamar validez para sus manifestaciones o emisiones; de ahí que la descentración de la visión del mundo se haya revelado como la dimensión más importante de la evolución de las imágenes del mundo”.¹⁴³³

Ya en lo que hace al tema que ocupa esta investigación, se tiene que el juicio sobre la imputabilidad consiste en la adscripción de cualidades, atributos o características, y que por ello el debate correspondiente se produce en el marco de la discusión sobre el valor y el sentido que adquieren esas cualidades respecto de la persona del procesado. Concretamente, se trata de una discusión desarrollada en los términos de si es válido atribuir al procesado la capacidad de comprender el sentido de su conducta y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

Debido a la descentración de las estructuras de comprensión de los individuos, la decisión sobre la imputabilidad no debería ser explicada en los términos de la relación que el juez establece con algo dado como un hecho en el mundo, por fuera del derecho. Ya que la imagen en la que las estructuras de comprensión gravitan en torno a la forma en que el individuo se relaciona aisladamente con los objetos en el mundo ha sido superada, entonces la decisión del juez no debería ser explicada en los términos de la manera en que él, como sujeto de conocimiento, se relaciona individualmente con la psiquis del procesado, que sería el objeto de conocimiento para tratar de acceder al conocimiento de algo como la existencia de capacidad de comprensión y/o autodeterminación. Dicho en pocas palabras, la decisión no debería ser explicada en los términos de la relación: *objeto de conocimiento/sujeto de conocimiento*.¹⁴³⁴

¹⁴³³ *Ibíd.*, pág. 102.

¹⁴³⁴ Al respecto, MARTÍNEZ GARAY tiene una interesante postura en materia de imputabilidad. Ella sostiene que para evitar el problema de caer en la discusión sobre el libre albedrío, no hay que buscar la imputabilidad en las motivaciones del sujeto, sino en el proceso motivacional. Es decir, el juez no debe esforzarse por determinar si la motivación en sí del sujeto fue libre, sino en saber si el proceso motivacional del sujeto (que es algo externo al individuo y por consiguiente más objetivo) fue normal. Textualmente sostiene esta autora: *“Esta característica es también compartida por algunas teorías de la motivación en la medida que hacen radicar lo característico de la imputabilidad no en si el sujeto pudo o no ser motivado, sino en la normalidad del proceso de motivación en sí, con independencia del éxito del mismo”* (MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad Penal*, pág. 267).

En lugar de lo anterior, es necesario dar paso a un nuevo paradigma de racionalidad que pueda explicar la actividad judicial a partir de la descentración de las estructuras de conocimiento. Así, dado que la descentración implica que el proceso de conocimiento es entendido a partir de la relación que los miembros de una comunidad establecen entre sí, para obtener de forma conjunta y cooperativa¹⁴³⁵ una comprensión del mundo que los rodea, la decisión debe ser explicada a través de los mecanismos que aseguran que el pronunciamiento sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación pudiera ser intersubjetivamente aceptado por todos los miembros de la comunidad de interpretación, a partir de razones. Esto significa que la decisión sobre la imputabilidad debe ser explicada en los términos de la manera en que el juez se relaciona con los demás miembros de su comunidad de interpretación, para intentar llegar a un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado sobre el valor y el sentido que adquieren esas capacidades de comprensión y/o autodeterminación como cualidades atribuibles a la persona del procesado.¹⁴³⁶

Aunque su tesis es muy sugerente, a mi juicio sigue anclada a una imagen que pretende explicar la decisión sobre la imputabilidad mediante una estructura egocéntrica o no descentrada de comprensión. En este caso, la propuesta de MARTÍNEZ GARAY sigue apegada a la estrategia de intentar explicar el juicio sobre la imputabilidad en los términos de una relación: *objeto de conocimiento / sujeto de conocimiento*, en la cual el juez actúa de manera aislada, individual, egocéntrica. En su propuesta, la determinación de la imputabilidad es producto de un juicio producido en los términos de la relación: *juez (sujeto de conocimiento) / estructuras de motivación (objeto de conocimiento)*, sin considerar que el juez hace parte de una comunidad de interpretación de la que no puede sustraerse, y desconociendo que el proceso epistemológico implícito en el juicio sobre la imputabilidad, es también una actividad colectiva y cooperativa de producción de conocimiento.

¹⁴³⁵ El carácter colectivo y cooperativo del proceso de producción de conocimiento al interior del proceso penal ya era intuido por autores clásicos desde hace más de un siglo. CARNELUTTI, por ejemplo, definía el proceso penal de la siguiente forma: *“Llamamos desde ahora, empíricamente, proceso penal a aquel conjunto de actos, que se llevan a cabo, en su mayor parte, en el palacio de justicia, por obra de varios agentes (agentes y oficiales de policía judicial, jueces, funcionarios del ministerio público, defensores, secretarios, oficiales judiciales, asesores técnicos, oficiales y agentes de la fuerza pública) respecto de diversos interesados (imputados, partes perjudicadas, testigos) a fin de comprobar el delito y determinar la pena”*. (pág. 62). A su turno, BETTIOL definía el proceso penal como el: *“Conjunto de actos originados por varios sujetos con el fin de la fijación de las condiciones de hecho de las cuales deriva el ius puniendi a favor del Estado y el deber de sujetarse a la pena por parte del reo”*. (*Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, págs. 204-205).

¹⁴³⁶ Estas mismas consideraciones permiten apartarse de la tendencia que actualmente puede verse en un sector de la doctrina, la cual pretende explicar el proceso de valoración de las pruebas y de producción de la decisión judicial recurriendo a modelos de razonamiento lógico como el inductivo o el deductivo. Por ejemplo, GASCÓN ABELLÁN sostiene: *“Ahora bien, pese a la apariencia deductiva del razonamiento, en rigor, su naturaleza es inductiva, y ello porque las leyes a las que se recurre no son leyes universales, sino, simples regularidades empíricas que establecen sólo relaciones de probabilidad; o sea, sólo establecen —de acuerdo con nuestra experiencia pasada— que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sean las hipótesis. Si a eso se añade que en el discurso judicial la mayoría de estas regularidades son leyes sociales —por tanto leyes sobre la acción humana 'libre'— y, sobre todo, máximas de experiencia basadas en el <<id quod plerumbeque accidit >>, entonces la*

*naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara” (Prueba Judicial: Valoración y Motivación, pág. 306). Entre las obras que intentan abordar la explicación del proceso de valoración de las pruebas y de producción de la decisión judicial desde esa perspectiva, en España es especialmente importante por su dedicación, amplitud y profundidad la escrita por MUÑOZ SABATÉ bajo el título *Técnica Probatoria. Estudios Sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*. Este autor sostiene que “El proceso de valoración de la prueba es pues, siempre un proceso inferencial de más o menos complejidad aunque a veces tenga la apariencia de una mera actividad perceptiva apenas si acompañada de algún juicio lógico” (pág. 206). En relación con la prueba de algunos estados internos del individuo, como por ejemplo la voluntad, MUÑOZ SABATÉ sostiene que como objeto de prueba dentro del proceso, “La voluntad, objetivo final de esta búsqueda, será siempre una voluntad presumida, no descartándose jamás otra posible solución por más irracional o rocambolesca que aparezca” (pág. 245). De acuerdo con este autor, la voluntad de los sujetos se determina procesalmente mediante un tipo de presunciones denominadas <<Per Facta Concludentia>>, la cual explica de la siguiente forma: “... si el principio dominante en las presunciones normales es el de causalidad, en los facta concludentia sobresale, como apuntaba GIORGI, el de la contradicción. Usualmente se suele afirmar que una cosa es implícita cuando se entiende incluida en otra cosa sin expresarlo. En ella juegan un papel primordial los conceptos de continente y contenido o de envolvente y envuelto, al modo que A presupone la existencia de B como el todo implica a la parte y la parte al todo. Ciertamente, la implicación es corriente en toda especie de silogismo pero aquí la implicación se desarrolla en términos de mayor necesidad. Toda conclusión distinta de ésta representaría un contrasentido lógico. De ahí que en las presunciones per facta concludentia quepa siempre como verificación un argumento ad absurdum o ad impossibile. Los filósofos lo han definido como un método indirecto de demostración que prueba la verdad de una proposición por la imposibilidad de aceptar las consecuencias que se derivan de su contradictoria”. (MUÑOZ SABATÉ, pág. 244).*

A mi juicio, la tesis de que el proceso de valoración de las pruebas y de producción de la decisión judicial puede explicarse recurriendo a modelos de razonamiento lógico como el inductivo o el deductivo, tal como lo intentan, entre otros, GASCÓN ABELLÁN y MUÑOZ SABATÉ, continúa anclada a una imagen que concibe el razonamiento judicial como un proceso solitario y egocéntrico en el que el juez se relaciona individualmente con su objeto de conocimiento. Esta tesis aún no considera por completo al juez como miembro de una comunidad de interpretación de la que hace parte y de la que no puede sustraerse.

Es cierto que estas tesis también toman en consideración diferentes factores que influyen en la decisión judicial, tales como las intuiciones o las máximas de la experiencia, las cuales podrían sugerir que en alguna medida se ha considerado que la actividad judicial se encuentra enmarcada por un contexto socio-histórico concreto que la determina. En el caso de MUÑOZ SABATÉ, por ejemplo, este autor sostiene que “La palabra intuición proviene del latín *intueor* <<ver dentro>>. El método intuitivo, método que nosotros preferimos denominar fenoménico, consiste esencialmente, según GIBSON, en captar una situación viviéndola en vez de contentarse con señalar varios rasgos de la misma y acoplarlos después. Se parte de la idea de que si logramos ser una cosa, podemos aprehenderla sin más complicaciones. En la esfera jurídica, esa visión, la observación profunda de todos estos fenómenos que pueden desenvolverse en la litis, y que naturalmente sólo pueden adquirirse a base de practicar a conciencia el principio de inmediatez, origina una especie de íntima comunicación entre el juez y la cosa, mucho antes de que se ponga en funcionamiento el mecanismo lógico inferencial. Tales fenómenos van poco a poco entretejiendo lo que podríamos llamar una atmósfera procesal en la que se sumerge el juzgador y de la que extrae presentimientos e impresiones. (...) Nosotros, sin embargo, opinamos que el papel que las inferencias desempeñan con relación a las intuiciones no es puramente formal sino sustantivo, y en esta particularidad descansa tal vez la esencia íntima de la prueba concebida como verificación. En efecto, en la intuición es posible llegar a las conclusiones sin pasar por el estudio de la evidencia; precisamente las dificultades de este método, según señala GIBSON, es que el investigador puede llegar a un resultado, encontrándose con que es incapaz de exponerlo de modo explícito. Todo ello equivale pues, a un convencimiento sin demostración, o sea, no hay aquí

Dado lo anterior, nótese que lo que cobra importancia en la racionalidad comunicativa que conduce a la decisión sobre la imputabilidad es la cuestión de cómo asegurar que el juicio emitido por el juez sobre la atribución de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación al procesado sea susceptible de un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado por parte de los miembros de la comunidad. En este sentido, la racionalidad comunicativa deja de lado la perspectiva que pretende explicar la decisión judicial sobre la imputabilidad en los términos: *objeto de conocimiento / sujeto de conocimiento*, y en su lugar adopta otra que aspira a explicarla en los términos: *cómo puede asegurarse que el pronunciamiento sobre la imputabilidad sea susceptible de un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado por parte de los miembros de la comunidad de interpretación correspondiente*.

Si se tiene en cuenta la necesidad de reconocer la descentración de las estructuras de comprensión para entender del juicio sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, puede verse que en realidad el razonamiento que se lleva a cabo en materia de imputabilidad no es de tipo deductivo, como piensa un sector de la doctrina,¹⁴³⁷ sino discursivo.¹⁴³⁸

ninguna prueba. La prueba nace cuando partiendo de una proposición dada que el juez considera cierta —en este caso la conclusión obtenida por la vía fenoménica [intuición]— se trata de comprobar su consistencia lógica mediante la oportuna verificación. A través del proceso inferencial se compulsa el peso de los presentimientos, se corrobora lo íntimamente intuido y se alcanza ese estadio culminante en que la evidencia objetiva no hace más que confirmar el convencimiento de lo subjetivo”. (MUÑOZ SABATÉ, pág. 214).

Sin embargo, el hecho de enfocar la actividad probatoria como un proceso inferencial, ya sea de tipo inductivo o deductivo, demuestra que en lo fundamental esa tesis sigue abordando el estudio de la decisión judicial a partir del modelo de relación: sujeto de conocimiento / objeto de conocimiento. De manera que la referencia a la intuición o a las máximas de la experiencia no es suficiente para dar el tránsito hacia la descentración de las estructuras de comprensión en el proceso de producción de la decisión judicial, en orden a explicarlo como un proceso colectivo y cooperativo de producción de conocimiento.

¹⁴³⁷ En la doctrina psiquiátrica, la teoría de que la determinación de las capacidades de comprensión y autodeterminación se realiza mediante un procedimiento de tipo deductivo es sostenida, por ejemplo, por VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, pág. 944. En la doctrina jurídica, aunque no referida exactamente al tema de la imputabilidad sino en general, BETTIOL (pág. 253) sostenía que en el caso de la prueba indirecta, es decir, de la prueba de aquellos hechos a los que no se puede acceder directamente sino por medio de otros de los que debe inferirse *“Aquí se prueba un hecho diverso del que se discute en el proceso, pero un hecho que está vinculado a este último por la regla de la experiencia (...). Se prueba, en consecuencia, el hecho A (hecho conocido) del que se deduce, sobre las bases de una regla de experiencia, el hecho B (hecho desconocido)”*. Y más adelante (pág. 254) aclaraba que el vínculo que debe existir entre estos hechos debe cumplir una condición tal que: *“... para ser prueba penal válida debe ser monovalente, es decir conducir la mente a formular un juicio, que aun no excluyendo la posibilidad de lo contrario, nos tranquilice sobre los resultados objetivos obtenidos porque el hecho probado es verdaderamente indicativo y concluyente respecto al hecho que se deduce en términos indirectos. Un indicio polivalente debe ser descartado como indicio válido porque demasiado grande es el riesgo de error judicial...”*

¹⁴³⁸ De esta forma, la tesis defendida en este trabajo toma distancia frente a posturas tradicionales de la doctrina del derecho probatorio, arrastradas desde los tiempos de

Para afirmar que se trata de un razonamiento de tipo de deductivo, sería necesario admitir que el estado de afectación de las capacidades puede inferirse de manera lógica a partir de una serie de premisas dadas como información en el proceso. Habría que aceptar que entre la conclusión y sus premisas hay una conexión que permite inferir la primera a partir de las segundas, de manera lógica y necesaria.

Sin embargo, en materia de imputabilidad no hay algo como eso. No es cierto que el estado de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación se infiera de manera lógica y necesaria de las conclusiones del dictamen psicopatológico. No es cierto que de los datos de los que dispone el juez sobre la enfermedad mental diagnosticada al procesado se pueda inferir de manera lógica y necesaria la respuesta a la pregunta acerca de si el procesado tenía afectadas las capacidades de comprensión y/o autodeterminación. En materia de imputabilidad no existe tal vínculo lógico-necesario entre la conclusión y las premisas.¹⁴³⁹ Las premisas en que se fundamenta el razonamiento sólo conducen, de forma lógica y necesaria, a una conclusión final si previamente se acepta una cantidad de presupuestos de tipo filosófico que no es posible demostrar, sino que sólo se admiten o se rechazan por vía discursiva. Los argumentos que sustentan el juicio sobre la imputabilidad no son premisas de las cuales se infiera, como única conclusión lógica posible, la respuesta a la pregunta por el estado de afectación de las capacidades del procesado. Estos argumentos son más bien *buenas razones*, *buenos motivos* para sostener o negar que, dada la patología psiquiátrica que se ha diagnosticado, es válido atribuir al procesado una cualidad consistente en comprender el sentido de su acción y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.¹⁴⁴⁰

CARNELUTTI y BETTIOL, cuando se sostenía: *“Un hecho es una prueba cuando sirve para conocer otro hecho; este otro hecho, esto es, el hecho a conocer, se llama tema de la prueba. Son, por eso, lógicamente correlativos la prueba y el tema de la prueba: no puede existir una prueba sin tema ni un tema sin prueba (...) El valor de la prueba consiste, por tanto, en su idoneidad par establecer, según las leyes de la naturaleza, la existencia del hecho a probar. Este valor tiene configurado como el peso de la prueba sobre la balanza de la justicia, por lo que se habla de pruebas graves y de pruebas leves para indicar su mayor o menor valor”*. (CARNELUTTI, pág. 293). Así mismo, la tesis defendida en este trabajo también toma distancia frente a la postura sostenida actualmente por MUÑOZ SABATÉ (pág. 206), quien afirma que: *“El proceso de valoración de la prueba es pues, siempre un proceso inferencial de más o menos complejidad aunque a veces tenga la apariencia de una mera actividad perceptiva apenas si acompañada de algún juicio lógico”*.

¹⁴³⁹ En este mismo sentido, cfr. EISEMBERG. *Beweisrecht der StOP*, pág. 608.

¹⁴⁴⁰ *“Qué sea una <<buenas razones>>, es algo que sólo se muestra en el papel que esa razón ha desempeñado dentro de un juego argumentativo, es decir, en la aportación que, conforme a las reglas de ese juego argumentativo, esa razón ha hecho en orden a decidir si una pretensión de validez controvertida debe aceptarse o no. El concepto de una racionalidad procedimental, extendida a la dimensión pragmática que representan una regulada competición entre argumentos y un regulado intercambio de argumentos, permite entonces complementar las propiedades semánticas de las razones mediante las propiedades (que indirectamente contribuyen a construir validez) de un dispositivo o medio (discurso), que es donde puede actualizarse el potencial de motivación racional que las buenas razones comportan. El vacío de racionalidad que se abre entre la fuerza meramente plausibilizadora que un argumento <<sustancial>> particular (<<sustancial>> en el sentido de Toulmin) posee y la secuencia de*

Pero además, y esto es lo más importante, la idea de que el juicio sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación es de tipo deductivo continúa anclada a la imagen que supone que es posible responder la pregunta sobre esas capacidades mediante un ejercicio racional, realizado de manera aislada, individual, solitaria por parte del sujeto de conocimiento. Esta idea sigue aferrada a la imagen egocéntrica del razonamiento que produce el juicio sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado. Por eso es necesario superar esa idea, y abrir el paso a otra que entienda el juicio sobre la imputabilidad como el producto de una actividad conjunta y cooperativa de producción de conocimiento. Es decir, es necesario dar lugar a un nuevo paradigma capaz de explicar la decisión sobre la imputabilidad como el producto de un razonamiento de tipo comunicativo.

Al respecto, conviene aclarar que es necesario incorporar la racionalidad comunicativa para explicar la decisión sobre la imputabilidad, no sólo cuando quien se pronuncia sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado es el juez, sino incluso también cuando el pronunciamiento lo emite un psiquiatra, y adquiere la fisonomía externa de un dictamen médico-legal. Es decir, *independientemente de la fisonomía externa que asuma (dictamen médico-legal proferido por un psiquiatra o pronunciamiento judicial emitido por un juez), el pronunciamiento acerca de si las patologías psiquiátricas diagnosticadas afectaron las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado debe ser explicado en los términos de un razonamiento de tipo comunicativo*. Prueba de ello es la influencia de factores no psiquiátricos en la determinación del estado mental del procesado, que algún sector de la doctrina denuncia expresamente y reclama reconocer. Más concretamente, la influencia que pueden llegar a tener factores de orden social, económico, político, cultura, moral o religioso, en la manera como la psiquiatría entiende la enfermedad mental y actúa frente a ella.¹⁴⁴¹ Ruesch, por ejemplo, en su trabajo titulado “*Comunicación y Salud Mental*” sostiene expresamente lo siguiente:

“Todos los sistemas psiquiátricos utilizan ampliamente los conceptos polares; es bueno recordar que la medicina se ha basado sobre una dicotomía: salud/enfermedad. Dado que la principal actividad de la psiquiatría consiste en lograr que haya más salud, quedando la recolección de información en un plano secundario, deben, por necesidad, dividir los fenómenos en aquellos que son de utilidad y aquellos que no lo son. Los códigos éticos referentes a la conducta humana rara vez han derivado de algún tipo de acumulación científica; más bien son el resultado de la presión ejercida por grupos religiosos, políticos o de otro tipo, que prescriben algunas formas de comportamiento humano.

*tales argumentos en principio siempre incompleta, por un lado, y la incondicionalidad de la pretensión de poder acertar con una <<única>> solución <<correcta>>, queda idealiter cubierto por el procedimiento argumentativo de búsqueda cooperativa de la verdad”. (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 299). Para una explicación acerca de lo que puede entenderse por <<buenas razones>>, cfr. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*, pág. 58.*

¹⁴⁴¹ En este sentido, cfr. MITCHELL, Barry. *Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*, pág. 631.

La cultura define a la vez qué debe ser considerado enfermedad y cuáles son los medios institucionalizados para curarla. En todas las culturas existen explicaciones para la enfermedad; en la nuestra la explicación proviene de los médicos, que investigan las causas responsables de la patología”.¹⁴⁴²

(...)

“La teoría psiquiátrica moderna debe tomar en consideración multitud de factores; el psiquiatra debe comprender que tanto él como el individuo que está estudiando son una mínima parte de un gran sistema suprapersonal y que la teoría de la causalidad con la que usualmente se maneja es válida tan sólo dentro de un marco de conceptualizaciones estrechas, situaciones especiales y reducidas delimitaciones del universo científico”.¹⁴⁴³

Ahora bien, para comprender la manera en que opera la racionalidad comunicativa que fundamenta el juicio sobre la imputabilidad, es necesario recordar que las decisiones judiciales son producto de un tipo especial de discurso denominado “*discurso de aplicación*”. Como ya se ha explicado, el discurso de aplicación está caracterizado porque se orienta a demostrar que la decisión judicial es una consecuencia jurídica necesaria de la aplicación del derecho vigente.¹⁴⁴⁴ Los discursos de aplicación están guiados en lo fundamental por un *principio de adecuación*, que pone el acento en la verificación de la correspondencia entre los hechos dados por fuera del derecho, y las hipótesis fácticas descritas en la norma aplicable al caso concreto. De esta forma, el discurso de aplicación está principalmente conformado por las razones a partir de las cuales resulta válido afirmar que la decisión adoptada es una consecuencia jurídica necesaria de la adecuación de los hechos del caso concreto a la hipótesis fáctica general prevista en la norma aplicable.

No obstante lo anterior, los discursos de aplicación no se limitan a fundamentar la decisión sólo en argumentos de adecuación o correspondencia entre los hechos y las normas. Para estabilizar la validez de la decisión judicial, los discursos de aplicación requieren también la conciliación, articulación y conexión de la perspectiva particular de los interesados en el conflicto, por un lado, y la perspectiva colectiva de todos los demás miembros de la comunidad que podrían llegar a verse afectados, por el otro; o sea, una conciliación entre la esfera pública y la esfera privada de la decisión.

“En los discursos jurídicos de aplicación ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas propuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes. Este tipo de discurso exige una constelación de roles en la que las partes (o, en su caso, las autoridades estatales encargadas de hacer las correspondientes diligencias) puedan presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante un juez como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente, y además una distribución de competencias

¹⁴⁴² RUESCH, *Comunicación y Salud Mental*, pág. 65.

¹⁴⁴³ *Ibíd.*, pág. 67.

¹⁴⁴⁴ Así también lo menciona GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, pág. 52. Ver también la explicación que se encuentra en ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, pág. 230. Un estudio crítico de la distinción entre el discurso de fundamentación y el de aplicación puede encontrarse en LENOBLE, Jacques. *Law and Undesirability. Toward a new vision of the proceduralization of law*, pág. 66.

conforme a la que el tribunal ha de justificar su sentencia ante un espacio público jurídico ilimitado en principio”.¹⁴⁴⁵

En lo que hace al tema que ocupa este trabajo, el discurso que fundamenta el juicio sobre la imputabilidad del procesado es un discurso de aplicación, habida cuenta que los argumentos expuestos deben orientarse a justificar por qué la decisión adoptada es una consecuencia necesaria de la aplicación del derecho vigente. Prueba de ello es que al momento de emitir un pronunciamiento sobre la imputabilidad del procesado, el juez está obligado a presentar argumentos para demostrar que su decisión satisface el principio de adecuación. Concretamente, el juez está obligado a fundamentar su decisión a partir de las razones por las cuales puede o no afirmarse que el procesado satisface los requisitos formales y materiales previstos en las normas vigentes que prevén como consecuencia la declaratoria de inimputabilidad. Por esta razón, la decisión sobre la imputabilidad suele estar fundamentada en los argumentos que expone el juez para afirmar o rechazar que, en ese caso concreto, el procesado satisface las condiciones exigidas en el derecho aplicable para atribuirle la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

No obstante lo anterior, la fundamentación de la decisión sobre la imputabilidad no se reduce a la observancia del principio de adecuación; es decir, no se contrae sólo a las razones para afirmar que el procesado cumple o no los requisitos previstos en el derecho aplicable para ser declarado inimputable. Para que la decisión sobre la imputabilidad sea válida, es necesario que el discurso de aplicación demuestre que la decisión mantiene un equilibrio adecuado entre la esfera pública y la esfera privada de la decisión.¹⁴⁴⁶ Esto último se obtiene en la actualidad mediante la aplicación del método teleológico político-criminal en materia de determinación de la imputabilidad.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴⁵ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pág. 240.

¹⁴⁴⁶ Cfr. HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 300. Al respecto, ROXIN sostiene que “*Ambos fines del Estado de Derecho —protección de la sociedad y salvaguarda de la libertad— son de naturaleza antagónica y tiene que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana*” (*La Evolución ...* pág. 32).

¹⁴⁴⁷ Aunque sea una obviedad, prefiero recordar que el juicio sobre la imputabilidad es también un juicio de naturaleza jurídico-penal, y que por ende, sigue en lo fundamental la metodología dominante en la dogmática penal para la determinación del derecho. Por esta razón, el método teleológico político-criminal se aplica en materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Ahora bien, en relación con la afirmación relativa a que el método teleológico político-criminal permite alcanzar el equilibrio entre la esfera pública y privada de la decisión, es interesante la postura de AMELUNG, Knut (*Contribución a la Crítica del Sistema Jurídico-Penal de Orientación político-Criminal de Roxin*, pág. 95), quien sostiene: “*Estimo correcto el principio metodológico de ROXIN y advierto en él una gran utilidad. Ello, porque parece ajustado a un estado de desarrollo jurídico en el que el Derecho se ha convertido en <<positivo>> en el sentido de LUHMANN, esto es, en <<política cristalizada>>*”.

En efecto, es importante señalar que el método adoptado por la doctrina dominante en derecho penal ya toma en consideración la necesidad de incorporar al racionamiento judicial la perspectiva de todos los posibles afectados. Recuérdese que en el método teleológico político-criminal la reflexión sobre los fines político-criminales¹⁴⁴⁸ de la pena opera como mecanismo de corrección del sistema de la teoría del delito, en el entendido que la interpretación y aplicación de las leyes penales debe realizarse de tal manera que el sentido de sus disposiciones conduzca a la realización de los valores fundamentales sobre los que se estructura el concreto modelo de Estado diseñado en la Constitución.¹⁴⁴⁹ Si se analiza el método teleológico político-criminal a la luz de la racionalidad comunicativa que fundamenta el juicio sobre la imputabilidad, es posible encontrar que este método ya incorpora la perspectiva de la esfera pública de la decisión al razonamiento judicial, a través de la introducción de la perspectiva de la realización de los valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución, la cual es también la perspectiva de todos los miembros de la comunidad que podrían verse afectados por la decisión.¹⁴⁵⁰

El elemento que permite la incorporación de la perspectiva de la esfera pública de la decisión judicial en el método teleológico político-criminal, es el presupuesto de que la pretensión de validez de una decisión que contribuya a la realización de los valores ético-sociales reconocidos en la Constitución debería ser intersubjetivamente admitida por todos. Al final de cuentas, no hay razón para dudar que todos los miembros de la comunidad, como participantes racionales en la discusión, deberían estar de acuerdo con una decisión que contribuya a la realización de los valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución.¹⁴⁵¹

¹⁴⁴⁸ BINDER define la política-criminal de la siguiente manera: *“La Política Criminal es, en consecuencia, el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad. (...) En principio la política es un conjunto de decisiones. Y las decisiones son actos de voluntad de determinados sujetos sociales, relativas al uso de los instrumentos de coerción penal. Estas decisiones tienen un contenido eminentemente valorativo, aunque a veces este hecho se enmascare bajo formas ‘técnicas’ aparentemente neutrales”* (Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 40).

¹⁴⁴⁹ Cfr. ROXIN, *Política Criminal y...* pág. 43. En la doctrina procesal penal BINDER asume una posición metodológica similar: *“Nuestra perspectiva será funcional, es decir, señalaremos la operatividad del proceso penal, en conjunción con las normas penales, dentro de la configuración de la Política Criminal de nuestra sociedad”*. (Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 40).

¹⁴⁵⁰ Al respecto, ya BETTIOL señalaba: *“El hecho de que después en la Constitución, como a continuación veremos, estén previstas numerosas disposiciones de inmediata actuación en el campo procesal penal, si de un lado demuestra la vigilancia del Constituyente en un sector tal delicado de las relaciones entre Estado y ciudadano, de otro lado indica la naturaleza constitucional —y por tanto, política— de algunas reglas fundamentales del proceso”*. (Instituciones de Derecho Penal y Procesal, pág. 171).

¹⁴⁵¹ Debe tenerse en cuenta que la dicotomía entre la esfera pública y la esfera privada de la decisión no sólo se relaciona con la confrontación entre los intereses del procesado y los intereses de la colectividad, sino también por la confrontación que existe entre el eficientismo y

En materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, esto significa que el juez debe tomar en cuenta que su decisión no sólo ha de satisfacer el principio de adecuación a las normas aplicables, sino también contribuir a realizar los valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución Política.¹⁴⁵² Por esta razón, la decisión sobre la imputabilidad no puede fundamentarse sólo en argumentos acerca de la adecuación de los hechos a la hipótesis prevista en la norma. O sea, en las razones que podría aducir el juez para afirmar o negar que el procesado cumple los requisitos previstos en la norma aplicable para ser declarado inimputable. Además de eso, la decisión también debe estar fundamentada en argumentos que tomen en consideración la perspectiva de la necesidad de realizar los valores ético-sociales reconocidos en la Constitución Política.¹⁴⁵³

el garantismo, que puede traducirse en la dicotomía poder-derecho. Al respecto, es sumamente interesante la referencia a la tensión saber-poder y poder-derecho que hace MAIER cuando indica: “Aquí se nota con toda su fuerza el conflicto de intereses que reside en la base de la función social del Estado en lo penal: por una parte, la necesidad de hacer efectivo el poder penal del Estado en aquellos casos reales que fundan su aplicación y, para ello, la necesidad de averiguar la verdad histórica acerca de los comportamientos de los individuos sospechados como delictivos, con el fin de garantizar las condiciones imprescindibles de la coexistencia social pacífica y, por la otra, el interés individual en la vida propia, con el goce de todas las libertades y bienes jurídicos que el Derecho concede, interés que, en definitiva, también ha sido asumido como social, según se demuestra en muchos momento del procedimiento penal”. (Vol. a...pág. 118).

¹⁴⁵² Esta postura es perfectamente compatible con la teoría de sistemas, tal como lo explica el propio LUHMANN al aclarar lo siguiente: “El marco jurídico desde el cual se emite un fallo no es nunca un programa finalístico que exige buscar los medios adecuados para el fin —ya sea escogido libremente, o impuesto— y que exige respetar las delimitaciones introducidas en el programa, por ejemplo, de los costes permitidos, o de los límites legales. Siempre se tiene, como fundamento del texto autorizado, una estructura del tipo “si esto / entonces esto”. Y sólo al presentarse problemas en la interpretación de este texto, el sistema jurídico, como veremos detalladamente más adelante, puede partir de la consideración de cuál es la finalidad en función a la que debe servir el programa. En este caso, es precisamente la programación condicional la que permite cierta libertad en la imaginación de metas que en una programación por fines no se le permitirá a nadie.

En el caso extremo, el establecimiento de condiciones se reduce, entonces, a una norma de competencia. Derecho es lo que el derecho considera, como instancia determinante, un medio adecuado para el fin. Pero aún eso sigue siendo un programa condicional, porque sólo es derecho si el juez realiza su competencia dentro del derecho, es decir, sólo en tanto el juez. Y entonces la praxis jurídica se regresa a lo que un observador describiría como tautología: derecho es lo que el derecho denomina derecho. La función programática mostraría una tendencia hacia cero. Aun este caso, la autopoiesis del sistema jurídico no estaría en peligro, porque seguiría quedando claro a quien hay que observar si se quisiera saber lo que es conforme (o no conforme) con el derecho. La autopoiesis se garantiza mediante el código, no mediante los programas del sistema” (El Derecho de la Sociedad, pág. 262).

¹⁴⁵³ Al respecto, MAIER realiza un importante aporte en relación con la determinación procesal de la inimputabilidad, cuando señala: “Un Derecho penal de acto, esto es, orientado hacia la retribución de comportamientos singulares antijurídicos y culpables (conducta desviada) y, dicho de manera genérica, hacia la prevención general, negativa o positiva (pena como intimidación o contramotivo para inducir a quien se inclina a delinquir a hacer lo que debe o a no hacer lo prohibido), requiere necesariamente un procedimiento de comprobación orientado hacia la investigación y conocimiento del pasado. Por el contrario, un Derecho penal de autor,

Para poner un ejemplo, supónganse nuevamente el caso de la madre que incurre en una tentativa de homicidio de sus hijos, en el marco de un episodio de “suicidio ampliado” provocado por la idea de que la única forma de evitarles terribles sufrimientos era quitándoles la vida y luego cometiendo suicidio. Supóngase además, nuevamente, que en este caso el psiquiatra forense emite un dictamen psicopatológico que concluye que esa mujer padece una depresión psicótica con delirio nihilista y de ruina.¹⁴⁵⁴ En este caso, el discurso de aplicación no consiste sólo en exponer las razones por las cuales el juez estima que es —o no— válido imputarle la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. No es suficiente que el juez fundamente su decisión en los argumentos por los cuales considera que esa mujer cumple los requisitos sustanciales previstos en la norma aplicable para ser declarada imputable o inimputable. Además de ello, el juez tiene que ofrecer razones para fundamentar su decisión desde la perspectiva de todos los demás posibles afectados como participantes racionales en la discusión. El discurso de aplicación del juez debe estar también en condiciones de justificar cómo es que la decisión no sólo es consecuente con el principio de adecuación, sino que además contribuye a realizar valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución como, por ejemplo, la seguridad de los miembros de la comunidad. Esto significa que el juez también debe ofrecer argumentos para fundamentar su decisión, por ejemplo, desde el punto de vista del peligro que esa mujer puede representar para los miembros de la comunidad en el evento en que sea absuelta de responsabilidad penal y devuelta a la sociedad.

Ahora bien, si se toma en cuenta todo lo dicho hasta este momento, podría llegarse fundamentalmente a la siguiente gran conclusión: *la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es un juicio de naturaleza adscriptiva, al cual se llega mediante un razonamiento de tipo comunicativo, de manera que la decisión finalmente adoptada por el juez debe ser aquella que esté fundamentada en un discurso de aplicación que pudiera ser aceptado por todos los miembros de la comunidad de interpretación, y que explique por qué la determinación del juez frente a la imputabilidad del procesado satisface el*

esto es, orientado hacia la culpabilidad de carácter y, dicho de manera genérica, hacia la prevención especial como modo de evitar que personas proclives a violar las reglas elementales de la convivencia social pacífica observen comportamientos contrarios al Derecho (estado peligroso), implica necesariamente un procedimiento dirigido hacia la investigación del futuro para poder llevar a cabo una prognosis adecuada”. (Vol. a.... pág. 181). Y más adelante, continúa: “Sin embargo, es difícil encontrar un Derecho penal que persiga puramente la realización de un concepto ideológico básico. Lo normal es que, como sucede en el resto del Derecho penal, se parta de la idea madre antes indicada, y luego se mezcle, en alguna dosis, consideraciones de prevención especial y peligrosidad, sobre todo al definir la medición y ejecución de la pena, fenómeno que se advierte aun más en las medidas de seguridad y corrección”. (Vol. a.... pág. 179).

¹⁴⁵⁴ Ejemplo tomado de VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, pág. 942.

principio de adecuación, por un lado, y por otro, produce consecuencias político-criminales satisfactorias.

4.4. La estabilización de la validez de la decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-

La determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es un juicio de naturaleza adscriptiva fundamentada en un discurso de aplicación compuesto por dos clases de argumentos: en primer lugar, los argumentos que tiene el juez para afirmar que su decisión satisface el principio de adecuación; y en segundo lugar, las razones que tiene el juez para afirmar que su decisión conduce a las consecuencias político-criminales más satisfactorias. Dado el carácter discursivo de la racionalidad que produce el juicio sobre la imputabilidad, las dos clases de argumentos mencionados deben ser intersubjetivamente aceptados por los miembros de la comunidad de interpretación, para que la decisión sea válida como derecho. Dicho en otras palabras, para que la decisión sobre la imputabilidad sea válida, se requiere que todos los miembros de la comunidad de interpretación estuvieran dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez implícita en los argumentos presentados por el juez para demostrar que su determinación, por un lado, satisface el principio de adecuación, y por otro, conduce a las consecuencias político-criminales más satisfactorias. La pregunta que pretendo abordar ahora es cómo puede la decisión cumplir tal condición de validez.

Una alternativa sería intentar una teoría material acerca de la validez de la decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental. En este caso, el objetivo sería determinar cuáles son los argumentos que el juez debería utilizar para que los miembros de la comunidad de interpretación aceptaran intersubjetivamente el discurso de aplicación que fundamenta la decisión sobre la imputabilidad. Por supuesto, esta teoría implicaría el estudio y la valoración de todos los posibles argumentos que podría utilizar el juez para fundamentar su decisión sobre la imputabilidad, desde el punto de vista de su contenido.¹⁴⁵⁵ Sin embargo, como ya se ha explicado, intentar una teoría como esa sería estéril por diversas razones que no viene ahora al caso repetir.

¹⁴⁵⁵ Un estudio de esa naturaleza se encuentra disponible para el derecho alemán en BOETTICHER, Alex. et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 3. En ese trabajo no sólo se relacionan los requisitos formales y materiales mínimos que debe tener el dictamen pericial psiquiátrico en el derecho alemán, sino que además se hace una lista de los criterios para la evaluación y valoración jurídica de los trastornos, según su naturaleza. De igual forma, también en la doctrina alemana, EISEMBERG (*Beweisrecht der StOP*, pág. 606 y ss.) hace un estudio de los más importantes trastornos mentales, ofreciendo criterios materiales para valorar su incidencia en la imputabilidad. En la doctrina española, un estudio de esta naturaleza está disponible en PUERTA LUIS, Luis-Román. *Causas de Imputabilidad: Anomalías y Alteraciones Psíquicas. Trastorno Mental Transitorio*, pág. 35.

La otra alternativa, ofrecida en este trabajo como propuesta de solución, consiste en abordar el problema de la validez de la decisión sobre la imputabilidad por trastorno mental desde una perspectiva procedimental. Dicha perspectiva se sustenta en la idea de que, para que los miembros de una comunidad de interpretación estén dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez implícita en la decisión, debería ser suficiente que ésta sea producida mediante un procedimiento aceptado por todos como válido. Ello significa que no es necesario que los miembros de la comunidad lleguen efectivamente a un acuerdo sobre el contenido de la decisión, sino que basta que estén de acuerdo acerca de cuál es el procedimiento válido para emitirla, y que se verifique que aquella sea producida de esa forma. De esta manera, la validez de la decisión judicial no se resuelve al nivel del contenido de los argumentos presentados por el juez para fundamentar su decisión, sino al del procedimiento que se utiliza para su producción.

En materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental ya existe de hecho un procedimiento judicial reglado por normas para producir la decisión. Las normas que regulan dicho procedimiento se encuentran recopiladas en leyes —códigos de procedimiento penal— que en la mayoría de las legislaciones de Europa y América son producidas mediante procedimientos democráticos. Por esta razón, podría decirse que el procedimiento normativamente reglado para la producción de la decisión sobre la imputabilidad se presume aceptado por todos los miembros de la comunidad de interpretación como válido. La consecuencia de este planteamiento consiste en que para que la decisión judicial sobre la imputabilidad sea válida como derecho, basta que ella sea producida conforme al procedimiento regulado por las leyes procedimentales vigentes en cada legislación, porque se presume que la validez de este procedimiento es aceptada por todos los miembros de la comunidad de interpretación. Dicho de otra forma, si las normas que regulan el procedimiento vigente para emitir la decisión sobre la imputabilidad son producidas de forma democrática, entonces se supone que ellas son aceptadas por todos los miembros de la comunidad de interpretación como válidas, de manera que si la decisión judicial es producida a través de ese procedimiento, entonces ella también debería ser tenida como válida por todos los miembros de la comunidad de interpretación.

Otra cosa muy distinta son las condiciones que debería cumplir el procedimiento para que pudiera ser considerado como válido por todos los miembros de la comunidad de interpretación. A la decisión judicial le basta, para estabilizar su validez, con apegarse a las normas que regulan el procedimiento para su producción. En cambio, para que el procedimiento para la producción de la decisión sobre la imputabilidad sea válido, se requiere que las normas que lo regulan satisfagan el principio democrático. De esta manera, la validez de las normas que regulan el procedimiento para la producción de la decisión sobre la imputabilidad sólo queda estabilizada si éstas son producidas mediante un procedimiento de interacción comunicativa libre de coacciones

entre todos los posibles afectados, en el cual sea posible la obtención de un entendimiento a través del puro intercambio de razones.

Ahora bien, es importante aclarar que la fidelidad al procedimiento previsto por el derecho vigente sólo estabiliza la validez de la decisión judicial, bajo la condición de que ese procedimiento sea entendido no sólo como aplicación del derecho procesal, sino también como un juego argumentativo normativamente reglado para la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho. Ya se ha explicado que afirmar que la validez de la decisión depende únicamente de su apego al procedimiento, puede llevar al error de considerar como válida una decisión incoherente o político-criminalmente inconveniente. Por esta razón, el respeto al procedimiento que se requiere para la estabilización de la validez no sólo debe entenderse como el cumplimiento del sistema de reglas para la aplicación del derecho sustancial, sino también como el cumplimiento del conjunto de disposiciones que regulan la competición e intercambio de argumentos en el contexto de un proceso judicial, para asegurar la fundamentación racional de una decisión en términos de aplicación del derecho.¹⁴⁵⁶

Llevado al tema que nos ocupa, esto significa que la estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad depende de que ella sea producida conforme a un procedimiento que cumpla dos condiciones: i) en primer lugar, tiene que tratarse de un procedimiento que siga rigurosamente las normas sustanciales y procedimentales contenidas en una ley procesal penal producida conforme al principio democrático; ii) y en segundo lugar, debe tratarse de un procedimiento que permita la fundamentación racional de la decisión.

Frente a lo primero, el procedimiento para la producción de la decisión sobre la imputabilidad tiene que ser respetuoso de las normas procesales contenidas en el derecho vigente.¹⁴⁵⁷ Esto significa que debe tratarse de un procedimiento que realice el derecho procesal no sólo en términos de procedimiento, sino

¹⁴⁵⁶ *“De nuevo el derecho ha de aplicarse a sí mismo en forma de normas organizativas, para crear no sólo competencias en lo tocante a la administración de justicia, sino para establecer discursos jurídicos como ingredientes de los procesos judiciales. Las normas relativas al orden del proceso institucionalizan la práctica de la decisión judicial de manera que la sentencia y la fundamentación de la sentencia puedan entenderse como resultado de un juego argumentativo que viene programado de forma especial. Y de nuevo se entrelazan procedimientos jurídicos con procedimientos argumentativos no debiendo interferir el establecimiento que se hace de discursos jurídicos en términos de derecho procesal con el lado interno de la lógica de esos discursos. Pues el derecho procedimental o procesal no regula la argumentación normativo-jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal, social y objetivo, el marco institucional para discursos de comunicación que así quedan libres, es decir, que así pueden producirse, los cuales sólo obedecen a la lógica interna de los discursos de aplicación”.* (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 307).

¹⁴⁵⁷ *“El interés público por la unitariedad del derecho subraya un importante rasgo de la lógica de la administración de justicia: el tribunal ha de decidir cada caso particular protegiendo la coherencia del orden jurídico en conjunto”.* (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 309).

también y principalmente en términos de derechos subjetivos.¹⁴⁵⁸ No es suficiente que el procedimiento sea fiel, por ejemplo, a las normas sobre etapas, términos, actuaciones o instancias procesales. El proceso de producción de la decisión también debe respetar los derechos subjetivos reconocidos a todos los sujetos involucrados en el conflicto.¹⁴⁵⁹ Esto significa que debe tratarse de un proceso que no lesione el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso, el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho a la doble instancia, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho a la reparación, y en general los derechos reconocidos constitucionalmente en cada legislación a los sujetos procesales. Así mismo, debe tratarse de un proceso que respete los principios que realizan y/o protegen esos derechos subjetivos de carácter fundamental, tales como el *in dubio pro reo*, el *non reformatio in pejus*, el *habeas corpus*, y todos los demás que cada legislación incluya como fundamento de su modelo de organización judicial.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁸ En este sentido, cfr. TOEPEL. *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 38. Respecto a este tema TIEDEMANN sostiene: “Sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el Derecho Penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica <<pena>> amenazada en los tipos penales (o también medida de corrección y seguridad). Por ello, el proceso penal puede ser designado como <<dinámico>> en relación con el más estático Derecho Penal material. (...) La situación conflictiva en el proceso penal entre ciudadanos y Estado, que resulta de la sospecha del hecho, exige una regulación jurídica, en la medida de lo posible escrupulosa, y una limitación de los poderes estatales, así como los derechos y obligaciones del sospechoso del hecho, pero también de otros participantes en el proceso penal, como testigos y perjudicados, peritos e intérpretes, pues también estas últimas personas vienen sujetas al Poder soberano del Estado en el proceso penal, aunque en medida menos esencial ” (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...* pág. 133). A su turno, ESER afirma: “El Derecho Procesal Penal, como se sabe, es un sismógrafo especialmente en lo que respecta a la Constitución de un Estado. Esto rige, sin duda, en lo que se refiere a la posición jurídica del inculpado: teniendo en cuenta, pues, que, en mayor o menor medida, el inculpado debe ser respetado como sujeto poseedor de determinados derechos y no sólo tratado como objeto pasivo del procedimiento, se puede deducir importantes sobre la idea del Estado que respalda un determinado procedimiento”. (*Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, pág. 19). Así mismo, MAIER afirma: “El derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo’. La sentencia de Ernst Beling define mejor que cualquier otra la necesidad de la existencia del Derecho procesal penal para actuar el Derecho penal sustantivo. (...) De allí que se exprese que el Derecho procesal penal pertenezca al área de los Derechos de realización; específicamente, es el Derecho de realización penal, en tanto se lo define por su función de regular el procedimiento mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal estatal definida por el Derecho penal o se apunta, sintéticamente, que ‘la realización del Derecho penal es la tarea del Derecho procesal penal’ ”. (Vol. a.... pág. 112).

¹⁴⁵⁹ Al respecto, TIEDEMANN sostiene: “Viéndolo desde el punto de vista jurídico-constitucional, el Derecho Procesal Penal vigente regula consecuentemente y ante todo la clase y extensión, por tanto y en último término la conformidad a Derecho, de las violaciones de los derechos fundamentales”. (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...* pág. 135). En su caso, ESER afirma: “Para proteger al inculpado como objeto de investigación contra las intervenciones desmedidas del Estado, así como para asegurar su posición como sujeto del proceso, se encuentra en el Código de Procedimiento Penal una serie de derechos de protección y participación del inculpado”. (*Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, pág. 21).

¹⁴⁶⁰ En algún sentido, y hasta cierto punto, esta tesis no contradice la postura defendida por TIEDEMANN, quien sostiene que la regulación de la manera como se vincula formalmente la

Además, debe tratarse de un procedimiento regulado por normas producidas conforme al principio democrático. Debe ser un procedimiento regulado por normas producidas mediante un procedimiento legislativo, que permita la libre interacción comunicativa de todos los posibles afectados por la norma. Es decir, debe tratarse de normas producidas a través de un procedimiento que permita el entendimiento intersubjetivo, racionalmente motivado, entre todos los miembros de la comunidad potencialmente afectados por la disposición. Sólo de esa manera puede asegurarse que las normas que regulan el procedimiento de producción de la decisión satisfagan el principio de discurso que estabiliza la validez del derecho en las sociedades altamente diferenciadas, el cual exige que la norma pueda ser intersubjetivamente aceptada por todos los posibles afectados como participantes racionales en la discusión.

En cuanto a lo segundo, para que el procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental haga posible la fundamentación racional de la decisión, es necesario que permita la libre competición e intercambio de argumentos en el contexto judicial, sin más limitaciones que las necesarias para asegurar el orden de la actuación y el respeto a las normas contenidas en la ley procesal.¹⁴⁶¹ El procedimiento debe asegurar que las diferentes partes involucradas presenten libremente sus argumentos, tengan la posibilidad de conocer y controvertir los argumentos de la(s) otra(s) parte(s), puedan realizar aportaciones de información o evidencias para fundamentar o controvertir las diferentes argumentaciones, y puedan conocer y controvertir también la decisión judicial final.¹⁴⁶² Las únicas limitaciones admisibles han de ser aquellas necesarias para que el juego argumentativo entre las partes se lleve a cabo de manera ordenada, y sin lesionar los derechos subjetivos reconocidos al procesado, a la víctima o a la sociedad. El procedimiento no puede limitar el

prueba al proceso no tiene que ver con su mayor o menor idoneidad para proveer conocimiento sobre los hechos materia de juzgamiento, sino con el respeto a los derechos fundamentales del inculcado. Y a la sazón expresa: *“La vinculación formal de la prueba de la verdad reivindicada con ello, desarrollada por el conocimiento de los excesos históricos, es una de las seguridades fundamentales del proceso penal de un Estado de Derecho, y uno de los objetivos principales de nuestra Ley Procesal Penal, que proviene totalmente del movimiento de reforma liberal del siglo XIX. (...) Esta afirmación [se refiere a la expresión utilizada por el BGHSt, t 14 pág. 358, en el sentido de que... no se tiene que investigar la verdad a cualquier precio], en principio sorprendente, pero que también se encuentra en numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros, viene fundada por el Tribunal Supremo Federal, en el objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho, de proceder contra el inculcado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana, por tanto, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad”*. (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...* pág. 138).

¹⁴⁶¹ En sentido similar, cfr. BETTIOL. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, pág. 182, quien define el proceso penal también como un conjunto ordenado de actos para la obtención de un conocimiento. Su diferencia con la tesis planteada en este trabajo es que él sigue anclado a la idea de que el fin del proceso es la obtención de la verdad.

¹⁴⁶² *“La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos —excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas— no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma forma son defectuosas”*. (ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, pág. 40).

intercambio y competición de argumentos en función de su contenido, o con violación a derechos subjetivos reconocidos, tales como el derecho de defensa, el derecho de contradicción, el derecho a la doble instancia, etc.¹⁴⁶³ En resumen, debe tratarse de un procedimiento que ofrezca todas las condiciones para que se produzca un debate basado en el puro intercambio de razones, y que haga posible la fundamentación de la decisión judicial en términos racionales.¹⁴⁶⁴

En conclusión, puede decirse que *la estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad depende de que ella sea producida mediante un procedimiento que cumpla las dos características anteriores: i) respetar a las normas sustanciales y procedimentales contenidas en una ley procesal penal producida conforme al principio democrático; y ii) ofrecer todas las condiciones para que se produzca un debate basado en el puro intercambio de razones que haga posible la fundamentación de la decisión judicial en términos racionales.*

4.5. El principio *in dubio pro reo* como mecanismo último de estabilización de la validez de la decisión en casos difíciles.-

Sin perjuicio de todo lo dicho en el apartado anterior, es un hecho que en algunos casos no es fácil para el juez realizar la elección que le impone el código de operación del sistema jurídico en materia de inimputabilidad por trastorno mental. La razón de esa dificultad reside en que hay casos en los que el juez, a pesar de seguir un procedimiento que ofrezca todas las condiciones para la fundamentación racional de la decisión, encuentra varios discursos de aplicación plausibles para fundamentar la decisión tanto en un sentido como en otro. Ello ocurre porque en estos casos el juez puede encontrar buenas razones para declarar tanto la imputabilidad como la inimputabilidad del procesado, en términos del principio de adecuación y de conveniencia político-criminal. La dicotomía entre dos alternativas de decisión mutuamente excluyentes, que podrían admitirse por igual para un mismo caso con base en buenas razones para cada una de ellas, es justamente lo que permite definir estos casos como: <<casos difíciles>>.

No hace falta explicar que los casos difíciles no existen únicamente en materia de determinación de la imputabilidad. Esta es una posibilidad que atraviesa de

¹⁴⁶³ “El discurso jurídico no puede moverse autárticamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas”. (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 302).

¹⁴⁶⁴ “Las disposiciones relativas a procedimiento no norman, pues, ni las razones que deban considerarse admisibles, ni tampoco la marcha de la argumentación; pero aseguran ámbitos para discursos jurídicos, que sólo en su resultado se convierten en objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas instancias superiores”. (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 309).

forma transversal el derecho, ya que este tipo de casos pueden ocurrir prácticamente en cualquier asunto judicial. Por esta razón, desde hace mucho tiempo existen, en casi todas las legislaciones de Europa y América, disposiciones que prevén principios y reglas para ayudarle al juez a tomar una decisión en casos difíciles. En el derecho penal, el mecanismo que permite resolver este tipo de casos consiste en la incorporación al sistema jurídico de una presunción de inocencia, la cual tiene como consecuencia en la práctica judicial la obligación de resolver a favor del procesado todas las dudas razonables que existan en relación con la responsabilidad penal.¹⁴⁶⁵ En la actualidad, este mecanismo viene ya recogido en la mayoría de las legislaciones de forma expresa, mediante las normas que prevén y desarrollan el principio *in dubio pro reo*.¹⁴⁶⁶

La aplicación del principio *in dubio pro reo* en materia de imputabilidad requiere sin embargo una consideración especial. Para saber cómo ayuda este principio a resolver los casos difíciles, es necesario entender previamente la manera en que él se articula con las cualidades que el sistema jurídico presupone de manera general en el procesado. Dicho en otras palabras, para comprender la manera en que el principio *in dubio pro reo* contribuye a resolver los casos difíciles, debe primero responderse la pregunta acerca de *¿cómo pueden resolverse las dudas sobre la imputabilidad a favor del reo, si el sistema jurídico presupone por principio que el procesado reúne todas las cualidades para ser declarado responsable, incluidas la capacidad de comprensión y autodeterminación?*

En efecto, como ya se ha explicado, las capacidades de comprensión y/o autodeterminación son cualidades, son propiedades, son atributos que el programa de operación del derecho presupone en todos los individuos, como consecuencia del concepto de persona que el sistema jurídico ha adoptado desde sus fundamentos. Debido a que las capacidades de comprensión y autodeterminación son cualidades que el sistema jurídico presupone en todos los individuos, al interior del proceso penal el juez está obligado a presuponer que es válido atribuirle esas capacidades también al procesado. De hecho, es esto lo que explica que al interior del proceso penal no se discuta la imputabilidad del procesado, sino la inimputabilidad del mismo. Por esta razón,

¹⁴⁶⁵ Sobre el principio de presunción de inocencia en el derecho procesal penal español cfr. CALDERÓN CERREZO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 31; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho Procesal Penal Español*, pág. 74; ALAMAGRO NOSETE, José. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pág. 58; RIFÁ SOLER, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 32; GÓMEZ COLOMER. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pág. 292; VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, pág. 201; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pág. 162.

¹⁴⁶⁶ Visto desde la perspectiva de la teoría de sistemas, el *in dubio pro reo* podría ser explicado diciendo que “En el caso de que haya inseguridad en los resultados de la investigación (lo que la ciencia puede admitir), el sistema jurídico tiene la libertad de recurrir a las ‘policy decisions’ a las regulaciones de las descargas de las pruebas, etcétera, en una palabra: puede recurrir a medios que están disponibles sólo en los bordes”. (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*, pág. 142).

alguien podría pensar que el hecho de que el sistema jurídico presuponga de manera general las capacidades de comprensión y autodeterminación en el procesado, tiene como consecuencia que en presencia de dudas acerca de la posibilidad de atribuir dichas capacidades, el juez debería optar por atribuir las. Después de todo, si el propio sistema jurídico presupone esas capacidades y no se ha desvirtuado esa presuposición, el juez debería mantenerla.

La conclusión a la que conduce la aplicación del principio *in dubio pro reo* en materia de imputabilidad es, en cambio, opuesta. El principio *in dubio pro reo* indica que las dudas existentes en materia de responsabilidad penal deben resolverse a favor del procesado, lo cual implica que ante la duda entre declarar al procesado culpable o inocente, el juez debe elegir esto último. En materia penal, la imputabilidad es un presupuesto de la responsabilidad penal, de tal manera que la consecuencia jurídica de demostrar la inimputabilidad es la ausencia de responsabilidad penal. Por esta razón, a primera vista parecería que la decisión que más favorece los intereses del procesado es la declaratoria de inimputabilidad, en el entendido que es ésta la alternativa que lo exonera de responsabilidad penal. En consecuencia, la aplicación del principio *in dubio pro reo* en caso de duda sobre la posibilidad de atribuir al procesado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, parecería en principio indicar que lo procedente debe ser la declaratoria de inimputabilidad, ya que ésta es la decisión que más favorece sus intereses.

Como puede verse, la aplicación del principio *in dubio pro reo* para resolver los casos difíciles en materia de imputabilidad parecería crear un predicamento: por un lado, se tiene que la presuposición general del sistema jurídico de que el procesado reúne todas las cualidades necesarias para ser responsable — incluida la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión— no se ha desvirtuado, de tal suerte que debería ser declarado imputable; y por otro lado, tenemos que el principio *in dubio pro reo* obliga a resolver la duda a favor del procesado, lo cual conduciría a la declaratoria de inimputabilidad.

El planteamiento anterior del problema contiene sin embargo dos errores que es necesario evitar. El primero consiste en creer que por el hecho de que el sistema jurídico presupone en el procesado las capacidades de comprensión y autodeterminación, entonces la existencia de duda sobre ese tema debe resolverse a favor la presuposición general del sistema jurídico, afirmando la imputabilidad del procesado. El segundo error consiste en pensar que la aplicación del principio *in dubio pro reo* en caso de duda implica necesariamente una declaratoria de inimputabilidad, porque es lo que más favorece al procesado.

En relación con el primer error, es cierto que el sistema jurídico presupone de manera general que todos los individuos tienen la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Sin embargo, no hay razón para pensar que esa presuposición

deba mantenerse aun en caso de que surjan dudas al respecto. Es importante tener en cuenta que como producto del proceso judicial para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, el juez puede encontrarse en uno de tres escenarios posibles: por un lado, es posible que adquiera certeza acerca de que deben atribuirse al procesado la capacidad de comprender el sentido de su conducta y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión; por otro lado, también es posible que adquiera certeza de lo contrario, o sea, de que no deben atribuirse al procesado esas cualidades; y finalmente, es posible que el juez no tenga certeza alguna, sino dudas acerca de la atribución de esas capacidades al procesado.

En el primer caso, el proceso de determinación de la imputabilidad confirmaría la presuposición general del sistema jurídico, y en consecuencia no hay dificultad para declarar al procesado imputable. En el segundo caso, el proceso desvirtuaría la presuposición general del sistema jurídico, y el procesado debería ser declarado inimputable. El problema está en el tercer caso, pues allí la presuposición del sistema general no puede ser ni confirmada ni desvirtuada, de tal manera que el juez no puede declarar definitivamente al procesado imputable o inimputable.

No hay razones para afirmar que en caso de duda sobre la presuposición del sistema jurídico, ésta deba ser confirmada. Si lo que caracteriza los casos difíciles es precisamente el hecho de que existen buenas razones tanto para confirmar como para desvirtuar la presuposición general del sistema jurídico respecto del procesado, entonces ¿con base en qué razones puede el juez decantarse por una de esas alternativas?, ¿cómo puede afirmar que la presuposición general queda confirmada, si también hay buenas razones para sostener que está desvirtuada? En mi criterio, no es razonable pensar que en caso de duda sobre la presuposición general del sistema jurídico sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación, ésta deba ser confirmada. A mi juicio, lo único que se puede afirmar en caso de duda sobre esas presuposiciones, es precisamente eso, o sea, que existen dudas.

Por otra parte, afirmar que la aplicación del *in dubio pro reo* en caso de duda sobre la capacidad de culpabilidad tiene como consecuencia la declaratoria de inimputabilidad, habida cuenta que ésta es la decisión que más favorece al procesado, es un error, fundamentalmente por dos razones:

- i) En primer lugar, esta afirmación no toma en consideración que pueden darse casos en los que el procesado, luego de comparar la pena que debería afrontar de llegar a ser declarado imputable y la medida de seguridad que debería soportar de llegar a ser declarado inimputable, podría preferir la pena por ser más corta, o porque le permitiría acceder a subrogados de ejecución condicional que la harían menos gravosa que la medida de seguridad. De manera que no es necesariamente cierto que la decisión más favorable para el procesado sea siempre la declaratoria de inimputabilidad.

- ii) Y en segundo lugar, porque contrario a lo que podría pensarse, la aplicación del principio *in dubio pro reo* no requiere que el juez deba asumir una postura sobre la imputabilidad del procesado. Es decir, la aplicación del *in dubio pro reo* no obliga al juez a tener que declarar al procesado imputable o inimputable, precisamente porque lo que hace viable aplicar este principio es la imposibilidad de decantarse por alguna de esas dos alternativas de decisión.

Si el principio *in dubio pro reo* obligara al juez a declarar al procesado imputable o inimputable, lo estaría induciendo a realizar una afirmación que no sólo no puede sustentarse racionalmente, sino que además es contraria a la lógica. Frente a lo primero, téngase en cuenta que lo que caracteriza a los casos difíciles es que en ellos hay buenas razones tanto para una como para otra alternativa de decisión, y por eso no hay argumentos para admitir uno de los dos extremos del código y rechazar el otro. De tal manera que una declaratoria de imputabilidad o de inimputabilidad, en un caso en el que hay dudas razonables, es una declaratoria que carece de fundamento racional. Y respecto a lo segundo, nótese que si la aplicación del principio *in dubio pro reo* condujera a una decisión en alguno de los dos sentidos del código, se llegaría al error de fundamentar la declaración sobre la imputabilidad en una duda sobre la imputabilidad. No es racional que el juez emita una declaración sobre la imputabilidad en alguno de los sentidos del código, aduciendo como fundamento de su elección, precisamente, el hecho de que tiene dudas sobre cuál de las dos alternativas es correcta.

En estricto rigor jurídico, el *in dubio pro reo* es un principio que orienta al juez acerca de qué decisión debe adoptar sobre la responsabilidad penal, en caso de que existan dudas razonables sobre alguno de los elementos constitutivos de ésta. Esto significa que el principio *in dubio pro reo* no le indica al juez qué decisión debe tomar frente a la imputabilidad, sino qué decisión debe tomar frente a la responsabilidad en caso de duda sobre la imputabilidad.¹⁴⁶⁷ El *in dubio pro reo* no le indica al juez qué decisión debe tomar frente a la imputabilidad, en caso de duda sobre la posibilidad de atribuir al procesado la capacidad de comprender el sentido de su conducta y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Este principio sólo le indica al juez que en caso de duda sobre la imputabilidad, debe emitir una

¹⁴⁶⁷ Frente a este punto, CALDERÓN CERREZO sostiene “La presunción de inocencia despliega sus efectos sobre los elementos materiales y objetivos del delito, es decir, sobre la realidad del hecho y la participación que en el mismo haya tenido el acusado, pero queda fuera de su alcance todo lo que exceda de ese campo fáctico, como las cuestiones de calificación jurídica, los juicios de inferencia y los elementos anímicos que se encuentran ocultos en la mente y en la conciencia de la persona, que no entran en la categoría de lo fáctico”. (CALDERÓN CERREZO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 475). En sentido similar, cfr. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia*, pág. 45.

sentencia absolutoria.¹⁴⁶⁸ O sea, que en caso de duda sobre la imputabilidad debe absolver de responsabilidad penal al procesado, y abstenerse de imponerle una pena. Dicho en pocas palabras, el principio *in dubio pro reo* no le dice al juez cómo debe decidir sobre la imputabilidad cuando hay duda sobre la imputabilidad, sino cómo debe decidir sobre la responsabilidad cuando hay duda sobre la imputabilidad.¹⁴⁶⁹

Es importante no perder de vista que el principio *in dubio pro reo* no tiene el propósito de ayudarle al juez a emitir una decisión sobre la imputabilidad, sino una decisión sobre la responsabilidad. De manera que el principio *in dubio pro reo* tiene aplicación en casos de duda sobre la imputabilidad sólo porque ello genera a su vez dudas sobre la responsabilidad penal. Por esta razón, la aplicación del principio *in dubio pro reo* no sólo no implica un pronunciamiento sobre la imputabilidad, sino que de hecho se fundamenta en la imposibilidad de emitir tal pronunciamiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible abordar la pregunta acerca de *¿cómo pueden resolverse las dudas sobre la imputabilidad a favor del reo, si el sistema jurídico presupone por principio que el procesado reúne todas las cualidades para ser declarado responsable, incluidas la capacidad de comprensión y autodeterminación?*

La respuesta a esa pregunta consiste en que si bien es cierto que el sistema jurídico presupone desde sus fundamentos que todos los individuos, incluido el procesado, tienen la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, esa no es una presuposición que deba mantenerse a toda costa y aun en caso de duda. De hecho, para que esa presuposición deje de operar como criterio rector de la decisión sobre la responsabilidad penal, no es ni siquiera necesario que se desvirtúe por completo. Basta simplemente que surja una duda razonable acerca de si el procesado realmente tiene esa cualidad de comprender el sentido de su conducta y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.¹⁴⁷⁰ En el momento en el que aparece esa duda, y se

¹⁴⁶⁸ En este mismo sentido, cfr. RIFÁ SOLER. *Derecho Procesal Penal*, pág. 242. También cfr. CALDERÓN CEREZO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 476; GÓMEZ COLOMER. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pág. 299; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pág. 162.

¹⁴⁶⁹ En este sentido, RIFÁ SOLER sostiene: “A diferencia de la citada presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* tiene alcance distinto aun cuando se trate de una manifestación del primero. Mientras la presunción de inocencia presupone la ausencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* opera como norma de interpretación o de aplicación de la prueba cuando ésta resulte insuficiente para la condena de los acusados en el proceso”. (RIFÁ SOLER, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 33). En sentido similar, cfr. GÓMEZ COLOMER. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pág. 300. Cfr. también VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, pág. 201.

¹⁴⁷⁰ De hecho, un criterio como éste ya opera en el *common law*. Al respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ explica: “Para evitar que la excepción a esta regla general suponga un grave perjuicio para el acusado [se refiere a la regla de inversión de la carga de la prueba en materia de

observa que no hay forma alguna de resolverla con base en los elementos de juicio allegados al proceso, el juez debe admitir y declarar expresamente que no puede emitir un pronunciamiento definitivo acerca de si es válido atribuir al procesado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, y que en consecuencia tampoco puede realizar un pronunciamiento sobre la imputabilidad.¹⁴⁷¹

La manifestación que hace el juez acerca de la imposibilidad de emitir un pronunciamiento definitivo sobre la imputabilidad no significa, de modo alguno, que el caso quede sin resolver. El sistema jurídico ya prevé un mecanismo para orientar al juez acerca de cómo debe decidir sobre la responsabilidad penal en caso de duda sobre la existencia de alguno de sus elementos constitutivos. Este mecanismo es el principio *in dubio pro reo*, y le indica al juez que en caso de duda sobre la imputabilidad debe pronunciarse sobre la responsabilidad penal en el sentido absolutorio.¹⁴⁷² Es decir, le señala que en caso de duda sobre la imputabilidad del procesado, el juez debe absolverlo de responsabilidad y abstenerse de imponerle una pena.¹⁴⁷³

insanity defence], en el único supuesto en que se le exige que logre convencer al tribunal, que es el caso en el que alegue trastorno mental, es completamente pacífico que el grado de certeza que se le impone (Standard of proof) no es el mismo que tiene que lograr la acusación (más allá de toda duda razonable), sino que consiste en lo que los anglosajones denominan *preponderance of probabilities* o *balance of probabilities*, y que coincide con el exigido a ambas partes en el proceso civil. Este grado de certeza supone que el acusado sólo tiene que mostrar que, frente a la tesis de la acusación, la suya es más verosímil". (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pág. 288).

¹⁴⁷¹ Al respecto, también RIFÁ SOLER (*Derecho Procesal Penal*, pág. 243) está de acuerdo en que en la sentencia deben constar no sólo los hechos que resulten probados, sino también aquellos sobre los cuales hay duda, para poder fundamentar la sentencia absolutoria en el principio *in dubio pro reo*. En este mismo sentido, VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, pág. 204.

¹⁴⁷² „Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eventuell nicht die Möglichkeit, die Schuldunfähigkeit anders als im Wege einer Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ festzustellen, da die psychiatrische Wissenschaft noch nicht so weit vorgedrungen ist, mehr als Zweifel an der Schuldfähigkeit zu begründen. Klar umrissene Befunde wie die Wahnsymptomatik der psychosen besitzen die beste Chance, die Relevanz eines solchen Zweifels sichtbar zu machen. Am anderen Ende der Skala befinden sich die „seelischen Abartigkeiten“, die je eher im Sinne des § 20 StGB als „schwer“ einzustufen sind, je ähnlicher die auftretenden Syndrome den genauer definierten Krankheitsbildern der Psychosen sind. Für die Schwere der Beeinträchtigungen bieten die Klassifizierung ICD und die Wittersche Syndromskala wertvolle Anhaltspunkte“ (TOEPEL. *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, pág. 217). Específicamente acerca de la aplicación del principio *in dubio pro reo* en la valoración de los dictámenes periciales en el derecho español, desde una perspectiva distinta a la de este trabajo, puede consultarse VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, pág. 329; o también FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pág. 287.

¹⁴⁷³ En relación con este punto, TOEPEL explica: „Unmittelbar nachweisbar ist auch nicht, ob ein Täter in einer bestimmten Situation nicht anders handeln konnte. Es gibt aber bekannte psychiatrische Befunde, die darauf hindeuten, dass der psychisch kranken Täter regelmässig erheblich mehr als andere Menschen Hindernissen ausgesetzt ist. Diese Hindernisse sind geeignet, die (notwendigerweise) vorausgesetzte Autonomie, so sie existiert, erheblich einzuschänken. Es genügt, einen eindeutigen Anhaltspunkt für eine derartige psychische

De esta forma, el principio *in dubio pro reo* se convierte en el mecanismo último que permite la estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad en casos difíciles. Más aún, el *in dubio pro reo* se convierte en un mecanismo para estabilizar la validez del derecho a partir del propio derecho. Y lo que es más interesante, el principio *in dubio pro reo*, como principio que orienta el procedimiento judicial penal, también se constituye en un mecanismo para la estabilización de la validez de la decisión mediante su producción conforme a un procedimiento regulado por normas consideradas a su vez como válidas. Y es en esto precisamente en lo que consiste la propuesta realizada en este trabajo, acerca de estabilizar la validez de la decisión sobre la imputabilidad mediante una racionalidad de tipo procedimental.

4.6. La carga de la prueba.-

Una de las cuestiones más importantes que debe resolverse en materia de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental tiene que ver con la manera en que se distribuye la carga de la prueba al interior del proceso.¹⁴⁷⁴ Para dar una respuesta a esta pregunta deben tenerse en cuenta tres cosas:

- i) En primer lugar es necesario aclarar que en el marco de una racionalidad de tipo comunicativo, el término <<prueba>> adquiere un significado particular. En efecto, el término <<prueba>> puede tener normalmente tres significados diferentes:¹⁴⁷⁵ en algunas ocasiones, se utiliza el término <<prueba>> para referirse al conjunto de medios o instrumentos (testimonios, documentos, peritajes, etc.) de los que se valen las partes para demostrar las hipótesis fácticas en que fundamentan sus pretensiones; por razones metodológicas de

Behinderung festzustellen, um einen nicht lediglich abstrakten Zweifel dran zu Begründen, dass in einem bestimmten Fall die Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit fehlt. Besteht in diesem Sinne ein relevanter Zweifel, so greift der Grundsatz in dubio pro reo ein. Wie soeben um Zusammenhang mit der Problematik des Absprechens der Willensfreiheit erörtert, bedeutet dies, dass im Zweifel von Schuldunfähigkeit auszugehen ist. Die psychiatrische Wissenschaft mag noch nicht so weit vorgedrungen sein, jemals mehr als Zweifel an der Schuldunfähigkeit zu begründen. Wenn es sich so verhält, ist mehr als eine Annahme von Schuldunfähigkeit im Wege einer Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo nicht möglich, aber auch hinreichend, um die derzeitige Praxis zu legitimieren. Ob ein Zweifel stark genug ist, um das Eingreifen des Grundsatz in dubio pro reo auszulösen, kann, wie oben festgestellt, nur durch Abwägung rivalisierender Hypothesen im Sinne von Lehres Methode beantwortet werden“ (Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, pág. 231).

¹⁴⁷⁴ Una interesante crítica al modelo actual de distribución de la carga de la prueba en el sistema español, a partir del concepto de <<sociedad del riesgo>> y específicamente del concepto de <<riesgo>> como criterio para la distribución de la prueba, puede encontrarse en ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la Prueba y Sociedad del Riesgo*.

¹⁴⁷⁵ Esta distinción es también sostenida por MUÑOZ SABATÉ (pág. 203), quien explica: “JOAO DE CASTRO MÉNDEZ ha expuesto recientemente las distintas direcciones sobre el concepto de prueba, reduciéndola fundamentalmente a tres grupos: a) Autores que consideran la prueba como una actividad; b) Tratadistas que entienden que es un resultado; c) Autores para los que la prueba significa el medio que tiende a ese resultado”.

claridad, es preferible referirse a ellos como se ha venido haciendo en este trabajo, es decir, como *medios de prueba*. En otras oportunidades, la utilización del término <<prueba>> se relaciona con el examen o test que se hace para verificar la verdad o falsedad de una hipótesis; a esta acción es preferible referirse como *actividad probatoria*.¹⁴⁷⁶ Y finalmente, el término <<prueba>> también se usa para significar el conjunto de razones o argumentos con los que se demuestra la verdad o falsedad de una proposición; a esta última se refiere el término <<prueba>> en el contexto de una racionalidad de tipo discursivo como la comunicativa.¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷⁶ Al respecto, MITTERMAIER, C.J.A (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, pág. 67) sostenía: “Preciso es considerar 1º, de una parte, quien la propone, o lo que es igual, el que suministra los motivos determinantes de la convicción; 2º, de otra, aquel ante quien se propone. En el primer caso, la palabra prueba está tomada subjetivamente, designa los esfuerzos que la parte hace para fundar la convicción en el ánimo del Juez, y ponerle en estado de decidir con toda certeza acerca de los hechos de la causa.(...) Entendida la prueba en relación a aquel ante quien se produce, viene esta palabra a ser sinónimo de certeza; tomase entonces objetivamente y comprende el conjunto de motivos poderosos que sirven para concluir con toda seguridad que son reales y efectivos los hechos de la inculpación.” BETTIOL (pág. 253), por su parte, aunque no definió expresamente el término <<prueba>>, si dejó claro que para él la prueba se relaciona con una actividad de confirmación de hipótesis: “No hay prueba sin constatación de un determinado hecho, y la constatación necesita el uso de los instrumentos lógicos del pensamiento humano que son por su naturaleza instrumentos críticos. El campo de la prueba es esencialmente el campo reservado a la crítica, que es un momento típico del pensamiento humano y sin el cual no se llega a la declaración de la verdad. En este cuadro, tenemos una prueba histórica o directa cuando un medio probatorio se dirige a constatar el hecho que forma el objeto de un determinado proceso penal, como es el caso en que un testigo declare haber visto al imputado robar y reconocerlo, en consecuencia, como al ladrón. El momento crítico aquí concierne a la credibilidad del testigo, pero enseguida que ésta venga reconocida, el hecho es probado y es el hecho típico y característico, objeto del proceso penal”.

¹⁴⁷⁷ Esta postura ya había sido incorporada a la dogmática procesal penal desde los tiempos de CARNELUTTI (pág. 289), quien afirmaba: “Puesto que el juicio saca del presente el pasado o el futuro o, en otras palabras, de la certeza la probabilidad, la materia sobre la cual opera o con la cual se realiza, es el presente mismo o, en otras palabras, la especie, la cual en cuanto además de la certeza de sí proporciona la probabilidad de otro diferente de sí, se llama prueba; el parentesco entre prueba y probabilidad (de la raíz común *probus* y *probare*) no tiene necesidad de ser subrayada”. Posteriormente, MITTERMAIER, C.J.A (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, pág. 65) definió el concepto de <<prueba>> en este mismo sentido, afirmando: “Cuando un individuo aparece como autor de un hecho al que le ley señala consecuencias aflictivas, y siempre que se trata de hacerle aplicación de ellas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la conciencia del Juez, **dándose el nombre de prueba a la suma de los motivos que producen la certeza**. En el momento que examina estos motivos se efectúa en el ánimo del Juez una operación semejante a la que tiene lugar en todo hombre que en los asuntos privados procura convencerse de la **verdad** de ciertos hechos.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original). En la actualidad, son muchos los autores que sostienen definiciones similares del concepto de <<prueba>>, aunque se trata de definiciones que tienen diferencias importantes entre sí. En España, por ejemplo, GASCÓN ABELLÁN, Marina sostiene: “La valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba. Más exactamente, valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas”. (*Prueba Judicial: Valoración y Motivación*, pág. 308). MUÑOZ SABATÉ, por su parte, explica: “En el segundo caso, es decir, cuando la prueba se relaciona con la actividad del juzgador, ya hemos tenido ocasión de insinuar que la misma

Visto entonces desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa, hablar de la “prueba la imputabilidad” implica la utilización del término <<prueba>>, en el sentido que se refiere a las razones o argumentos con los cuales se busca persuadir al juez de determinada postura frente a la capacidad de culpabilidad del procesado.

Esta acepción del término <<prueba>> responde realmente a una larga tradición que se remonta incluso a la filosofía griega, y que en la actualidad ha sido objeto de recepción por parte de la teoría de la argumentación. A la sazón, conviene recordar que en la aportación aristotélica la prueba no era una parte del discurso, sino el discurso mismo. Para Aristóteles, la prueba era entendida como un entinema, o sea, como *“un silogismo similar al científico, pero que se diferencia de él porque no tiene que basarse en premisas universales y verdaderas, sino en premisas verosímiles. El entinema da cabida a las opiniones verosímiles, probables, generalmente admitidas en todo momento y a las máximas que concuerdan con las predisposiciones y prejuicios de los oyentes. Aristóteles las clasifica como «lugares comunes» (Topoi)”*.¹⁴⁷⁸ En pocas palabras, la prueba era entendida como el correspondiente retórico del silogismo lógico formal.¹⁴⁷⁹

comprende dos actos primordiales: la percepción y la valoración; proceso este último de carácter discursivo y que se reduce a lo que nosotros llamamos inferencias”. (Pág. 204). En relación con el proceso penal alemán, GÓMEZ COLOMER explica: “En el derecho procesal penal alemán se utilizan dos conceptos probatorios de significado y alcance distinto. Por un lado está la prueba, es decir, aquel medio u objeto que <<proporciona al Juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho>>; por otro está la justificación (o acreditamiento), exigida por la Ley en diferentes ocasiones, que no pretende convencer al Juez acerca de la existencia de un hecho, sino simplemente proporcionarle un dato en el que conste que la mera probabilidad de que ese hecho puede haber ocurrido”. (Pág. 128).

¹⁴⁷⁸ PEDROSO. *Aristóteles y el Entinema*, pág. 5. En este mismo sentido, cfr. ROMERO COLOMA *Estudio de la Prueba Procesal...* pág. 9.

¹⁴⁷⁹ Es importante aclarar, no obstante, que al entender la prueba como argumento no debe caerse en el error de asimilar el entinema a la presunción, como lo hace MUÑOZ SABATÉ (pág. 207) al afirmar lo siguiente: *“En el discurso cotidiano la mayoría de las inferencias lógicas son entimemas, observa ORMAN QUINE. En el plano jurídico ello significa que muchos silogismos se desenvuelven inconscientemente en la mente del juzgador.*

Todas estas reflexiones conducen inevitablemente al argumento de que la convicción descansa en todos los casos sobre presunciones. En la esfera procesal, raras veces se da un sólo instrumento y una sola inferencia, sino que aquellos son varios y éstas se agrupan formando un haz o concurso inferencial que permite hablar de una correspondencia lógica estructurada a base de silogismos; la misma critología de los instrumentos probatorias no comporta otra cosa sino mutuas inter-referencias. Desde este ángulo la llamada apreciación conjunta de la prueba tiene en el fondo igual sustancia presuntiva, que la de una presunción homini.

Otro argumento en pro de la generalización del método inferencia presuntivo lo tenemos en el hecho muy significativo de la identificación de la estructura lógica del juicio presuntivo del juez con aquella que es propia del juicio de probabilidad, en el cual precisamente descansa, como tuvimos ocasión de ver en anterior apartado, la valoración de toda la prueba. Se presume aquello que no consigue alcanzarse con una evidencia absoluta, y puesto que ninguna prueba es capaz de proporcionárnosla, decimos que en definitiva toda prueba se basa en meras presunciones”. En mi criterio, el discurso de aplicación que fundamenta la decisión no está fundamentado sólo a partir de presunciones, sino también por muchas otras clases de

En el derecho romano la tradición retórica aristotélica se continuó por Cicerón, quien definió la prueba como **argumentum**, como <<*ratio quae rei dubiae faciat fidem*>>¹⁴⁸⁰ esto es, como la razón que permite llegar a conclusiones confiables frente a casos dudosos.

En la actualidad, la teoría de la argumentación constituye una continuación de esa larga tradición que entiende la prueba como argumento. Alexy, por ejemplo, ha intentado elaborar una teoría del discurso racional¹⁴⁸¹ como teoría de la fundamentación jurídica, al hilo de la cual “*Un argumento es la fundamentación que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una orden o, en su caso, de una valoración*”.¹⁴⁸² De esta manera, la teoría de la argumentación, como teoría de la fundamentación racional de la decisión judicial, conduce a considerar que la prueba de la validez de la decisión judicial reside en los argumentos que se aducen para que la pretensión de validez implícita en ella sea intersubjetivamente admitida.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe evitarse caer en el error de pensar que la prueba en materia de imputabilidad es el dictamen pericial psiquiátrico. Desde la perspectiva que se viene utilizando, el dictamen pericial es uno más de los medios de prueba que se allegan al proceso, quizás el más importante, pero de ningún modo es la prueba en materia de imputabilidad. *La prueba en materia de imputabilidad es el conjunto de argumentos o razones que permiten aceptar o rechazar la pretensión de validez implícita en la propuesta de alternativa de decisión planteada por cualquiera de las partes.* El dictamen pericial psiquiátrico ofrece los elementos de juicio más importantes para producir esa argumentación, y por eso es el medio de prueba por excelencia en materia de imputabilidad. Sin embargo, el dictamen pericial psiquiátrico por sí solo no es prueba de nada, ya que hace falta que sea objeto de lectura e interpretación para que al interior del sistema jurídico pueda producirse la información o la redundancia que se necesita en forma de argumentos para afirmar o rechazar la propuesta de alternativa de decisión planteada por cualquiera de las partes.¹⁴⁸³

operaciones mentales llevadas a cabo por el juez, tales como deducciones, análisis, síntesis, comparaciones, observaciones, etc. Afirmar que el entinema es equivalente a una presunción podría llevar a una reducción injustificada e inconveniente.

¹⁴⁸⁰ “En Roma la tradición retórica fue fijada y condicionada por Cicerón, siendo clásica la noción de la prueba como <<*argumentum*>>, es decir, como <<*ratio quae rei dubiae faciat fidem*>>”. (ROMERO COLOMA *Estudio de la Prueba Procesal*... pág. 12).

¹⁴⁸¹ *Un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas de discurso*”. (ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pág. 39).

¹⁴⁸² ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pág. 120.

¹⁴⁸³ Para MUÑOZ SABATÉ (pág. 230), el perito es un auxiliar del juez en la búsqueda de las máximas de la experiencia. A la sazón, sostiene este autor: “*Tenemos de este modo conceptualizada la pericia como una actividad, lo cual ya significa, en principio, el rechazo total de la tesis instrumentalista. Para ELLERO, por ejemplo, la pericia no era más que un medio*

- ii) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado, como elementos de la imputabilidad, son cualidades, características, atributos que el sistema jurídico presupone en todos los individuos de manera general, como consecuencia del concepto de persona a partir de cual se elabora. Como producto de la discusión de tipo político o filosófico que precede la actividad legislativa, el sistema jurídico ha adoptado un determinado concepto de persona en el que los individuos son entendidos como sujetos libres e inteligentes, capaces de comprender el sentido de sus acciones y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. A partir de este concepto de persona se elabora el programa de operación del derecho, de tal manera que el sistema jurídico presupone que todos los destinatarios de las normas son personas con capacidad de comprensión y autodeterminación.

En el marco del proceso judicial, la presuposición que hace el sistema jurídico tiene como consecuencia que las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado se presuponen también como punto de partida para el debate sobre su responsabilidad. Esto significa que al comienzo del proceso judicial las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado se presuponen, y por ello la imputabilidad se da por sentada sin necesidad alguna de prueba. Podría decirse que como el sistema jurídico presupone desde sus fundamentos que todos los individuos son imputables, entonces el juez, en aplicación de ese sistema jurídico, debe partir del supuesto de que el procesado, como individuo destinatario de las normas jurídicas, es también imputable. Por esta razón, lo que es objeto de discusión en el proceso penal es la inimputabilidad, y no la imputabilidad.

Para que la presuposición del sistema jurídico pueda entrar a ser objeto de debate en el proceso judicial, se requiere que alguna de las partes formule una alegación con la cual ponga en duda la posibilidad de atribuir al procesado las cualidades que el programa de operación del derecho supone en todos los individuos. Es decir, se requiere que una de las partes genere una duda sobre la posibilidad de atribuir al procesado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, indicando por qué razón la situación del procesado podría ser distinta a la de todos los demás individuos, a quienes el sistema jurídico les atribuye dichas cualidades de manera general.

subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándole al modo como los anteojos auxilian al sentido de la vista. También para CARNELUTTI el perito no hace más que integrar la actividad del juez, no siendo por tanto ni fuente ni medio de prueba, y lo mismo COUTURE que considera la pericia no como medio de prueba sino como elemento de elaboración en la génesis lógica de la sentencia, siendo por tanto uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para decidir frente a cada caso concreto el conflicto de intereses”.

- iii) Y en tercer lugar, es conveniente recordar que para que la validez de la decisión sobre la imputabilidad pueda quedar estabilizada, se necesita que ella sea producto de un procedimiento que haga posible la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho. Al respecto, ya se ha explicado que para que el procedimiento haga posible la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho, se requiere que permita una interacción comunicativa consistente en el libre intercambio y competición de argumentos. Esto significa, ni más ni menos, que la validez de la decisión sobre la imputabilidad depende de que sea producida mediante un procedimiento que permita a las partes presentar de forma libre argumentos a favor de la alternativa de decisión que defiende, y controvertir los argumentos de su contraparte mediante el puro intercambio de razones.

Si se toma en serio lo anterior, y sólo si se toma realmente en serio, se llega a la conclusión de que la validez de la decisión sobre la imputabilidad depende de que todas las partes tengan la responsabilidad de participar activamente en el debate judicial. La validez de la decisión no queda debidamente estabilizada allí donde el procedimiento atribuye a una sola de las partes la responsabilidad de ofrecer argumentos sobre la imputabilidad, y le confiere a la otra la posibilidad de guardar silencio y asumir una actitud pasiva. Un procedimiento que descargue en una sola de las partes la responsabilidad de producir argumentos y realizar aportaciones, mientras la otra simplemente aguarda la eficacia persuasiva del discurso, ciertamente no estimula el juego argumentativo de intercambio y competición de razones que se requiere para la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, es posible ahora responder a la pregunta por la forma en que se distribuyen las cargas de la prueba en materia de imputabilidad, de la siguiente forma:

Como punto de partida, es necesario diferenciar entre la carga de alegación de la inimputabilidad, y la carga de la prueba de la imputabilidad. La carga de la alegación de la inimputabilidad es una condición que debe cumplir la parte interesada en obtener una declaratoria de inimputabilidad, para lograr que al interior del proceso judicial se abra el debate sobre la imputabilidad del procesado. Es decir, es la condición que debe cumplirse para lograr abrir la discusión acerca de si el procesado se encuentra en la misma situación de todos los demás individuos, a quienes el sistema jurídico les atribuye de manera general la capacidad de comprensión y autodeterminación.¹⁴⁸⁴

¹⁴⁸⁴ El término <<carga de alegación>> también es utilizado en este sentido por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pág. 285. Al respecto, señala esta autora: “Ahora bien, como se ha señalado, la presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba de la culpabilidad (impidiendo, al tiempo, que pueda crearse presunción alguna de culpabilidad), pero no implica que ésta tenga que probar también la inexistencia de todas y cada una de las circunstancias que podrían actuar en beneficio del acusado. Esta

La condición que debe cumplirse para satisfacer la carga de alegación de la inimputabilidad consiste en exponer las razones por las cuales se considera que existen dudas acerca de la imputabilidad del procesado. Concretamente, consiste en presentar los argumentos para afirmar que hay dudas razonables respecto a que sea válido atribuir al procesado la cualidad de comprender el sentido de su comportamiento, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, tal como lo presupone de manera general el sistema jurídico para todos los individuos.

Obviamente, la carga de alegación de la imputabilidad no es una obligación judicial. Por esta razón, el incumplimiento de esa carga no tiene como consecuencia la imposición de sanciones por parte del juez. La carga de alegación es una condición que debe cumplirse sólo en el evento en que alguna de las partes aspire a que se abra el debate sobre la imputabilidad del procesado. Por esta razón, la única consecuencia del incumplimiento de la carga de alegación de la inimputabilidad es que el debate sobre la imputabilidad no puede abrirse, y por consiguiente la parte nunca podrá lograr su objetivo de que el procesado sea declarado inimputable.

Dado que lo que se discute en el proceso es la inimputabilidad y no la imputabilidad, la carga de alegación pesa sobre la parte que aspira a que el procesado sea declarado inimputable. La parte que considera que el procesado es imputable no tiene carga de alegación alguna, porque la imputabilidad es una cualidad que el sistema jurídico ya presupone en el procesado, y que por ende no necesita ser discutida o probada en el proceso, salvo que haya dudas razonables sobre ella. Normalmente, la parte que tiene la carga de alegación de la imputabilidad suele ser la defensa, ya que la declaratoria de inimputabilidad suele tener consecuencias más favorables para el procesado que la declaratoria de imputabilidad. Por eso la defensa es la parte que suele estar más interesada en abrir el debate sobre la viabilidad de atribuir al procesado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación.¹⁴⁸⁵ Sin embargo, no es difícil imaginar que sean posibles casos en los que, dependiendo de la legislación, la acusación tenga interés en la declaratoria de inimputabilidad y en la imposición de una medida de seguridad. En estos casos, la carga de alegación de la imputabilidad podría recaer en el fiscal, el

*labor, que obviamente podría hacer tan compleja la carga de la prueba de la acusación que sería prácticamente imposible llegar a cumplirla, está recomendada, por el contrario, al acusado. Ciertamente, a pesar del carácter estricto con el que en ocasiones se niega esta distribución de la carga de la prueba, se acepta de forma reiterada —fundamentalmente en vía jurisprudencial— la necesidad de que los hechos favorables al acusado sean probados por él, de tal modo que sobre el acusado pesa no sólo **la carga de alegar** tales hechos, sino también **la carga de probarlos**". (Negrillas fuera del texto original).*

¹⁴⁸⁵ Al respecto, es muy interesante la postura de TIEDEMANN frente al papel del abogado en relación con la alegación de la inimputabilidad, al sostener: "En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculcado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental". (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...* pág. 185).

ministerio público, el procurador, o quien sea que al interior de la respectiva legislación represente los intereses de la comunidad.

La carga de la prueba de la inimputabilidad, en cambio, es la condición que deben cumplir ambas partes para lograr un pronunciamiento del juez en el sentido que le interesa a cada una de ellas. Esta condición consiste en exponer los argumentos necesarios y suficientes que permitan convencer al juez de que la aplicación del derecho vigente le impone la obligación de emitir una decisión en determinado sentido. A diferencia de la carga de alegación, la carga de la prueba no es una condición para abrir el debate sobre la imputabilidad, sino para lograr que el debate culmine con una decisión en determinado sentido sobre la imputabilidad. Por esta razón, la carga probatoria no es una obligación cuyo incumplimiento acarree sanciones judiciales, sino una condición cuyo incumplimiento expone a la parte correspondiente al riesgo de que el juez tome una decisión adversa a sus intereses.

Una de las diferencias más notables frente a la carga de la alegación es que la carga de la prueba de la imputabilidad no recae sólo sobre una de las partes, sino sobre ambas.¹⁴⁸⁶ Esto se explica porque la carga de la prueba debe cumplirse en el marco de un debate, que se ha abierto demostrando previamente que existen dudas sobre la imputabilidad del procesado.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸⁶ Aunque en la doctrina española hay autores que reconocen sin dificultad que no siempre la carga de la prueba recae sobre la acusación, la tesis defendida en este trabajo va más allá, pues no sólo se admite que la defensa también puede tener cargas probatorias, sino que además se sostiene que para que la validez de la decisión judicial sobre la imputabilidad quede estabilizada, las cargas probatorias deberían recaer simultáneamente sobre las dos partes, cada una respecto de su propia pretensión.

¹⁴⁸⁷ Al respecto, la doctrina en España se encuentra dividida (cfr. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia*, pág. 83). Mientras un sector sostiene que del principio de presunción de inocencia se desprende como consecuencia que la carga de la prueba en el proceso penal pesa sobre la acusación (entre ellos ALMAGRO NOSETE, José. *Instituciones de Derecho Procesal*, pág. 57; CALDERÓN CERREZO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 29; RIFÁ SOLER, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 236; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, pág. 348), otro sector sostiene que no siempre la carga de la prueba recae sobre la acusación. Por ejemplo, GÓMEZ COLOMER afirma: “La situación, sin embargo, es más compleja en el proceso penal, en cuanto no es posible hablar de la carga de la prueba en sentido de reparto de papeles probatorios entre las partes, es decir, la concepción formal de la carga de la prueba propia de los procesos civiles y asimilados. No obstante, y así lo ha manifestado recientemente el TS, podría asumirse un cierto reparto de la carga probatoria cuando la defensa alega hechos impeditivos o extintivos, de modo que la prueba del hecho criminal imputado y de la participación en él del acusado es carga probatoria de los acusadores, y los “hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos” corresponden al acusado. (SSTS de 4 de febrero de 1995 y 9 de febrero de 1995)”. (GÓMEZ COLOMER. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pag. 299. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pag. 286). No obstante lo anterior, muy poca literatura se ocupa específicamente del problema de la carga de la prueba en materia de imputabilidad. **La postura defendida en este trabajo se refiere específicamente al tema de la carga de la prueba en materia de imputabilidad, y no en general. Acá se defiende la tesis de que en materia de imputabilidad la carga de la prueba recae sobre las dos partes, sin tomar postura acerca de la manera en que deben**

En efecto, téngase en cuenta que la consecuencia del adecuado cumplimiento de la carga de la alegación de la inimputabilidad es el surgimiento de dudas sobre la viabilidad de atribuir al procesado la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión; es decir, es el surgimiento de dudas respecto a la presuposición general del sistema jurídico acerca de que el procesado es imputable. Por esta razón, una vez cumplida adecuadamente la carga de alegación de la inimputabilidad, la presuposición general del sistema jurídico ya no puede sostenerse por sí misma y es necesario iniciar un procedimiento para confirmarla o desvirtuarla.

Ahora bien, debido a que el debate sobre la imputabilidad sólo debería abrirse si previamente se cumple satisfactoriamente la carga de la alegación, lo cual requiere a su vez que se haya acreditado que existen dudas razonables sobre la imputabilidad del procesado, entonces, una vez abierto el debate sobre la imputabilidad, ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones y enfrentan las mismas posibilidades de que el procesado sea declarado imputable o inimputable. Por esta razón, ambas partes tienen la carga de presentar argumentos a favor de la alternativa de decisión que defiende, a riesgo de que si no lo hacen, el juez tome en consideración sólo los argumentos de la contraparte y profiera una decisión adversa a sus intereses.¹⁴⁸⁸

distribuirse las cargas de la prueba en el proceso penal de manera general. Para pronunciarse acerca de esto último, hace falta un estudio específicamente enfocado en el principio de presunción de inocencia y la carga de la prueba, en el marco de la comprensión del proceso penal a partir de una racionalidad comunicativa.

¹⁴⁸⁸ En relación con la distribución de la carga de la prueba sobre la imputabilidad (*insanity*) en el derecho anglosajón, FERNÁNDEZ LÓPEZ explica lo siguiente: “*En todo caso conviene no olvidar que, sin embargo, esta última ha sido la solución acogida en otros ordenamientos. Así sucede, por ejemplo, aunque con algunas particularidades, en el proceso penal anglosajón, donde la carga de la prueba de la acusación y, por tanto, la pasividad del acusado, se lleva en la práctica a sus últimas consecuencias. Como relata, entre otros, SPENCER, el acusado sólo tiene la carga de alegar ciertas defensas cuya concurrencia resulte verosímil para crear en la acusación la carga de probar, más allá de toda duda razonable, que tales defensas no se han dado en el caso concreto. Se trata, pues, de la carga de mostrar los hechos que pueden actuar en su favor, sin que por ello se le exija que convenza al tribunal de su concurrencia. No obstante, esta regla cuenta con algunas excepciones basadas en la regla de inversión de la carga de la prueba contenidas en normas jurídicas (Estatutory exceptions), aunque la excepción más importante fue establecida por vía jurisprudencial y es la consistente en la carga de la prueba que pesa sobre el acusado cuando alega trastorno mental (insanity). Esta última regla, cuya conveniencia ha sido puesta en entredicho por la doctrina anglosajona, tiene su origen en el asunto M’Naughten (1843), en el que se consideró por vez primera que si el acusado alega el trastorno mental, tiene que probarlo. Este criterio fue considerado también acertado posteriormente en el caso Woolmington v. DPP (1935), en el que la Cámara de los Lores entendió que la carga de la prueba que pesa sobre la acusación no abarca también la prueba de la salud mental del acusado, sino que debe ser el acusado quien aporte la prueba en su caso, del trastorno psíquico*”. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pag. 286). En este mismo sentido se puede consultar, para mayor información, CARD, Richard. *Criminal Law*. 587; o también SMITH & HOGAN. *Criminal Law*, pág. 213.

Sumado a lo anterior, la carga de la prueba de la imputabilidad debe recaer en las dos partes al mismo tiempo, porque sólo de esa forma la decisión judicial puede estar racionalmente fundamentada en términos de aplicación del derecho. La estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad demanda que ésta sea producida mediante un procedimiento que permita su fundamentación racional, y para ello es necesario que el discurso de aplicación que sustenta la decisión pueda considerar todas las perspectivas posibles. Por esta razón, la estabilización de la validez de la decisión exige que sea tomada mediante un procedimiento que estimule el intercambio y competición de argumentos entre ambas partes, de manera que puedan producirse elementos de juicio suficientes para que la decisión quede racionalmente fundamentada. Si sólo una de las partes tuviera la carga de presentar argumentos, entonces el juego argumentativo basado en el intercambio y competición de razones que se requiere para la estabilización de la validez de la decisión no tendría lugar. Dicho en otras palabras, si la carga de la prueba recayera en una sola de las partes, no habría la interacción argumentativa que se requiere para la fundamentación racional de la decisión, y por consiguiente, para la estabilización de la validez de la misma.¹⁴⁸⁹

Además, nótese que sólo si la carga de la prueba pesa sobre ambas partes, la actitud estratégica de cada una de ellas puede ser direccionada hacia el cumplimiento de los fines comunicativos del proceso.¹⁴⁹⁰ A la sazón, recuérdese que la estabilización de la validez de la decisión depende de que el discurso de aplicación en que se sustenta, justifique la elección realizada en términos del

¹⁴⁸⁹ En algún sentido, y hasta cierto punto, esta postura no contradice a la doctrina que sostiene que el ejercicio de la defensa tiene un doble propósito: de un lado, asegurar el derecho fundamental del procesado a ser oído; y en segundo lugar, facilitar el hallazgo de la verdad: *“La exposición del caso del inculpado sirve no sólo al interés individual de éste, sino también al hallazgo de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialéctico, en el que se pongan a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contrargumentos ponderados entre sí”* (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...*, Pág. 184). De hecho, TIEDEMANN relaciona el derecho a la defensa técnica con esa misma doble finalidad: *“Por eso, en interés de la <<limpieza>> del proceso penal [acá TIEDEMANN utiliza el término <<limpieza>> para referirse al respeto a las formas propias del proceso y, por ende, al respeto a los derechos del procesado], así como del hallazgo de la verdad, es irrenunciable el que sea puesto al lado del inculpado, en todos los casos importantes, una persona correspondientemente formada, el defensor”*. (ARZT, TIEDEMANN y ROXIN. *Introducción...*, pág. 185).

¹⁴⁹⁰ *“Aun cuando en el proceso penal el Tribunal <<al objeto de averiguar la verdad extenderá de oficio las diligencias probatorias a todos los hechos y medios de prueba que sean relevantes para la decisión>> (§ 244 Sec. 2 StPO), los papeles en que se articula la participación en el procedimiento están definidos de suerte que la práctica de diligencias probatorias no está estructurada en términos integralmente discursivos en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad. Pero al igual que en el procedimiento anglosajón de jurados, los ámbitos estratégicos de acción están también estructurados de suerte que, a ser posible, puedan escucharse todos los hechos relevantes para la constitución del estado de cosas de que se trate. Y estos son los que el tribunal pone a la base de la valoración de las pruebas. Valoración que es cometido suyo y del fallo jurídico que emite”*. (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 308).

principio de adecuación y de conveniencia político-criminal, lo cual a su vez exige que el juez adopte una actitud comunicativa y no estratégica.¹⁴⁹¹ Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que la carga de la prueba pese sobre ambas partes estimula una competición e intercambio de argumentos, que contribuye a producir la suficiente cantidad de información que el juez necesita para poder adoptar una actitud comunicativa al momento de fundamentar su decisión.

Si la carga de la prueba pesara sólo sobre una de las partes, y a la otra le bastara con guardar silencio, la actitud estratégica de ellas sesgaría la información de la que puede disponer el juez para la elaboración del discurso de aplicación, de manera que sería muy difícil para él adoptar una actitud comunicativa. En efecto, téngase en cuenta que si la carga de la prueba recayera sólo sobre una de las partes, y la otra guardara silencio, sería posible que el juez sólo conociera la perspectiva de aquella parte que actúa. Ahora bien, dado que esa parte actúa estratégicamente y no comunicativamente, entonces es de esperarse que sesgue la información que suministra al juez, y que presente sólo los argumentos que le convienen para lograr sus fines individuales.¹⁴⁹² Por esta razón, el hecho de que la carga de la prueba pese sólo sobre uno de los sujetos procesales abre la posibilidad de que la actitud estratégica de las partes constituya un obstáculo para que el juez pueda asumir una actitud comunicativa al elaborar el discurso de aplicación, y por consiguiente también un problema para la estabilización de la validez de la decisión judicial.¹⁴⁹³

¹⁴⁹¹ “Ahora bien, en los discursos de aplicación las perspectivas particulares de los participantes han de conservar simultáneamente la conexión con aquella estructura general de perspectivas que en los discursos de fundamentación había estado tras las normas cuya validez se da ahora aquí por supuesta. De ahí que las interpretaciones de los casos particulares, que se hacen a la luz de un sistema coherente de normas, se vean remitidas a la forma de comunicación de un discurso que socio-ontológicamente está articulado de suerte que las perspectivas de los participantes y las perspectivas de los miembros no implicados de la comunidad jurídica representados por un juez imparcial, se dejen transformar unas en otras. Esta circunstancia explica también por qué el concepto de coherencia al que se recurre para las interpretaciones constructivas, escapa a caracterizaciones puramente semánticas y remite a presupuestos pragmáticos de la argumentación”. (HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 300).

¹⁴⁹² Con base en un argumento similar RIFÁ SOLER (*Derecho Procesal Penal*, pág. 32) sostiene que no es aconsejable que dentro del proceso penal el acusado guarde una actitud pasiva frente a la actividad probatoria de la acusación.

¹⁴⁹³ Esta postura no es sólo compatible con la de HABERMAS, sino también con la de LUHMANN cuando sostiene: “Sólo el código que permite atribuir la conformidad (o la no conformidad) con el derecho, pero que la deja abierta, puede producir la incertidumbre de la que vive el proceso. Sin embargo, el proceso la aprovecha como medio para su propia auto-poiesis. Utiliza incertidumbre para motivar las aportaciones, para alentar la participación, para ofrecer oportunidades (pero no resultados) y con esto llamar a los participantes a que colaboren; es decir, los convoca al reconocimiento, hasta que al fin se conviertan en prisioneros de su propia participación, teniendo pocas perspectivas de negar posteriormente la legitimidad del proceso”. (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 267).

A manera de conclusión, podría decirse que la pregunta por la manera en que se distribuye la carga de la prueba al interior del proceso, puede responderse afirmando que: *la carga de la alegación de la imputabilidad recae sobre aquella parte que tiene interés en que se abra el debate sobre la imputabilidad al interior del proceso, y que la carga de la prueba de la imputabilidad recae sobre las dos partes por igual.*¹⁴⁹⁴

4.7. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

- i) Un importante sector de la doctrina considera que es necesario dejar atrás la imagen en la que las estructuras de comprensión gravitan en torno a la forma en que el individuo se relaciona aisladamente con los objetos en el mundo, y dar paso a otra que se orienta por la manera en que los individuos se relacionan entre sí para alcanzar de forma conjunta y cooperativa una comprensión sobre algo en el mundo. En consecuencia, es necesario abandonar las iniciativas que pretenden explicar el proceso de conocimiento en los términos de una relación entre un individuo, considerado de manera aislada, y los objetos dados en el mundo que lo rodea, y dar un giro hacia un nuevo paradigma de racionalidad que pueda explicar el proceso de conocimiento en los términos de la relación que los miembros de una comunidad dada establecen entre sí, para obtener de forma conjunta y cooperativa una comprensión del mundo que los rodea.

¹⁴⁹⁴ De hecho, un esquema de distribución de cargas probatorias similar, aunque en ningún caso idéntico al defendido en este trabajo, ya opera en el *common law*. Al respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ explica: *“En todo caso, y esto es especialmente relevante, en el sistema penal anglosajón se entiende unánimemente que la carga de la prueba que pesa sobre el acusado consiste simplemente en la necesidad de crear una apariencia de verosimilitud que haga sostenibles las defensas que en su caso alegue (evidential burden), nunca una carga de convencer al órgano jurisdiccional de su inocencia más allá de toda duda razonable (legal burden). Precisamente, señala SPENCER, una vez el acusado hace ver al tribunal que la existencia del hecho favorable es posible, es entonces la acusación quien tendrá que probar su inexistencia más allá de toda duda razonable.*

Para evitar que la excepción a esta regla general suponga un grave perjuicio para el acusado, en el único supuesto en que se le exige que logre convencer al tribunal, que es el caso en el que alegue trastorno mental, es completamente pacífico que el grado de certeza que se le impone (standard of proof) no es el mismo que tiene que lograr la acusación (más allá de toda duda razonable), sino que consiste en lo que los anglosajones denominan preponderante of probabilities o balance of probabilities, y que coincide con el exigido a ambas partes en el proceso civil. Este grado de certeza supone que el acusado sólo tiene que mostrar que, frente a la tesis de la acusación, la suya es más verosímil”. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, pág. 287). En este mismo sentido se puede consultar, para mayor información, CARD, Richard. *Criminal Law*. 587; o también SMITH & HOGAN. *Criminal Law*, pág. 213.

- ii) Debido a que la imagen en la que las estructuras de comprensión gravitan en torno a la forma en que el individuo se relaciona aisladamente con los objetos en el mundo ha sido superada, la decisión del juez sobre la imputabilidad no debería ser explicada en los términos de la manera en que él, como sujeto de conocimiento, se relaciona individualmente con la psiquis del procesado, que sería el objeto de conocimiento, para tratar de acceder al conocimiento de algo como la existencia de la capacidad de comprensión y/o autodeterminación. Dicho en pocas palabras, la decisión no debería ser explicada en los términos de la relación: *objeto de conocimiento / sujeto de conocimiento*. En lugar de ello, conviene dar paso a un nuevo paradigma de racionalidad que pueda explicar la decisión sobre la imputabilidad, a partir de la manera en que el juez se relaciona con los demás miembros de su comunidad de interpretación, para intentar llegar a un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado sobre el valor y el sentido que adquieren las capacidades de comprensión y/o autodeterminación como cualidades atribuibles a la persona del procesado.
- iii) Mediante la descentración de las estructuras de comprensión se deja de lado la perspectiva que pretende explicar la decisión judicial sobre la imputabilidad en los términos *objeto de conocimiento / sujeto de conocimiento*, y en su lugar se adopta otra que aspira a explicarla en los términos: *cómo puede asegurarse que el pronunciamiento sobre la imputabilidad sea susceptible de un acuerdo intersubjetivo, racionalmente motivado por parte de los miembros de la comunidad de interpretación correspondiente*. Si se admite esta descentración de las estructuras de comprensión para entender del juicio sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, puede verse que lo que cobra importancia en el juicio sobre la imputabilidad es la cuestión de cómo asegurar que la decisión judicial sea susceptible de un acuerdo intersubjetivo racionalmente motivado por parte de los miembros de la comunidad. Por esta razón, puede concluirse que la descentración de las estructuras de comprensión para explicar la actividad judicial tiene como consecuencia que la racionalidad que fundamenta la decisión sobre la imputabilidad se percibe como una racionalidad de tipo comunicativo.
- iv) La racionalidad comunicativa que fundamenta el juicio sobre la imputabilidad opera en la práctica mediante la elaboración de un tipo especial de discurso denominado "*discurso de aplicación*", el cual está caracterizado porque se orienta a demostrar que la decisión judicial es una consecuencia jurídica necesaria de la aplicación del derecho vigente. Este discurso de aplicación está guiado, en lo fundamental, por un *principio de adecuación*, el cual pone el acento en la verificación de la correspondencia entre los hechos dados por fuera del derecho y las hipótesis fácticas descritas en la norma aplicable al caso concreto. De esta forma, el discurso de aplicación está principalmente conformado por las razones a partir de las cuales resulta válido afirmar que la decisión adoptada es una consecuencia jurídica necesaria de la adecuación de los hechos del caso concreto a la

hipótesis fáctica general prevista en la norma aplicable. Pero además, este discurso de aplicación exige también la conciliación, articulación y conexión de la perspectiva particular de los interesados en el conflicto, por un lado, y la perspectiva colectiva de todos los demás miembros de la comunidad que podrían llegar a verse afectados, por el otro; o sea, una conciliación entre la esfera pública y privada de la decisión.

- v) La elaboración del discurso de aplicación en materia de imputabilidad requiere que el juez fundamente su decisión en los términos del principio de adecuación, presentando las razones por las cuales puede o no afirmarse que el procesado satisface los requisitos formales y materiales previstos en el derecho vigente en materia de imputabilidad. Por esta razón, la decisión sobre la imputabilidad suele estar fundamentada en los argumentos que expone el juez para afirmar o rechazar que, en ese caso concreto, el procesado satisface las condiciones exigidas en el derecho aplicable para atribuirle la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o autodeterminarse conforme a dicha comprensión.
- vi) Pero además, la elaboración del discurso de aplicación en materia de imputabilidad también requiere que el juez demuestre que la decisión mantiene un equilibrio adecuado entre la esfera pública y la esfera privada de la decisión. Esto último se obtiene en la actualidad mediante la referencia a la realización de los valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución Política, que introduce el método teleológico político-criminal en materia de determinación de la imputabilidad.
- vii) Para que la decisión sobre la imputabilidad sea válida desde la perspectiva de una racionalidad de tipo comunicativo, ella misma y el discurso de aplicación que la fundamenta deben ser producto de un procedimiento seguido conforme a normas consideradas a su vez como válidas. Esto significa que para que la decisión sobre la imputabilidad sea válida, ella debe ser producida observando un riguroso respeto por las normas que contienen los principios y reglas del procedimiento judicial, tales como aquellas que prevén el derecho de defensa, el derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho a la doble instancia, etc.
- viii) Afirmar que la validez de la decisión sobre la imputabilidad se estabiliza asegurando que sea producida conforme a las normas de procedimiento, podría llevar a reconocer como válidas decisiones incoherentes o inaceptables. Por esta razón, la estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad requiere también que ella sea producida mediante un procedimiento que permita la fundamentación racional de la sentencia en términos de aplicación del derecho. De esta manera, la validez de la decisión sobre la imputabilidad depende de que el procedimiento para su producción permita el libre intercambio y competición de argumentos en términos de igualdad de oportunidades para todos los participantes en el debate, y que estimule además la actitud comunicativa del juez dándole la

posibilidad de conocer la mayor cantidad de perspectivas posibles, de modo que el discurso de aplicación que fundamenta su determinación pueda ser aceptado no sólo por las partes, sino también por todos los miembros de la comunidad de interpretación.

- ix) En aquellos casos difíciles, en los que resulta definitivamente imposible asumir una posición sobre la imputabilidad del procesado, el sistema jurídico le ofrece al juez la posibilidad de aplicar el principio *in dubio pro reo*, como mecanismo de estabilización de la decisión sobre la responsabilidad penal del procesado. El principio *in dubio pro reo* no le dice al juez como decidir sobre la imputabilidad cuando hay dudas sobre la validez de atribuir al procesado las capacidades de comprensión y autodeterminación, pero sí le dice cómo decidir sobre la responsabilidad penal cuando tenga dudas sobre la imputabilidad. De esta manera, el principio *in dubio pro reo* es un mecanismo a través del cual el derecho estabiliza, mediante el propio derecho, la validez de la decisión sobre la responsabilidad del procesado en caso de duda sobre la imputabilidad.
- x) Dado que la imputabilidad no es un hecho que sea susceptible de prueba, sino una cualidad que el sistema jurídico le imputa por regla general a todos los individuos, el juez debe tomar como punto de partida para el proceso penal la idea de que el procesado es imputable. Por esta razón, corresponde a la parte interesada en la declaratoria de inimputabilidad alegarla, ofreciendo las razones por las cuales considera que existen motivos para dudar de que sea válido atribuir al procesado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación. En este sentido, la carga de la alegación de la inimputabilidad recae sobre la parte interesada en discutir, al interior del proceso, la validez del juicio adscriptivo de imputabilidad.
- xi) Dado que la validez de la decisión requiere también que ella sea producida mediante un procedimiento que permita la fundamentación racional de la sentencia en términos de aplicación del derecho, el procedimiento para la producción de la decisión debe permitir el libre intercambio y competición de argumentos en términos de igualdad de oportunidades para todos los participantes en el debate, y estimular la actitud comunicativa del juez, dándole la posibilidad de conocer la mayor cantidad de perspectivas posibles. Por esta razón, la carga de la prueba no debe recaer en una sola de las partes, sino en ambas, para asegurar que la actitud estratégica asumida por cada una de ellas al argumentar pueda ser canalizada hacia la producción de información desde diferentes perspectivas, ofreciendo suficientes elementos para que el juez pueda asumir una actitud comunicativa que le permita estabilizar la validez de la decisión.

5. Características mínimas del procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-

En el apartado anterior se explicó que la validez de la decisión judicial sobre la inimputabilidad por trastorno mental depende de que haya sido adoptada, mediante un procedimiento que siga rigurosamente las normas sustanciales y procedimentales contenidas en una ley procesal penal producida conforme al principio democrático, y que permita la fundamentación racional de la decisión. Teniendo en cuenta esta conclusión, en lo que sigue intentaré determinar cuáles son las características mínimas generales que debería cumplir el procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, para que la decisión judicial sea válida como derecho.

Así pues, comiencese por indicar que la característica mínima más general que debería satisfacer un procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental es el respeto de los derechos subjetivos reconocidos a las partes. Por consiguiente, las normas que regulan el procedimiento deben respetar los principios y reglas constitucionales en materia de garantías procesales. Ello implica, por supuesto, que el procedimiento debe ser acorde con los principios y reglas que reconocen y garantizan derechos como la libertad, la igualdad, la intimidad, la defensa, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la doble instancia, un juicio justo y sin dilaciones injustificadas y, en general, cualquier otro derecho que cada legislación haya reconocido expresamente a los individuos.

No es del caso entrar ahora a explicar la manera en que el procedimiento debería llevar a la práctica el respeto a los derechos subjetivos de rango constitucional reconocido a las partes, porque hay muchas formas de hacerlo y cada una de ellas responde a una decisión político-criminal que depende de cada legislación. Por ahora, basta simplemente señalar que los principios y reglas que reconocen y garantizan derechos fundamentales deben ser cumplidos por el procedimiento judicial, mediante la incorporación de mecanismos para su protección.

Más interesante resulta en este momento entrar a analizar la forma en que debería estar configurado el procedimiento mediante el cual se determina la inimputabilidad por trastorno mental, para que cumpliera la segunda característica mínima general necesaria para la estabilización de la validez de la decisión judicial. Por supuesto, se trata de la característica consistente en que el procedimiento debería permitir la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho. Al respecto ya se ha dicho que para adquirir esta característica, el procedimiento debe permitir la libre competición e intercambio de argumentos, sin más limitaciones que las necesarias para asegurar el orden de la actuación y el respeto a las normas contenidas en la ley procesal. Concretamente, esto significa que el procedimiento para la producción de la decisión judicial sobre la inimputabilidad debería:

- i) Dar a las partes la posibilidad de presentar los argumentos para fundamentar su posición, sin limitación alguna relacionada con el contenido material de sus razones.
- ii) Dar a cada sujeto procesal la posibilidad de conocer y controvertir los argumentos de las demás partes, sin más limitaciones que las necesarias para garantizar el orden del debate y el respeto a los derechos subjetivos reconocidos a cada uno de ellos.
- iii) Dar a las partes la oportunidad de aportar y controvertir libremente elementos de juicio y de prueba.
- iv) Dar al juez la posibilidad de conocer y considerar todas las posibles alternativas de decisión y todos los posibles discursos de fundamentación, antes de emitir una decisión.
- v) Estimular que la decisión sea tomada mediante una acción comunicativa y no mediante una acción estratégica, de modo que ella pueda ser fundamentada en términos racionales, y aceptada no sólo por las partes en conflicto, sino por todos los posibles afectados como participantes racionales en la discusión.
- vi) Dar a las partes la posibilidad de conocer y controvertir el discurso de aplicación que fundamenta la decisión.
- vii) Dar a las partes la posibilidad de que la decisión judicial sea revisada por otra instancia judicial superior que pueda conocer y valorar los diferentes discursos y argumentos presentados durante el debate.

Ahora bien, las características anteriormente mencionadas resultan sin embargo demasiado generales. Por esta razón, a continuación intentaré presentar en términos más concretos las características mínimas que debería tener el procedimiento mediante el cual se determina la inimputabilidad por trastorno mental para que permitiera la fundamentación racional de la decisión judicial y, de esa forma, estabilizara la validez:

En materia de inimputabilidad por trastorno mental, uno de los puntos más difíciles es la realización del juicio adscriptivo mediante el cual se determina si es válido imputar al procesado la capacidad de comprender el sentido de su conducta y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Para la realización de ese juicio de naturaleza adscriptiva, el juez debe utilizar un razonamiento de tipo comunicativo y elaborar un discurso de aplicación. En ese discurso de aplicación el juez debe justificar su decisión en términos del principio de adecuación y de conveniencia político-criminal. En este sentido, debe exponer las razones por las cuales considera, primero, que el sujeto satisface las condiciones fácticas exigidas por la norma para ser declarado imputable o inimputable, y segundo, que la decisión adoptada conduce a las consecuencias político-criminales más satisfactorias.

En el proceso de preparación del discurso de aplicación que justifica su decisión, el juez debe tomar en consideración diferentes elementos de juicio. El más importante y complejo de todos es sin lugar a dudas el dictamen pericial

del psiquiatra forense, por cuanto éste se refiere al estado mental del procesado, lo cual es el punto neurálgico de la discusión sobre la imputabilidad. Para asegurar que la decisión judicial sobre la imputabilidad pueda estar racionalmente fundamentada en relación con el dictamen pericial psiquiátrico, es necesario que el procedimiento estimule el debate acerca del trabajo y conclusiones del psiquiatra forense.

Dada la importancia que tiene la determinación de imputabilidad en aquellos casos en los que existen motivos para dudar acerca de si es válido atribuir al imputado la comprensión del sentido de su comportamiento, y/o la autodeterminación conforme a dicha comprensión, el procedimiento debería prever que el debate de este tema tuviera un espacio y un momento destinados exclusivamente para ello. A tal efecto, el procedimiento debería establecer que en aquellos casos en los que existan motivos razonablemente fundados para dudar de la capacidad de culpabilidad del procesado, se abriera un incidente procesal dedicado exclusivamente a la determinación de la imputabilidad, entendiendo por <<incidente>> un pequeño procedimiento dentro del proceso principal que corre de forma paralela y diferenciada.

5.1. Apertura del incidente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-

Este incidente de determinación de la imputabilidad debería abrirse a solicitud de una de las partes, o por iniciativa del propio juez. A tal efecto, el procedimiento debería prever, al comienzo del proceso penal ordinario, una oportunidad para que las partes puedan solicitar la apertura de ese incidente si así lo tienen a bien, y para que el juez pueda resolver esa solicitud u ordenar por iniciativa propia la apertura del mismo.

Frente a esto último, es conveniente anticipar la objeción de aquellos puristas que defienden el carácter adversarial del proceso penal en forma absoluta, y que rechazan cualquier vestigio de iniciativa probatoria por parte del juez, considerando que allí se abren espacios para el prejuzgamiento.¹⁴⁹⁵ A tal efecto, no considero que el hecho de que el juez ordene por iniciativa propia la apertura del incidente implique necesariamente un prejuzgamiento, porque con ello el juez no está afirmando la imputabilidad ni la inimputabilidad del procesado. En ese caso, lo único que el juez estaría afirmando es que tiene dudas razonablemente fundadas sobre la imputabilidad del procesado. Además, suponiendo que sí existiera ese prejuzgamiento, la apertura del incidente de determinación de la imputabilidad por iniciativa propia se hace con mayor razón necesaria, habida cuenta que éste se convierte en el camino idóneo para que el juez confirme racionalmente su prejuicio o cambie de opinión con fundamento en buenas razones para ello. Más grave sería que el

¹⁴⁹⁵ Sobre los límites para la aportación de pruebas en el derecho penal español, cfr. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia*, pág. 84.

juez callara, se guardara ese prejuicio para sí, y sin que las partes hayan tenido oportunidad de discutirlo abiertamente, lo tuviera en cuenta solapadamente como criterio de su decisión. Esto último es lo menos conveniente que podría imaginarse para lograr la fundamentación racional de la decisión.

Para evitar el desgaste innecesario de la administración de justicia y realizar así el principio de economía procesal, el incidente para la determinación de la inimputabilidad debería abrirse sólo en aquellos casos en los que existan motivos razonablemente fundados para dudar de la capacidad de culpabilidad del procesado. En orden a asegurar la existencia de esos motivos, el procedimiento debería disponer que la parte que solicita la apertura del incidente justifique su solicitud, exponiendo los argumentos por los cuales considera que hay dudas razonablemente fundadas respecto a la imputabilidad del procesado. A esto corresponde la carga de la alegación de la inimputabilidad a la que ya tuvimos ocasión de referirnos.

Así mismo, el procedimiento debería disponer, con carácter obligatorio, que el juez resuelva la solicitud y exponga las razones por las cuales concede o niega la apertura del incidente. Es necesario que la apertura del incidente dependa de una decisión motivada del juez, para evitar que el incidente de determinación de la imputabilidad se abra con propósitos puramente estratégicos, alejados de cualquier relación razonable con dudas sobre la capacidad de culpabilidad del procesado. Sólo si la apertura del incidente está supeditada a la valoración por parte de un tercero imparcial que no actúa de forma estratégica, sino comunicativamente, y que además se preocupa porque la decisión pueda ser aceptada no sólo por las partes, sino también por cualquier otro posible afectado, esta apertura y el incidente mismo podrían ser intersubjetivamente aceptados por todos los miembros de la comunidad de interpretación como válidos.

La motivación de la decisión sobre la apertura del incidente consiste en exponer las razones por las cuales se accede o se rechaza la solicitud de parte. Por supuesto, también puede consistir en explicar las razones por las cuales se ordena por iniciativa propia del juez la apertura de dicho incidente. En cualquiera de los dos casos, la motivación de la decisión debería estar orientada a justificar por qué existen o no motivos racionalmente fundados para dudar de la capacidad de culpabilidad del procesado. El contenido de los argumentos que debería utilizar el juez depende de cada caso particular, y por este motivo no es del caso intentar la elaboración de una teoría material acerca de las razones que serían válidas para ordenar o no la apertura del incidente. Lo único importante es resaltar que dicha decisión debe estar motivada, en los términos de los argumentos que justifiquen por qué existen o no motivos razonablemente fundados para dudar de la capacidad de culpabilidad del procesado.

Una vez pronunciada la decisión del juez respecto de la procedencia de la apertura del incidente, ésta debería ser susceptible de algún recurso que

permitiera controvertirla y someterla a la valoración de una instancia judicial de superior jerarquía. No obstante, la posibilidad de controvertir y revisar esa decisión debería ser objeto de alguna restricción:

- i) En el caso en que el juez ordene la apertura del incidente, la única consecuencia de su decisión sería la realización de actuaciones procesales adicionales que podrían hacer el procedimiento más largo, dispendioso y costoso. Sin embargo, estos costes en términos de tiempo, trabajo y recursos se justifican para adquirir mayor certeza acerca de un elemento que tiene vital importancia para la definición de la responsabilidad penal, como lo es la imputabilidad. Además, no debe olvidarse que en materia penal lo que se encuentra en juego es la libertad, e incluso en algunas legislaciones también la vida de un ser humano, de tal manera que la realización de ese procedimiento tiene un coste relativamente muy bajo respecto de la importancia de los valores y bienes jurídicos comprometidos. Por tal razón, si el juez considera que es conveniente y necesario realizar el procedimiento, dicha decisión debería cumplirse sin que haya necesidad de que sea revisada por una instancia superior, incluso si alguna de las partes considera que no existen dudas razonablemente fundadas sobre la imputabilidad del procesado. Basta que sea el juez quien considere que hay dudas, para que la apertura de ese incidente sea necesaria y conveniente, pues al fin de cuentas es el juez quien tiene que soportar la carga de tener que tomar una decisión sobre la imputabilidad del procesado.
- ii) En cambio, cuando el juez niegue la apertura del incidente, dicha decisión sí debería ser objeto de controversia por parte de los sujetos procesales interesados en la realización del incidente, y de revisión por parte de una instancia judicial superior. Los recursos para impugnar la decisión sólo deberían ser procedentes en el caso en el cual el juez rechace la solicitud de apertura del incidente, porque en ese caso se compromete directamente la eficacia del derecho a la defensa y del derecho a la doble instancia. Adicionalmente, con este tipo de decisión también se limita injustificadamente el intercambio y la competición de argumentos que se requiere para la fundamentación racional de la decisión. En este caso el coste de no abrir el incidente es mucho mayor que el de abrirlo, y por esa razón se justifica que haya un debate acerca de la decisión y una revisión de la misma.

Una vez ordenada la apertura del incidente de determinación de la imputabilidad, éste debería estar dividido en dos etapas o fases: una primera fase dedicada a la discusión acerca del estado de salud mental del procesado al momento de ejecutar la conducta materia de juzgamiento; y una segunda fase dedicada a la discusión sobre la viabilidad de atribuir al procesado la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. La primera fase estaría comprendida entre la decisión del juez de ordenar la apertura del incidente, y la decisión del juez respecto de la procedencia del debate sobre la imputabilidad

del procesado. La segunda fase estaría comprendida entre la decisión del juez sobre la viabilidad del debate sobre la imputabilidad y la decisión definitiva sobre la imputabilidad del procesado.

Razones de orden y coherencia técnico-científica exigen que el debate sobre el diagnóstico psicopatológico del procesado (en adelante debate psicopatológico), se distinga y separe materialmente del debate sobre la imputabilidad. A la sazón, no debe perderse de vista que cada uno de esos debates tiene objetos y racionalidades completamente diferentes, que impiden mezclarlos: el debate psicopatológico busca determinar la existencia de trastornos mentales mediante el método de diagnóstico psiquiátrico y a través de una racionalidad instrumental; el debate sobre la imputabilidad, en cambio, se ocupa de determinar si es válido atribuir al procesado la cualidad de comprender el sentido de su comportamiento y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, a través un racionalidad de tipo discursivo.

5.2. El debate psicopatológico.-

Para que el procedimiento permita la fundamentación racional de la decisión, éste debe estimular la producción de argumentos en relación con el estado psicopatológico del procesado, no sólo desde la perspectiva de las partes, sino desde todas las perspectivas posibles. Para tal efecto, el procedimiento debería prever distintas oportunidades para que los sujetos procesales pudieran conocer, preparar y controvertir técnicamente el dictamen psicopatológico rendido por el perito psiquiatra designado por el juez. De esta forma, el debate psicopatológico debería tener como mínimo las siguientes características:

- i) Disponer con carácter obligatorio que previo a la incorporación formal del dictamen psicopatológico al proceso como medio de prueba, el perito psiquiatra rinda un informe escrito que contenga, como mínimo, lo siguiente:
 - a) una descripción de los objetivos de su dictamen; b) una relación de los elementos u objetos que tuvo a su disposición para realizar el dictamen; c) una descripción de las fuentes que información consultadas y de la forma en que obtuvo los elementos utilizados para realizar el estudio; d) una descripción detallada del procedimiento seguido para elaborar el dictamen, con la relación de todas y cada una de las actividades llevadas a cabo; e) una descripción del método y de los criterios utilizados para analizar la información y elementos de juicio obtenidos; f) una descripción clara y detallada de las conclusiones obtenidas; y g) una determinación de los alcances de esas conclusiones, con indicación de las probabilidades de error y/o acierto de las mismas.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹⁶ Acerca de los requisitos mínimos exigidos al informe pericial en el derecho español, puede consultarse RIFÁ SOLER. *Derecho Procesal Penal*, pág. 249; CALDERÓN CEREZO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 426; ALMAGRO NOSETE, José. *Instituciones de Derecho Procesal*, pág. 235; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal*

Es importante que el informe escrito contenga como mínimo esta información, porque el dictamen pericial psiquiátrico es el medio a través del cual el sistema jurídico observa la forma en que el sistema de salud procesa las comunicaciones relacionadas con la salud mental del procesado. Si el informe no suministra al menos esta información, el juez puede tener dificultades para la producción interna de las diferencias que se requiere para generar la información en forma de argumentos, que es necesaria para la elaboración del discurso de aplicación que fundamenta la decisión sobre la imputabilidad.

- ii) Establecer una oportunidad para que los sujetos procesales puedan conocer el informe escrito del perito antes de la incorporación formal del dictamen al proceso como medio de prueba.
- iii) Conceder a los sujetos procesales suficiente tiempo para que puedan estudiar el informe escrito y preparar sus objeciones.
- iv) Garantizar a los sujetos procesales el acceso a los medios necesarios para comprender y controvertir el informe escrito desde el punto de vista técnico. Esto implica que debe asegurarse que los sujetos procesales puedan acceder a otros psiquiatras, igual o mejor calificados que el que rindió el informe, para ser asesorados por ellos. Así mismo, esto significa también que debe darse la oportunidad a esos otros psiquiatras de evaluar y diagnosticar psiquiátricamente al procesado.
- v) Dar la oportunidad a los sujetos procesales de solicitar al perito una ampliación o una aclaración del informe escrito sobre el dictamen psicopatológico.
- vi) Disponer que el perito exponga y explique ampliamente su dictamen psicopatológico en el curso del incidente.
- vii) Permitir a los sujetos procesales interrogar al perito en el curso del incidente.
- viii) Conceder a los sujetos procesales la posibilidad de que otros psiquiatras también acudan al incidente a exponer y explicar ampliamente sus consideraciones sobre el dictamen psicopatológico del procesado.

Penal, pág. 931; GÓMEZ COLOMER. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pág. 189. Sobre este mismo tema, pero además con modelos de formularios de informe pericial, puede consultarse SÁNCHEZ, Tomás Martín. *La Prueba Pericial Judicial y Extrajudicial*; o también LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. *La Prueba Pericial*. Sobre los requisitos mínimos de forma y contenido que debe tener el informe pericial psiquiátrico en el derecho alemán, puede consultarse BOETTICHER, Alex et al. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 4.

ix) En el caso que ningún sujeto procesal controvierta el dictamen psicopatológico del procesado, el juez debería solicitar como mínimo una segunda opinión para confirmar el diagnóstico inicial. Este segundo dictamen se justifica por dos razones mutuamente complementarias: en primer lugar, por razón de las circunstancias que afectan de manera general la fiabilidad del diagnóstico psiquiátrico, y que hacen posible la existencia de errores en el dictamen que las partes no advierten por desconocimiento técnico, o que simplemente no discuten por razones estratégicas; y en segundo lugar, porque es necesario tener en cuenta el interés de todos los demás miembros de la comunidad como posibles afectados por la decisión que no tienen la posibilidad de concurrir directamente al proceso. En relación con esto último, si bien es cierto que normalmente los demás miembros de la comunidad están representados al interior del proceso por un agente del ministerio público, por un procurador o por un fiscal, no puede descartarse que estos funcionarios dejen pasar errores de diagnóstico por una variedad de razones que van desde la simple ignorancia en materia psiquiátrica, pasando por los motivos estratégicos que surgen ante la presión personal y profesional de ganar el caso, hasta por causa de problemas inherentes al sistema de administración de justicia tales como el congestionamiento judicial, la falta de recursos humanos y técnicos, los cambios de personal a cargo del caso, etc.

Una vez agotado el debate psicopatológico, el juez debe decidir si con base en las conclusiones de los dictámenes rendidos se justifica abrir una discusión acerca de la capacidad de culpabilidad del procesado. Al respecto debe tenerse en cuenta que, debido a que el debate de la inimputabilidad por trastorno mental consiste en determinar si la patología pudo haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, sólo hay lugar a tal discusión en el evento en el que haya quedado establecido como un hecho que el procesado realmente estaba afectado por alguna patología psiquiátrica. Es decir, no habiendo patología psiquiátrica, por sustracción de materia, no se pueden discutir los alcances de una patología en las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado. Por esta razón, antes de seguir adelante con un desgastante debate sobre la imputabilidad, deberían tenerse en cuenta las conclusiones de los diferentes diagnósticos acerca del estado de salud mental del procesado, que son los que contienen la determinación psiquiátrica respecto de la existencia o no de trastornos mentales que pudieran haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado.

No obstante lo anterior, dado que al interior del debate psicopatológico es normal que se produzcan dictámenes no sólo diferentes, sino incluso opuestos, no debe caerse en el error de pensar que la decisión sobre la procedencia del debate acerca de la imputabilidad implica una definición del juez acerca de cuáles de los dictámenes son correctos, y cuáles no lo son. Es muy importante entender que la decisión acerca de la procedencia del debate sobre la imputabilidad no conlleva en forma alguna la aprobación o desaprobación de

alguno(s) de los dictámenes presentados dentro del proceso. Esta decisión no supone un pronunciamiento acerca de la corrección de las conclusiones de los dictámenes desde el punto de vista psiquiátrico. La decisión del juez se refiere únicamente a los hechos cuya ocurrencia puede verificarse a través de esos dictámenes. Dicho en otras palabras, el pronunciamiento del juez no versa sobre los dictámenes mismos, sino sobre lo que esos dictámenes le permiten saber al derecho respecto de los hechos que deben ser constatados para determinar la aplicación de las normas. Más concretamente aún, éste no es un pronunciamiento sobre la corrección de los dictámenes, sino sobre los hechos que pueden verificarse a través de esos dictámenes.

Para que el juez pudiera pronunciarse sobre los dictámenes en términos de su corrección, debería llevar a cabo una traducción de las conclusiones psiquiátricas a términos jurídicos, lo cual no sólo es imposible debido a las diferencias de código y programa existentes entre el derecho y la psiquiatría, sino que además no es consistente con la forma en que estas disciplinas se comunican al interior de la sociedad en general, y del proceso penal en particular. Por esta razón, pensar que esta decisión judicial implica un pronunciamiento sobre el diagnóstico psicopatológico en términos de su corrección, es un error. En realidad, esta decisión versa sobre los hechos que pueden o no darse por probados a partir de los dictámenes psicopatológicos. Esta decisión es producto de la observación de la actividad de la psiquiatría, la incorporación interna de diferencias a partir de esa observación, y la generación de información o redundancia en forma de argumentos. De manera que en esta decisión no hay algo así como la traducción de las conclusiones del dictamen psicopatológico a lenguaje jurídico, sino la producción de información o redundancia en forma de argumentos por parte del propio juez, a partir de su observación de la forma en que la psiquiatría procesó las comunicaciones relativas al caso concreto, y de la introducción interna de diferencias a partir de lo observado.

En consecuencia, puede decirse que en la decisión sobre la procedencia del debate acerca de la imputabilidad, el juez debería pronunciarse únicamente acerca del sentido o significado que las conclusiones psicopatológicas tienen para el derecho. Es decir, la decisión sobre la procedencia del debate acerca de la imputabilidad consiste, únicamente, en un pronunciamiento jurídico sobre los hechos cuya ocurrencia puede ser constatada a partir de los diferentes dictámenes psicopatológicos.

Para entender mejor la aclaración anterior, tal vez sea útil considerar las distintas circunstancias en que el juez podría tomar esa decisión. En el marco del incidente de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, el debate del dictamen psicopatológico podría dar lugar a tres escenarios diferentes: i) por un lado, es posible que todos los diagnósticos psiquiátricos sean coincidentes, ya sea acerca de la existencia de una patología o respecto de la inexistencia de la misma; ii) por otra parte, es posible que los diagnósticos sean diferentes, en el sentido de que cada uno afirme la existencia de

patologías distintas; iii) y finalmente, es posible que los diagnósticos sean opuestos, en el entendido que mientras unos afirmen la existencia de determinada patología, otros la nieguen.¹⁴⁹⁷

En el primer caso, la concordancia de los diagnósticos desde el punto de vista psiquiátrico debe permitir al juez adquirir certeza acerca de la ocurrencia o no de los hechos que el sistema jurídico le exige verificar, para determinar la imputabilidad del procesado. Concretamente, le permite confirmar si es un hecho que el procesado padecía un trastorno mental al momento de cometer la conducta materia de juzgamiento. A partir de las conclusiones contenidas en los dictámenes, y dada su coincidencia, el juez debería tener la certeza necesaria para decidir si es necesario abrir el debate acerca de la imputabilidad, dada la confirmación de un hecho consistente en la existencia de una patología psiquiátrica en el procesado.¹⁴⁹⁸

En el segundo caso, la diferencia de diagnósticos no constituye un problema para la decisión, porque no corresponde al juez entrar a resolver cuál de ellos es correcto. El juez no tiene el conocimiento ni las competencias necesarias para juzgar técnica y científicamente el estado de salud mental del procesado, o de otra forma la elaboración de un dictamen pericial psiquiátrico no tendría sentido. De cara a la decisión que debe tomar el juez, lo único relevante es lo que implica para el derecho que desde el punto de vista psiquiátrico se haya concluido que el procesado padecía un trastorno mental, independientemente de cuál es su denominación o clasificación. Para efectos de la decisión, lo relevante es que con fundamento en los diagnósticos presentados, el juez puede tener certeza de que es un hecho que el procesado padecía una condición mental que pudo haber afectado una cualidad que el sistema jurídico le atribuye por principio, y que es fundamental para establecer su culpabilidad. De esta manera, para ordenar la apertura del debate sobre la imputabilidad basta con que los diagnósticos estén de acuerdo en la existencia de una patología, aun cuando haya diferencias acerca de la denominación y/o clasificación de la misma.

Por supuesto, otra cosa es lo que debe ocurrir ya al interior del debate sobre la imputabilidad. Allí sí adquiere relevancia la clasificación de la patología, ya que ello determina el contenido de los argumentos que pueden presentarse a favor

¹⁴⁹⁷ Al respecto, URRUELA (*La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica*, pág. 196) ya se ha pronunciado en el sentido de que la discrepancia de criterios entre psiquiatras constituye un problema para el derecho.

¹⁴⁹⁸ LUHMANN subraya que “No obstante, si la referencia existe, el derecho está obligado, por razones intrínsecas al derecho, a atenerse a los resultados de las investigaciones de la ciencia o al procesamiento científico de los datos. Aun si no existiera referencia explícita, el derecho se podría sentir obligado: habiendo estadísticas de mortandad el juez ya no podría confiar en su propio criterio, respecto de las expectativas de vida. (...) La consecuencia es que las opiniones de los expertos y de las organizaciones (los vistos buenos) adquieren un significado decisivo, dentro del procedimiento jurídico, para la toma de decisiones”. (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 144).

o en contra de atribuir al procesado la comprensión del sentido de su comportamiento, y/o la autodeterminación conforme a dicha comprensión. En el marco de ese debate, todas las diferentes alternativas de clasificación deberán ser consideradas, teniendo siempre claro que el objetivo es determinar si es válido atribuir al sujeto capacidad de culpabilidad.

La situación en el tercer caso es ciertamente diferente, ya que la contradicción entre los diferentes diagnósticos psicopatológicos dificulta la decisión judicial por varias razones:

- i) En primer lugar, porque debido a que el juez carece de las competencias científicas para ello, no puede descalificar un dictamen para adoptar el otro por completo. Por supuesto, se dan por descontados aquellos casos en los que alguno de los diagnósticos adolece de un error manifiestamente grave, al punto que se hace irrazonable tomarlo en consideración. Por ejemplo, piénsese en el caso en el que debido a una grave negligencia del psiquiatra, el diagnóstico presentado se refiere a una persona distinta del procesado; o por ejemplo, el caso en el que se comprueba que el psiquiatra no ha sido imparcial, y que ha tratado de favorecer con su dictamen a una de las partes, a cambio de algún tipo de dádiva.¹⁴⁹⁹ Está por fuera de discusión que en estos casos el juez no sólo puede, sino que debe desechar el diagnóstico viciado y adoptar el otro. De lo que aquí se trata es de aquellos casos en que el juez se enfrenta a dos dictámenes psicopatológicos contradictorios, que desde su punto de vista no adolecen de vicios graves o errores manifiestos, y respecto de los cuales no tiene elementos de juicio para preferir uno en lugar del otro.
- ii) Y en segundo lugar, porque debido a la contradicción entre los diagnósticos, el juez no puede llegar a conclusión alguna sobre la ocurrencia de los hechos que el derecho le exige verificar. Concretamente, no tiene elementos de juicio para afirmar o negar la ocurrencia del hecho consistente en la existencia de una condición mental que hubiera podido afectar la capacidad de culpabilidad del procesado. En las circunstancias anteriormente explicadas, el juez por lo menos podía hacer abstracción de la clasificación de la enfermedad, y afirmar como un hecho verificado la existencia de un trastorno mental en el procesado. Pero en este caso el juez ni siquiera puede realizar esa afirmación, precisamente porque al menos uno de los dictámenes pone en duda la existencia de ese hecho.

La forma de hacer frente a esta dificultad es ponderando las consecuencias de las diferentes alternativas de decisión: si el juez no accede a abrir el debate sobre la imputabilidad, compromete el derecho a la defensa y limita injustificadamente el intercambio y la competición de argumentos necesarios

¹⁴⁹⁹ Al respecto, BOETTICHER, Alex et al. (*Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*, pág. 2) insisten en que uno de los principios jurídicos de aceptabilidad del dictamen es que sea comprensible y transparente.

para la fundamentación racional de la decisión; en cambio, si el juez accede a abrir el debate sobre la imputabilidad, lo único que puede pasar es que se lleve a cabo un procedimiento adicional que puede implicar unos costes en términos de tiempo, esfuerzo o recursos, pero que en todo caso se justifica dada la importancia de los valores y los bienes jurídicos en juego. Por esta razón, puede concluirse que en presencia de dictámenes psicopatológicos opuestos, el debate sobre la imputabilidad del procesado debe abrirse para garantizar la vigencia de los derechos subjetivos de las partes, y para estimular el juego argumentativo que se requiere para la fundamentación racional de la decisión.

5.3. El debate sobre la imputabilidad.-

Ya en lo que hace al debate sobre la imputabilidad, éste debería tener un lugar especial dentro del incidente, y sólo debería producirse luego de que se hubiera agotado el debate psicopatológico. En efecto, dado que al debatir sobre la imputabilidad por trastorno mental se está discutiendo en el terreno hermenéutico si la patología diagnosticada pudo haber afectado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, en mi criterio sólo hay lugar a tal discusión en el evento en el que haya quedado establecido como un hecho que el procesado realmente estaba afectado por algún trastorno mental. Esto significa que en aquellos casos en los que se concluya que el procesado no está afectado por trastorno mental alguno, o que el trastorno mental actual no estaba presente al momento de cometer la conducta, no hay fundamento para iniciar una discusión acerca de si sus capacidades de comprensión y/o autodeterminación pudieron verse afectados a causa de una patología psiquiátrica. Por el contrario, una vez establecido como un hecho que el procesado estaba afectado por una patología psiquiátrica al momento de ejecutar la conducta, debe abrirse dentro del incidente un espacio para discutir las repercusiones de esa enfermedad en la imputabilidad del procesado.

No estimula ni favorece la racionalidad de la decisión, el que el juicio de la imputabilidad sea producto de una reflexión individual y solitaria del juez, sin que la preceda una amplia discusión en la que se hubieran podido presentar varios puntos de vista diferentes. Por esta razón, la decisión sobre la imputabilidad no puede ser producto únicamente de las reflexiones que haga el juez en la soledad de su despacho, mientras repasa el dictamen psicopatológico y analiza el caso. Para que el procedimiento favorezca la fundamentación racional de la decisión, es necesario que propicie un amplio debate acerca de las posibles repercusiones del trastorno mental en las cualidades de comprensión y autodeterminación que el derecho le atribuye al procesado. A tal efecto, en el contexto del incidente debería permitirse a las partes presentar sus respectivas posturas, enfocando la discusión en punto a la imputabilidad del procesado.

Es cierto que ya la mayoría de las legislaciones en Europa y América tienen expresamente previstas oportunidades para que las partes presenten sus alegaciones al final del debate probatorio y antes de la sentencia. También es cierto que en esas oportunidades las partes pueden presentar y argumentar sus posturas frente a la imputabilidad del procesado. Sin embargo, en esos alegatos las partes deben y suelen referirse a todos los elementos fundamentales de la responsabilidad penal, por lo que la imputabilidad no es el único tema que centra la atención del juez al escuchar la argumentación. Debido a la importancia que tiene la imputabilidad cuando se ha confirmado que el procesado padecía un trastorno mental al momento de cometer la conducta, este tema debería merecer una oportunidad procesal exclusivamente dedicada a su discusión. De manera que el incidente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental debería incluir un espacio exclusivo, en el cual el juez pueda escuchar la postura de las partes a propósito de este tema —y sólo de este tema—, al margen de los demás elementos de la responsabilidad penal del procesado que podrán ser luego objeto de discusión.

Sumado a lo anterior, ya que de lo que se trata es de establecer si es válido imputar al procesado la comprensión del sentido de su comportamiento, y/o la autodeterminación conforme a dicha comprensión, el estado mental del procesado tiene enorme importancia como elemento de ese juicio adscriptivo. Por esta razón, no se trata de un juicio que se nutra únicamente de elementos de juicio de naturaleza jurídica, sino que también los psiquiatras tienen mucho que decir al respecto. Es claro que al pronunciarse acerca de si es válido imputar al procesado las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, el psiquiatra también está llevando a cabo un juicio adscriptivo que no hace parte del objeto de la psiquiatría, y que tampoco puede realizarse a través de las técnicas y métodos reconocidos por esa disciplina. Sin embargo, sería necio desconocer que también los psiquiatras, debido a su formación, tienen una perspectiva muy importante de este asunto, y cuentan con la posibilidad de aportar argumentos importantísimos para la elaboración del discurso de aplicación que sustenta la decisión, cualquiera que sea su sentido. En consecuencia, no sólo no debería excluirse a los psiquiatras del debate, sino que debería estimularse aún más su participación.

En mi criterio, teniendo en cuenta la importancia que para la validez de la decisión tiene estimular la participación de los psiquiatras, el procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental debería disponer que, así como cada parte está representada por un abogado que presenta argumentos jurídicos para la defensa de sus intereses, en el marco del debate sobre la imputabilidad cada parte debería poder contar con un psiquiatra que presente argumentos psiquiátricos a favor de la alternativa de decisión que defiende.

5.4. La decisión sobre la imputabilidad.-

Una vez finalizado el debate sobre la imputabilidad, el juez debe emitir una decisión definitiva sobre la capacidad de culpabilidad del procesado, la cual normalmente hace parte de la sentencia judicial final, para que pueda valorarse junto con los demás elementos de la responsabilidad penal. Esta decisión es producto de una elección realizada por el juez, a favor de una de las dos posibles alternativas que le ofrece el código propio del sistema jurídico: imputable / inimputable.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que para que la validez de la decisión sobre la imputabilidad quede estabilizada, no es suficiente que el juez elija una de las alternativas de decisión que le ofrece el código, sino que además es necesario que esa elección sea motivada. Al respecto, ya se ha explicado que esta motivación consiste en un discurso de aplicación que contiene los argumentos que sustentan la elección hecha por el juez, en términos del principio de adecuación y de conveniencia político-criminal. Así mismo, se ha aclarado que para que la validez de la decisión quede estabilizada, es necesario que este discurso de aplicación cumpla una condición discursiva fundamental, consistente en que los miembros de la comunidad de interpretación estén dispuestos a aceptar intersubjetivamente la pretensión de validez contenida en él. Además, también se ha explicado que para que la pretensión de validez del discurso que fundamenta la decisión pueda ser intersubjetivamente aceptada, es necesario que sea producto de un procedimiento que a su vez pudiera ser aceptado por todos los miembros de la comunidad de interpretación como válido.

Si se toma en consideración todo lo anterior, puede verse que la decisión sobre la imputabilidad no sólo implica una elección por parte del juez, sino también la presentación de un discurso que debe ser elaborado mediante un procedimiento que pueda ser reconocido como válido por todos los miembros de la comunidad de interpretación. Esta reflexión es muy importante para entender que las condiciones de validez de la decisión judicial le imponen al juez la obligación de adoptar una actitud epistemológica específica al momento de elaborar el discurso de aplicación que fundamenta su decisión.¹⁵⁰⁰

En efecto, para que la pretensión de validez del discurso de aplicación pueda ser aceptada por todos los miembros de la comunidad de interpretación, es necesario que sea producto de un razonamiento llevado a cabo con una actitud epistemológica de tipo comunicativo. Ya se ha explicado que en desarrollo del proceso judicial es normal que las partes asuman una posición estratégica, la cual dificulta alcanzar acuerdos intersubjetivos. Precisamente porque su actitud estratégica se ha vuelto irreconciliable, y no permite un entendimiento racionalmente motivado, es necesario acudir a una instancia como el proceso judicial para que la disputa sea resuelta por un tercero ajeno al conflicto. Por

¹⁵⁰⁰ Cfr. HABERMAS. *Facticidad y Validez*, pág. 300.

esta razón, para que la decisión sea válida es necesario que el juez asuma, al momento de fundamentar su decisión, una actitud comunicativa que compense el déficit de entendimiento producido por la actitud estratégica de los participantes en la discusión.

La actitud comunicativa que el juez debe asumir durante el proceso de elaboración de la motivación de su decisión está caracterizada por el propósito de garantizar que la decisión pueda alcanzar un equilibrio adecuado entre los intereses de las partes involucradas y los intereses de los demás miembros de la comunidad que podrían verse afectados por la decisión. Se supone que por tratarse de un tercero imparcial, que no tiene intereses personales involucrados en el conflicto, el juez puede tomar distancia respecto de la orientación estratégica de las partes, y adoptar una actitud orientada a buscar que su decisión pueda ser aceptada no sólo por las partes, sino también por cualquier otro posible afectado como participante racional en la discusión. En este sentido, la actitud comunicativa que debe asumir el juez conduce a que la motivación considere también la esfera pública de la decisión, mediante la inclusión de la perspectiva de todos los miembros de la comunidad en la argumentación.

En materia jurídico-penal, como ya se ha dicho, el método dominante para la determinación del derecho ya obliga al juez a adoptar una actitud comunicativa en la fundamentación de la decisión, al introducir la necesidad de tomar en cuenta la perspectiva de la realización de los valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución, mediante una ponderación de las consecuencias político-criminales de la decisión. Al obligar al juez a tener en cuenta las consecuencias político-criminales de su decisión, y concretamente a considerar los alcances de su decisión respecto de los valores ético-sociales reconocidos en la Constitución, directamente se le está imponiendo la carga de adoptar una actitud comunicativa que le obliga a fundamentar su decisión en los términos de la forma en que puede llegar a verse afectada toda la sociedad. Podría decirse que, debido a que la aplicación del método teleológico político-criminal ya supone la necesidad de asumir una actitud comunicativa por parte del juez, este método también contribuye de alguna manera a la fundamentación racional de la decisión sobre la imputabilidad, en el sentido de que favorece y estimula la consideración de la decisión desde una perspectiva común a todos los miembros de la comunidad.

Una importantísima conclusión de todo lo anterior es *que un procedimiento para la determinación de la imputabilidad por trastorno mental que permita la estabilización de la validez de la decisión debe necesariamente favorecer y estimular la adopción de una actitud comunicativa en el proceso de fundamentación por parte del juez. Esto se consigue, en mi criterio, introduciendo reglas de procedimiento que tiendan a asegurar la imparcialidad de los jueces.* Tal es el caso de las normas que de hecho ya existen en la mayoría de las legislaciones de Europa y América, por ejemplo, para regular el reparto de los procesos, la formulación de impedimentos y recusaciones, el

nombramiento y remoción de funcionarios judiciales, o las prohibiciones de prejuzgamiento judicial.

De todas estas reglas, merecen una especial atención en nuestro caso las relativas a la publicidad del procedimiento, ya que ellas tienen una importancia particular en materia de inimputabilidad por trastorno mental.¹⁵⁰¹ En mi criterio, la publicidad de las actuaciones debe ser objeto de una regulación especial, si realmente se pretende llegar a un modelo de procedimiento en el que el juez pueda asumir sin problemas una actitud comunicativa apropiada, y fundamentar racionalmente su decisión en términos de aplicación del derecho.¹⁵⁰²

En efecto, un buen procedimiento para la determinación de la imputabilidad debería poner al juez a salvo de las presiones que pueden venir de parte de los medios de comunicación o de sectores organizados de la comunidad, en algunos casos que adquieren cierta connotación social. Ya se mencionó en el capítulo segundo cómo la decisión sobre la imputabilidad, en algunos casos, es determinada en cierta medida por el pronóstico que hace el juez sobre la posible reacción de la opinión pública frente a una eventual decisión en un sentido u otro.¹⁵⁰³ De hecho, hay estudios que demuestran que en materia de imputabilidad la decisión judicial es altamente sensible a elementos de juicio que difícilmente se debaten abiertamente en el proceso, tales como el sexo, la raza, la posición social o la religión del acusado.¹⁵⁰⁴ En el caso de los delitos más violentos, como por ejemplo el homicidio o el acceso carnal, muchos jueces no se atreverían a declarar la inimputabilidad a pesar de estar íntimamente convencidos de ella, por temor a la reacción que algunos sectores de la comunidad pudieran tener al saber que la persona que ha cometido delitos tan atroces, no será recluida en una prisión, sino en un establecimiento psiquiátrico, y que bajo tratamiento médico podría regresar a las calles en un corto tiempo.¹⁵⁰⁵

¹⁵⁰¹ Sobre el principio de publicidad en el derecho procesal penal español, cfr. CALDERÓN CEREZO, A. *Derecho Procesal Penal*, pág. 31; ALAMAGRO NOSETE, José. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pág. 58; RIFÁ SOLER, José María. *Derecho Procesal Penal*, pág. 32; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, pág. 351.

¹⁵⁰² Acerca de los casos en los que está permitido realizar el juicio “a puerta cerrada”, en el derecho español, cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho Procesal Penal Español*, pág. 523.

¹⁵⁰³ Al respecto, LUHMANN sostiene: “Un sociólogo debería preguntar concretamente: ¿Con qué se sustituyen las determinaciones sociales de la decisión jurídica: por ejemplo, las consideraciones sobre el status social de los involucrados o sobre la red social de sus relaciones? La respuesta —y aquí hay que pensar en la tonalidad del *Critical Legal Studies* y de sus paralelos neomarxistas— usualmente es: no se sustituyen: Hoy, como antes, esas determinaciones son efectivas”. (*El Derecho de la Sociedad*, pág. 390).

¹⁵⁰⁴ Por ejemplo, el estudio realizado por LISKA, Allen et al. *Modelling the Relationship Between the Criminal Justice and Mental Health System*, pág. 1.762.

¹⁵⁰⁵ ROXIN afirma que la política criminal vigente en Alemania desde 1975 hasta la fecha, en punto a los fines de la pena, apunta a que se confiera más importancia a la necesidad de prevención general que se satisface mediante la reclusión del agente, que a su situación personal de culpabilidad: “Los eventuales déficit de personalidad de un autor individual, que además resulta a menudo difícilmente identificable en este ámbito, tiene desde el principio un

En estos casos, el acceso irrestricto de la opinión pública a los pormenores del procedimiento estimula un debate público paralelo al juicio de responsabilidad, el cual genera prejuicios en el juez y puede presionarlo indebidamente a decidir en un sentido o en otro. Ello, más aún, cuando ese debate paralelo se surte en los medios de comunicación, y allí se editorializa sin rigor científico alguno sobre la manera en que debería decidir el juez.

Por supuesto, no se trata de hacer inane el principio de publicidad en materia de determinación de la imputabilidad, sino de someterlo a ciertas reglas a favor de la imparcialidad judicial. De hecho, hay casos en los que la limitación del principio de publicidad no se justifica ya sólo para garantizar la imparcialidad judicial, sino también como mecanismo para proteger los derechos subjetivos de las partes. En materia de delitos sexuales en los que se debata la imputabilidad del procesado, por ejemplo, la limitación del principio de publicidad se justifica no sólo para evitar que grupos sociales organizados o medios de comunicación presionen al juez para que declare la imputabilidad a toda costa, sino también para preservar el derecho a la intimidad de la víctima, y evitar que haya una estigmatización del acusado que le perjudique en sus relaciones sociales en caso de ser declarado inocente.

A mi juicio, el procedimiento para la determinación de la imputabilidad debería establecer una regulación mucho más detallada sobre el principio de publicidad del procedimiento. Un procedimiento para la determinación de la imputabilidad por trastorno mental que realmente estuviera preocupado por hacer posible la fundamentación racional de la decisión en términos de aplicación del derecho, debería contener reglas que le permitieran al juez, dentro de ciertos límites, restringir la publicidad del procedimiento para preservar su independencia e imparcialidad; es decir, restringir la publicidad del procedimiento para asegurarse la posibilidad de asumir una actitud verdaderamente comunicativa.

5.5. Conclusión.-

Como resultado de todo lo expuesto en este apartado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes para el tema que ocupa esta investigación:

papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad en su conjunto. Además, las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales. Ello conduce fácilmente a la resignación y a la vuelta a la prevención general, cuyo éxito bien es cierto que tampoco es demostrable en sentido estricto, pero al menos, en términos de una teoría de lo cotidiano, plausible desde el punto de vista de la garantía de una seguridad suficiente para la sociedad". Y más adelante recalca: "En lo que atañe al autor individual, al que sólo se puede tratar de forma preventivo especial, el postulado preventivo general tiende, si bien no en todas sus facetas teóricas sí en sus repercusiones prácticas, a anteponer la seguridad ante el autor individual y su intimidación frente a la meta resocializadora" (La Evolución... pág. 28).

- i) La propuesta de este trabajo, acerca de las características mínimas que debería tener el procedimiento para la determinación de la inimputabilidad, consiste en que la imputabilidad debería ser determinada al interior del proceso mediante un incidente dedicado exclusivamente a ello, y estructurado en dos etapas o fases: una primera etapa dedicada al debate sobre el estado psicopatológico del procesado, y una segunda etapa dedicada al debate sobre la imputabilidad.
- ii) En la primera fase se presentan y discuten las diferentes propuestas sobre el estado de salud mental del procesado, y para ello sirve de referencia el dictamen psicopatológico del psiquiatra forense. En la segunda parte se discute la posibilidad de atribuir al procesado las capacidades de comprensión y autodeterminación, y para ello debería servir de referencia no sólo el dictamen médico-legal del psiquiatra forense, sino los conceptos presentados por otros psiquiatras contratados por las partes, los alegatos de los abogados, y las opiniones que otros profesionales como antropólogos, psicólogos, sociólogos etc., puedan ofrecer en relación con el caso concreto.
- iii) El paso de una etapa a la otra debería depender de una decisión del juez acerca de la existencia de factores que pudieran afectar la imputabilidad del procesado. De esa manera, la segunda fase del debate sólo debería abrirse cuando se haya podido concluir que el procesado estaba afectado por una patología que pudo haber afectado sus capacidades de comprensión y/o autodeterminación.
- iv) La determinación final sobre la imputabilidad debe ser tomada por el juez en la sentencia, en condiciones de publicidad e imparcialidad que le permitan asumir una actitud comunicativa en la fundamentación de la decisión, de modo que ésta pudiera ser aceptada no sólo por las partes involucradas en el debate, sino también por todos los miembros de la comunidad de interpretación.

§ VI. Conclusiones

La metodología para la determinación judicial de la inimputabilidad por trastorno mental ha tenido un largo y complejo proceso de evolución, en el que los cambios presentados parecen responder a la manera que en cada momento histórico concreto han podido articularse los contenidos de la demanda social de reacción jurídica frente a los inimputables, la cual está vinculada a la imagen dominante de la locura, por un lado, y los métodos jurídicos de razonamiento y procesamiento criminal con los que se responde a esa demanda de reacción en el marco de la imagen dominante de la locura, por otro. De esta manera, en el curso de la historia de su evolución, la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental ha pasado por diferentes estadios, que van desde los modelos en los que el estado mental del sujeto no es relevante para efectos de determinar su responsabilidad jurídica, pasando por aquellos sistemas en los que el estado mental se determina por vía indiciaria o recurriendo a la autoridad de los jurisconsultos de las más prestigiosas facultades de derecho, hasta la implementación del dictamen pericial psiquiátrico como principal medio de prueba sobre las capacidades cognitivas y volitivas del procesado.

Después de este largo y complejo proceso de evolución histórica, la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental llega a su estado actual de desarrollo, caracterizado por la aplicación de un método mixto, el cual se encuentra estructurado en la forma de un procedimiento dividido en dos niveles: un primer nivel en el que se lleva a cabo la valoración bio-psicológica del individuo, la cual se condensa en un dictamen pericial que es emitido por un psiquiatra forense; y un segundo nivel, en el que se lleva a cabo una valoración jurídica del estado de salud mental del procesado, la cual se condensa en la decisión emitida por el juez respecto de la capacidad de culpabilidad del procesado.

A pesar de los importantes progresos que ha tenido durante el siglo, especialmente de la mano de los avances de la psiquiatría, en la actualidad el método mixto sigue teniendo serias limitaciones para ofrecer una respuesta confiable y definitiva a la pregunta por la imputabilidad del procesado:

- i) Por un lado, el dictamen pericial psiquiátrico que suele solicitarse acerca del estado bio-psicológico del procesado no es cien por ciento (100%)

confiable, ni en lo relativo a la existencia de patologías psiquiátricas (dictamen psicopatológico), ni en lo concerniente a la afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado (dictamen médico-legal). Es así que frente a la pregunta por la existencia de patologías psiquiátricas en el procesado, el dictamen pericial tiene un margen de error derivado de las limitaciones estadísticas de los estudios que soportan la información contenida en los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales (v.g., DSM o CIE), de los problemas comunicativos asociados a la obtención de información mediante la entrevista con el paciente, y de los problemas de comorbilidad relativos a la estructura categorial del modelo de clasificación acogido por los manuales. Así mismo, frente a la pregunta por la afectación de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado el dictamen pericial tampoco es confiable, ya que como lo reconoce la propia doctrina psiquiátrica, el pronunciamiento acerca de si las patologías diagnosticadas afectaron las capacidades cognitivas y volitivas del procesado, no es un concepto rigurosamente médico-psiquiátrico que pueda ser sustentado en evidencia empírica. En el mejor de los casos, se trataría de una mera opinión profesional, fundada en la información disponible y en los conocimientos personales y profesionales del propio psiquiatra.

- ii) Y por otro lado, el juicio valorativo que debe realizar el juez sobre la capacidad de culpabilidad del procesado también parece enfrentar importantes dificultades, relacionadas con la imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales del procesado, con la dificultad para traducir las conclusiones psiquiátricas en términos jurídicos, o con la dificultad para estabilizar la validez del juicio sobre la imputabilidad debido a la existencia de varias alternativas posibles de decisión.

La doctrina que en los últimos tiempos se ha enfrentado a los problemas para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental, suele hacerlo desde la perspectiva del derecho, desde la perspectiva de la psiquiatría, o desde una perspectiva que intenta combinar los dos enfoques. En cualquier caso, la perspectiva asumida siempre enfoca estos problemas asumiendo la posición de alguno de los participantes en el proceso de determinación de la imputabilidad: el juez o el perito.

En este trabajo se ha intentado ofrecer una perspectiva que permita enfocar los problemas desde otros puntos de vista, de tal manera que aunque no se encuentren soluciones definitivas, sí pueda aumentarse la información disponible y adquirir nuevos conocimientos que contribuyan a una superación futura de los obstáculos que hoy enfrenta la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. La propuesta contenida en este trabajo consiste en abandonar la perspectiva del participante en el proceso de determinación de la imputabilidad, para enfocar los problemas desde la perspectiva de un observador imparcial que mira desde afuera la forma en que se articulan el derecho y la psiquiatría para resolver este problema común.

Para poder enfocar los problemas desde esa perspectiva, en este trabajo se ha recurrido a la doctrina sociológica más cercana a nuestra cultura jurídica. De esta manera, se han tomado prestados elementos comunes a la teoría de la acción comunicativa y a la teoría del sistema de la sociedad, para construir a partir de ahí una teoría sobre la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.

El resultado de esta iniciativa ha permitido obtener interesantes conclusiones, algunas de cuales podrían resumirse así:

- i) La observación de la relación existente entre la psiquiatría y el derecho desde la perspectiva de la teoría de sistemas, permite concluir que estas disciplinas se desenvuelven en el marco de sistemas sociales diferentes: el derecho se desenvuelve en el marco del sistema jurídico, y la psiquiatría en el del sistema de salud. De tal manera, al reconstruir la mecánica de operación del derecho y la psiquiatría desde esa perspectiva, puede verse que los dos niveles de procedimiento que componen el método mixto son realizados por subsistemas sociales diferentes: el primer nivel del procedimiento, consistente en la valoración bio-psicológica del procesado, es realizado desde el subsistema de salud, el cual procesa las comunicaciones relativas al estado de salud mental del procesado en la forma del código salud / enfermedad, mediante el programa de operación contenido principalmente en los manuales de clasificación y diagnóstico de enfermedades mentales; el segundo nivel del procedimiento, consistente en el juicio valorativo sobre la capacidad de culpabilidad del procesado, es realizado desde el subsistema jurídico, el cual procesa las comunicaciones relativas a la capacidad de culpabilidad del procesado en la forma del código imputable / inimputable, mediante un programa de operación condicional contenido en las leyes, códigos, normas, jurisprudencias y doctrinas que integran el derecho aplicable.

Así mismo, la reconstrucción de la mecánica de la comunicación entre el derecho y la psiquiatría permite concluir que en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no hay transferencia de información entre el subsistema jurídico y el subsistema de salud en la forma *input / output*. Los subsistemas jurídico y de salud se comunican mediante la observación recíproca de sus operaciones, y la información que utilizan en sus operaciones es generada por cada uno de ellos mediante la producción interna de diferencias a partir de lo observado. En materia de inimputabilidad por trastorno mental, el dictamen pericial psiquiátrico funciona como el lente a través del cual el sistema jurídico observa la forma en que el sistema de salud procesa las comunicaciones relativas al estado de salud mental del procesado. Gracias a esa observación, el sistema jurídico produce internamente diferencias, las cuales generan la información en forma de argumentos que el propio subsistema utiliza para el procesamiento de las comunicaciones relativas a la capacidad de

culpabilidad del procesado. En relación con casos similares, la producción interna de diferencias a partir de lo observado no genera información sino redundancia, la cual es utilizada para procesar las operaciones relativas a la capacidad de culpabilidad del procesado en forma coherente, y de esa forma realizar la justicia, al menos en términos de posibilidad.

Si se tiene en cuenta lo anterior, es posible comprender que las conclusiones contenidas en el dictamen pericial no necesitan ser traducidas por el juez en términos jurídicos, porque la comunicación entre el derecho y la psiquiatría no se produce mediante transferencias de información en la forma *input / output*. A través del dictamen pericial, el juez observa la manera en que la psiquiatría procesa las comunicaciones relativas al estado de salud mental del procesado, y luego introduce internamente por sí mismo diferencias a partir de lo observado, con lo cual genera la información o la redundancia en forma de argumentos que utiliza para fundamentar su determinación sobre la imputabilidad. Por esta razón, la imposibilidad para traducir las conclusiones psiquiátricas en términos jurídicos es un problema que sólo existe en apariencia, debido a una inadecuada comprensión del proceso de comunicación entre el sistema del derecho y el sistema de salud.

- ii) La existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación no es algo que deba ser materia de debate en el proceso penal, porque ellas no son un hecho que pueda demostrarse mediante evidencias, sino una cualidad del sistema jurídico que presupone, de manera general, en todos los individuos, y que el juez debe imputar por regla general al procesado. Por esta razón, puede decirse el juicio sobre la imputabilidad no tiene naturaleza descriptiva, sino naturaleza adscriptiva.

Si se tiene en cuenta lo anterior, sale a la luz que el papel de la psiquiatría en el proceso de determinación de la inimputabilidad por trastorno mental no es determinar la existencia de las capacidades de comprensión y autodeterminación en el procesado, sino verificar la existencia de un hecho interno consistente en la existencia de patologías psiquiátricas que hubieran podido afectar aquellas capacidades. Así mismo, el objeto del juicio sobre la imputabilidad del procesado que debe realizar el juez tampoco consiste en determinar la existencia de esas capacidades, sino en establecer si es válido imputar al procesado la capacidad de comprender el sentido de su comportamiento, y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión, como cualidad o atributo inherente a él, dadas las patologías psiquiátricas diagnosticadas.

De esta manera, la imposibilidad para acceder directamente a los estados mentales constituye un problema que dificulta el juicio sobre la imputabilidad, no porque sea necesario verificar empíricamente la existencia de las capacidades de comprensión y/o autodeterminación, sino porque dificulta el diagnóstico psicopatológico del procesado, el que a su vez

constituye un elemento esencial en el juicio adscriptivo de imputabilidad. En esa medida, la imposibilidad para acceder directamente a los estados mentales constituye un problema que afecta sólo de modo indirecto el juicio sobre la imputabilidad.

- iii) Debido a que ha sido superada la imagen en la que las estructuras de comprensión gravitan en torno a la forma en que el individuo se relaciona aisladamente con los objetos en el mundo, la decisión del juez sobre la imputabilidad ya no debería más ser explicada en los términos de la relación: *objeto de conocimiento / sujeto de conocimiento*. En lugar de ello, conviene dar paso a un nuevo paradigma de racionalidad que pueda explicar la decisión sobre la imputabilidad en los términos: *cómo puede asegurarse que el pronunciamiento sobre la imputabilidad sea susceptible de un acuerdo intersubjetivo, racionalmente motivado por parte de los miembros de la comunidad de interpretación correspondiente*.

Si se admite esta descentración de las estructuras de comprensión para entender el juicio sobre las capacidades de comprensión y/o autodeterminación del procesado, puede verse que la racionalidad que fundamenta la decisión sobre la imputabilidad se percibe como una racionalidad de tipo comunicativo. Esta racionalidad comunicativa operaría en la práctica mediante la elaboración de un tipo especial de discurso denominado "*discurso de aplicación*", el cual exige dos condiciones: por un lado, que la determinación sobre la imputabilidad esté fundamentada en los términos del principio de adecuación, presentando las razones por las cuales puede o no afirmarse que el procesado satisface los requisitos formales y materiales previstos en el derecho vigente en materia de imputabilidad; y por otro lado, se demuestre que la sentencia mantiene un equilibrio adecuado entre la esfera pública y la esfera privada de la decisión, mediante la referencia a la realización de los valores ético-sociales positivamente reconocidos en la Constitución.

- iv) El principal problema que enfrenta la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental tiene que ver con la manera de estabilizar la validez de la decisión en el contexto de situaciones en las que existen varias alternativas de decisión posibles. Más concretamente, el problema del juicio sobre la imputabilidad consiste en que es muy difícil determinar cuál de todas las alternativas de discursos posibles permite estabilizar la validez de la decisión.

Para que la decisión sobre la imputabilidad sea válida desde la perspectiva de una racionalidad de tipo comunicativo, ella misma y el discurso de aplicación que la fundamenta deben ser producto de un procedimiento seguido conforme a normas consideradas a su vez como válidas. Esto significa que para que la decisión sobre la imputabilidad sea válida, ella debe ser producida observando un riguroso respeto por las normas que contienen los principios y reglas del procedimiento judicial, tales como

aquellas que prevén el derecho de defensa, el derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho a la doble instancia, etc.

No obstante, afirmar que la validez de la decisión sobre la imputabilidad se estabiliza asegurando que sea producida conforme a las normas de procedimiento, podría llevar a reconocer como válidas decisiones incoherentes o inaceptables. Por esta razón, la estabilización de la validez de la decisión sobre la imputabilidad requiere también que ella sea producida mediante un procedimiento que permita la fundamentación racional de la sentencia en términos de aplicación del derecho. De esta manera, la validez de la decisión sobre la imputabilidad depende de que el procedimiento para su producción permita el libre intercambio y competición de argumentos, en términos de igualdad de oportunidades para todos los participantes en el debate, y que estimule además la actitud comunicativa del juez, dándole la posibilidad de conocer la mayor cantidad de perspectivas posibles, de modo que el discurso de aplicación que fundamenta su determinación pueda ser aceptado no sólo por las partes, sino también por todos los miembros de la comunidad de interpretación.

En aquellos casos difíciles, en los que resulta definitivamente imposible asumir una posición sobre la imputabilidad del procesado, el sistema jurídico le ofrece al juez la posibilidad de aplicar el principio *in dubio pro reo*, como mecanismo de estabilización de la decisión sobre la responsabilidad penal del procesado. El principio *in dubio pro reo* no le dice al juez cómo decidir sobre la imputabilidad cuando hay dudas sobre la posibilidad de atribuir al procesado las capacidades de comprensión y autodeterminación, pero sí le dice cómo decidir sobre la responsabilidad penal cuando tenga dudas sobre la imputabilidad. De esta manera, el principio *in dubio pro reo* funciona como un mecanismo a través del cual el derecho estabiliza, a través del propio derecho, la validez de la decisión sobre la responsabilidad del procesado en caso de duda sobre la imputabilidad.

Finalmente, dado que la validez de la decisión requiere también que ella sea producida mediante un procedimiento que permita el libre intercambio y competición de argumentos, en términos de igualdad de oportunidades para todos los participantes en el debate, y que estimule la actitud comunicativa del juez dándole la posibilidad de conocer la mayor cantidad de perspectivas posibles, la carga de la prueba no debe recaer en una sola de las partes, sino en ambas. Sólo en la medida en la que ambas partes tengan la carga de presentar pruebas (entendidas como argumentos) para sustentar sus pretensiones, se asegura que la actitud estratégica asumida por cada una de ellas pueda ser canalizada hacia la producción de información desde diferentes perspectivas, ofreciendo suficientes elementos para que el juez pueda asumir una actitud comunicativa que le permita estabilizar la validez de la decisión.

Es seguro que las conclusiones anteriores no resuelven definitivamente los problemas relacionados con la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental. Sin embargo, considero que ofrecen una perspectiva interesante del tema, que contribuye a aumentar la cantidad de información disponible y a multiplicar el conocimiento existente, de modo que en un futuro podamos aproximarnos a una solución satisfactoria. Por lo pronto, es la comunidad científica y académica la que tiene que valorar los alcances de esta propuesta, mediante una revisión crítica que haga posibles futuras correcciones a la misma.

Tabla de contenido

§ I. Aproximación histórica.-	7
1. El preludeo de la preocupación por la capacidad mental del infractor.-.....	7
2. El renacimiento de la preocupación por la determinación judicial de la locura.-.....	12
3. El encuentro con la pericia médica.-.....	29
4. El afianzamiento de la actitud policíaca.-.....	44
5. La Instauración de la pericia médica.-	63
5.1. El concepto subjetivo de imputabilidad:	63
5.2. La reforma de los sistemas de internamiento y el diagnóstico médico de la locura:.....	71
6. Conclusión.-	84
§ II. Estado actual del debate.-	93
1. Origen y evolución del método mixto.-.....	93
2. Doctrina dominante.-	108
3. Brevísimas referencias al common law.-.....	123
4. Conclusión.-	126
§ III. Reflexiones sobre el alcance y la fiabilidad del dictamen psiquiátrico forense.-	129
1. Problemas inherentes a los conceptos y métodos generales de la doctrina psiquiátrica: especial referencia al problema de la multiplicidad de perspectivas y la falta de unidad de criterio.-.....	130
1.1. Modelo médico:.....	134
1.2. Modelo conductista:	137
1.3. Modelo psicoanalítico:.....	139

1.4. Modelo antipsiquiátrico:.....	142
1.5. Función de los manuales de clasificación y diagnóstico:	146
2. Problemas inherentes a la fundamentación empírica de los estudios psiquiátricos.-	152
2.1. Inevitable probabilidad de existencia de errores:	156
2.2. Sesgo en el muestreo:	167
2.3. Errores de medición:	170
2.4. Variaciones dentro de una misma categoría nosológica:	176
3. Problemas inherentes a la práctica clínica de la psiquiátrica: especial referencia a la clasificación y el diagnóstico clínico de las patologías.-....	181
3.1. Limitaciones derivadas de la entrevista:.....	187
3.2. Limitaciones estructurales del modelo categorial:.....	200
4. Reflexiones sobre el alcance del dictamen psiquiátrico forense.-.....	207
4.1. Contenido y validez científica del concepto psicopatológico forense:	208
4.2. Contenido y validez científica del concepto médico-legal sobre las funciones psíquicas superiores del procesado:.....	213
4.2.1. Validez del dictamen sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado cuando éste no presenta patología alguna:	213
4.2.2. Validez del dictamen sobre las capacidades de comprensión y autodeterminación del procesado cuando éste ha sido diagnosticado con alguna patología:.....	217
5. Conclusión.-.....	232
§ IV. Elementos para el abordaje del problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental desde una perspectiva diferente: <i>la</i> <i>racionalidad comunicativa</i>	237
1. Introducción a la racionalidad comunicativa	246
1.1. La racionalidad causal.....	246
1.2. La racionalidad teleológica.....	254
1.3. Descripción de la racionalidad comunicativa.....	262

1.4. Conclusión.-	284
2. Teoría del derecho desde la perspectiva de la acción comunicativa.....	285
2.1. Composición y función:	285
2.2. Validez:	290
2.3. El Sistema de los derechos:.....	299
2.4. Los tribunales:.....	303
2.5. Conclusión.-	314
3. Aportación de la teoría de los sistemas sociales.	315
3.1. Lineamientos generales de la teoría del sistema de la sociedad:	316
3.2. Teoría del derecho como subsistema del sistema de la sociedad: ..	331
3.2.1. Composición:	333
3.2.2. Función:	337
3.2.3. Autorreferencialidad:	340
3.2.4. Código:.....	344
3.2.5. Programa:	345
3.2.6. Justicia y argumentación:.....	352
3.3. Teoría del sistema de salud como subsistema del sistema de la sociedad.....	355
3.3.1. Composición y función:	356
3.3.2. Autorreferencialidad:	362
3.3.3. Código:.....	365
3.3.4. Programa:	369
3.4. Conclusión.-	371
§ V. Determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-	373
1. La Relación de la psiquiatría y el derecho en la sociedad.-	374
1.1. Reconstrucción de la relación desde la perspectiva de la teoría de sistemas.-.....	376
1.1.1. Diferencias entre el derecho y la psiquiatría desde la perspectiva de la teoría de sistemas.-	379
1.1.2. Mecánica de operación y comunicación del derecho y la psiquiatría desde la perspectiva de la teoría de sistemas.-	386

1.1.2.1. Reconstrucción del primer nivel de análisis.-	390
1.1.2.2. Reconstrucción del segundo nivel de análisis.-	397
1.1.2.3. La comunicación entre el derecho y la psiquiatría.-	400
1.2. Reparos relacionados con el carácter cerrado de los sistemas sociales.-	417
1.3. Conclusión.-	425
2. Reconstrucción de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad.-	426
2.1. Naturaleza adscriptiva del juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-	428
2.2. Delimitación del objeto de prueba de la psiquiatría en materia de inimputabilidad por trastorno mental.-	441
2.3. Delimitación del objeto del juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-	447
2.4. ¿Quién debe emitir el juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental?.-	452
2.5. Conclusión.-	456
3. ¿Por qué es tan difícil determinar judicialmente la inimputabilidad por trastorno mental?.-	458
3.1. La imposibilidad de acceder directamente a los estados mentales del individuo.-	458
3.2. La imposibilidad de traducir las conclusiones dadas en términos psiquiátricos a términos jurídicos.-	461
3.3. La dificultad para estabilizar la validez de la decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-	468
3.4. Conclusión.-	475
4. La racionalidad comunicativa como propuesta frente al problema de la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-	476
4.1. El principio de discurso como condición general de validez de la decisión general.-	476
4.2. La racionalidad procedimental y el problema de la validez de la decisión judicial.-	481

4.3. La racionalidad comunicativa como fuente del juicio sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-	491
4.4. La estabilización de la validez de la decisión sobre la inimputabilidad por trastorno mental.-	504
4.5. El principio <i>in dubio pro reo</i> como mecanismo último de estabilización de la validez de la decisión en casos difíciles.-	509
4.6. La carga de la prueba.-	516
4.7. Conclusión.-	527
5. Características mínimas del procedimiento para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-.....	531
5.1. Apertura del incidente para la determinación de la inimputabilidad por trastorno mental.-	533
5.2. El debate psicopatológico.-	536
5.3. El debate sobre la imputabilidad.-	542
5.4. La decisión sobre la imputabilidad.-	544
5.5. Conclusión.-	547
§ VI. Conclusiones	549
Tabla de contenido.....	557
Índice de autores.....	563
Bibliografía.-	565

Índice de autores

- Adorno, 260
Alfonso X, 14, 15, 17, 19
Ali ibn-al- Abbas, 27
Anselmo, 61
Austin, 261
Avenzoar, 26
Averroes, 26
Avicena, 26
Bacon, 23, 43
Beling, 91
Bernato, 94
Bettiol, 103
Binding, 91
Böhmer, 48, 49, 50, 52, 54
Brenato, 99
Cardano, 27
Carpzov, 43, 44, 50
Comte, 87, 94, 242
Constantino el Africano, 27
Daries, 57, 58, 61, 63
Darwin, 88
Dilthey, 94
Droysen, 94, 248
Durkheim, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 249
Ehrlich, 91
Esculapio, 2
Ferri, 89, 90
Ferrus, 77, 87
Feuerbach, 58, 61, 63
Frank, 77, 96, 101
Freud, 95, 97, 133
Fromm, 260
Galeno, 2, 26
glosadores, 8, 13, 15, 16, 42, 44
Goldschmidt, 96
Griesinger, 88
Grolman, 58, 61
Günther, 279, 290, 302, 321, 335, 375, 401, 424, 425, 434, 458, 473, 572, 584, 586
Habermas, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 299, 301, 302, 304, 305, 306, 307, 316, 323, 325, 371, 403, 414, 416, 417, 471, 473, 483, 493, 569, 577
Hartmann, 99, 100
Heck, 91
Hipócrates, 2, 26, 32
Hobbes, 47
Horkheimer, 260
Hruschka, 431, 432, 434
Hugo, 44, 59
Hurssel, 99, 100
Ibn al-Jazzar, 27
Isak Ibin-Imran, 27
Justiniano, 8, 59
Kant, 261
Kelsen, 91
Kirchmann, 90
Klein, 59
Köstlin, 63, 64
Kremer, 36
Leuret, 77, 87
Liszt, 91, 92
Locke, 48
Lombroso, 32, 89
Lotze, 94
Löventhal, 260
Luhmann, 285, 288, 293, 296, 302, 304, 312, 314, 316, 318, 320, 321, 322, 323, 325, 327, 330, 337, 341, 342, 344, 345, 347, 348, 371, 471, 493, 569, 572
Maimónides, 26
Marcuse, 260
Marx, 261
Maudsley, 88
Mercuriale, 27
Mezger, 96, 97, 101
Montesquieu, 59
Nestorio, 26

Nicolás, 72
Pavlov, 88
Piaget, 264, 485
Pinel, 67, 76
Pitágoras, 2
Plater, 27
Polloch, 260
posglosadores, 8
Pufendorf, 43, 44, 45, 46, 47, 48,
49, 50, 52, 54, 57, 104, 105, 106,
572
Putcha, 61
Razés, 26
Reil, 67, 76
Rickert, 94, 109
Roxin, 111, 112, 113
Ruesch, 492
Savigny, 60
Scheler, 100
Scheller, 99
Spee, 72
Spencer, 242
Spinoza, 39, 40, 43
Sprenger, 36
Stammter, 94
Stübel, 61
Teubner, 279, 290, 335, 413, 459
Thomasius, 48, 54, 58
Tomás de Aquino, 14, 16, 21, 23
Vesalio, 25
Vico, 59
Vives, 28
Voltaire, 72
Wächter, 64
Weber, 90, 248, 249, 250, 251, 252,
253, 254, 255, 256, 257, 260,
262, 263, 267, 273, 274, 277
Welzel, 100, 101, 102
Weyer, 27, 37
Windelband, 94
Wittgenstein, 261, 262, 370, 432,
588
Wolff, 48, 50, 54, 57, 59
Zacarias, 61
Zilboorg, 212
Zitelmann, 91

Bibliografía.-

1. ACHENBACH, Tomas M. *Assessment of Psychopathology*. En: SAMEROFF, Arnold. Et al. *Handbook of Developmental Psychopathology*. 2th Edition. Edt. Kluwer Academic/Plenum Publisher. New York, 2000.
2. ADINOLFI, Giulio. *Divergencias Fundamentales en la Filosofía de la Justicia de Habermas y Rawls*. En: NÓMADAS. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Número 15. Año 2007-1. Publicación Electrónica de la Universidad Complutense de Madrid.
3. AGUADO TERRÓN, Juan Miguel. *Actores sin Sistema y Sistema sin Actores: Apuntes para una lectura de la epistemología social desde el pensamiento de la complejidad*. En: Revista Científica de Información y Comunicación. Número 3. Año 2006. Sevilla. pág. 85 - 103.
4. ALEXANDER, Franz G. y SELESNICK, Scheldon T. *Historia de la Psiquiatría. Una Evaluación del Pensamiento Psiquiátrico desde los Tiempos Prehistóricos hasta Nuestros Días*. Trad. Adroer Tasis y Sarret Grau. Edt. Expax. Barcelona, 1970.
5. ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez. Edt. Fontamara. México, 2002.
6. ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*. En: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 226 - 233.
7. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Edt. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989;
8. ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José. *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*. Edt. Trivium. Madrid, 1994.
9. AMELUNG, Knut. *Contribución a la Crítica del Sistema Jurídico-Penal de Orientación Político-Criminal de Roxin*. En: *El Sistema Moderno de Derecho*

- Penal: Cuestiones Fundamentales*. Compilador: SCHÜNEMANN, Bernd. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Edt. Tecnos. Madrid. 1991.
10. American Psychiatric Association. *Issues in Forensic Psychiatry*. Edt. American Psychiatric Press Inc. Washington, 2005.
 11. ARATO, Andrew. *Procedural Law and Civil Society. Interpreting the radical democratic paradigm*. En: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 26 - 36.
 12. ARCE CARRASCOSO, José Luis. *De la Hermenéutica a la Acción Comunicativa. Entre la experiencia de la nada y la experiencia del "tu"*. En: LOGOS: Anales del Seminario de Metafísica. Número 35. Año 2002. Pg. 241- 272. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2002.
 13. ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus y ROXIN, Claus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Edt. Ariel Derecho. Barcelona, 1989.
 14. ASHENDEN, Samantha. *The Problem of Power in Luhmann's System Theory*. En: Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 127-144.
 15. ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Breviario. Criterios Diagnósticos DSM-IV-TR*. Director de la Versión Española: Juan J. López-Ibor Aliño. Edt. Masson. Barcelona, 2004.
 16. ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. DSM-IV-TR*. Director de la Versión Española: Juan J. López-Ibor Aliño. Edt. Masson. Barcelona, 2005.
 17. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 1997.
 18. BAECKER, Dirk. *¿Por qué una Teoría de Sistemas?* Trad. Carlos Gómez-Jara. En: *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*. Edt. Comares. Granada, 2005.

19. BAÑÓN, C, MARTÍNEZ SÁNCHEZ y MALDONADO, Luna A. *Problemas Médico-Legales en la Valoración del Síndrome de Abstinencia. Estudio de 50 Sentencias Judiciales*. En: Cuadernos de Política Criminal. Número 31. Año 1987.
20. BAUCH, Jost. *Die Gute und Gesunde Gesellschaft. Die Selbstbeschreibung der Gesellschaft durch ein soziales Funktionssystem*. En: *Gesundheit als System. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 65-82.
21. BAUCH, Jost. *Selbst – und Fremdbeschreibung des Gesundheitswissens. Anmerkungen zu einem „absonderlichen“ Sozialsystem*. En: *Gesundheit als System. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 21-38.
22. BAUCH, Jost. *Pflege als Soziales system*. En: *Gesundheit als System. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 139-148.
23. BAUCH, Jost. *Wie reagieren Sozialsysteme auf menschliche Alterungsprozesse?* En: *Gesundheit als System. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 151-160.
24. BEISER, Morton. *Psychiatric Epidemiology*. En: NICHOLI, Armand M. (Edt). *The Harvard Guide to Modern Psychiatry*. Edt. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts (USA), 1978.
25. BENNETT, Sara. *What is Health Policy and Systems Research and why does it matter?* Editado y publicado por Alliance for Health Policy and Systems Research con la colaboración de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en <http://www.who.int/alliance-hpsr/resources/en/>, (consultado el 19 de enero de 2009).
26. BERIAIN RAZQUIN, Josetxo. *La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 67. Enero-Marzo 1990. Pg. 153-188.

27. BERICAT ALASTUEY, Eduardo. *El Contenido Emocional de la Comunicación en la Sociedad del Riesgo. Microanálisis del Discurso*. En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS). Disponible en <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>. Número 87. Año 1999. Pg. 221 – 253.
28. BERNER, P. y KATSCHING, H. *Improving the quality of diagnostic systems: multiaxiality and the polydiagnostic approach*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R., y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art. Vol, 1: Clinical Psychopathology: Nomenclature and Classification*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
29. BERTOLINO, Marta. *L'Imputabilità e il Vizio di Mente nel Sistema Penale*. Edt. Giuffè. Milano, 1990.
30. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrado. Edt Bosch. Barcelona 1977 (Original de 1966).
31. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Edt. Ad-Hoc. Buenos Aires 1993.
32. BOCHENSKI, I.M. *Los Métodos Actuales de Pensamiento*. Trad. Raimundo Drudis Baldrich. Edt. Rialp. Madrid, 1965.
33. BOETTICHER, Alex; NEDOPIL, Norbert; BOSINSKI, Hartmut y SASS, Henning. *Mindstanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten*. En: NSTZ 2005. Heft 2. Documento electrónico disponible en <http://beck3-gross.digibib.net/did/bin/show.asp?vpath=%2Fbibda...> O también en <http://www.springerlink.com/content/f682w1pq30074010> .
34. BONE, Harry. *Personality Theory*. En: *American Handbook of Psychiatry*. Vol, 1. 10th Edition. Edt. Basic Books, Inc., Publishers. New York, 1969.
35. BORRELLI i CARRIÓ, F. *Manual de Entrevista Clínica para la Atención Primaria en Salud*. Edt. Doyma. Barcelona, 1993.
36. BOVINO, Alberto. *Victima y Derecho Penal*. En: [Derechopenal.com](http://www.derechopenal.com). http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/victima_dpenal.doc. Consultado en octubre 13 de 2007.

37. BOWDEN, Paul. *The Written Report and Sentences*. En: BLUGLASS, Robert. et al. *Principles and Practice of Forensic Psychiatry*. Edt. Churchill Livingstone. London, 1990.
38. BREGGIN, Peter. *Talking Back to Ritalin: What Doctors Aren't Telling You About Stimulants and ADHD*. Edt. Perseus Publishing. Cambridge (USA), 2001.
39. BUNGE, Mario. *Mente y Sociedad: ensayos irritantes*. Edt. Alianza. Madrid, 1989.
40. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Revisión Crítica de la Imputabilidad a la luz de la Teoría de las Subculturas y La Siquiatría Alternativa*. En: Derecho Penal y Ciencias Sociales. UAB, Bellaterra, 1982.
41. CABALLO, Vicente. *Reseña de "Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders" de American Psychiatry Association*. En: Revista Latinoamérica de Psicología. Número 003, Volumen 27, Año 1995. Edt. Fundación Universitaria Konrad Lorenz. Bogotá, Colombia.
42. CAINE, Eric D. *Determinación de las Causas en Psiquiatría*. En: FIRST, Michael B, PHILLIPS, Catherine A y PINCUS Harold A. *Avances en el DSM: Dilemas Sobre el Diagnóstico Psiquiátrico*. Trad. Monserrat Ballbé Gibernau. Edt. Masson Elsevier. Barcelona, 2004.
43. CALDERÓN CERREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición. Edt. Dykinson. Madrid, 2005.
44. CAMPO ARIAS, Adalberto. *Hacia un abordaje integral: el diagnóstico multiaxial*. En: Revista MedUNAB. Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, Colombia. Volumen 6, Número 16, mayo de 2003.
45. CARD, Richard. *Criminal Law*. 15th Edition. Edt. Butterworths. UK, 2001.
46. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*. 2002. Publicación on line en: http://tdx.cesca.es/TESIS_UB/AVAILABLE/TDX-0604102-083801//TOL77.pdf

47. CARLEN, Pat. *Psychiatry in prison: premises, practices ad politics*. En: MILLER, Peter. y ROSE, Nikolas. *The Power of Psychiatry*. Edt. Polity Press. Oxford, 1986.
48. CARMONA CASTILLO, Gerardo Adelfo. *Imputabilidad Penal*. Edt. Porrúa. Médico D.F., 1995.
49. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre el Proceso Penal. Vol I*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Edt. El Foro. Buenos Aires 2002. Obra original de 1946.
50. CARRILLO GUERRERO, Lázaro. *La (lógica) construcción de la realidad*. En: Revista Ámbitos. Nº 15. Año 2006. Pg. 129-156.
51. CASAS BAQUERO, Nieves. *Criminalidad en Pacientes Esquizofrénicos con Trastornos de Conducta*. Año 14. Número 1991-B.
52. CASAS BAQUERO, Nieves. *Enfermedad Mental y Responsabilidad Penal*. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 44. 1993.
53. CASTELLÓ NICAS, Nuria. *La Imputabilidad Penal del Drogodependiente*. Edt. Comares. Granada, 1997.
54. CHISWICK, Derek. *The Psychiatric Court Report: Scotland*. En: BLUGLASS, Robert. et al. *Principles and Practice of Forensic Psychiatry*. Edt. Churchill Livingstone. London, 1990.
55. CLAM, Jean. *What is Modern Power?* En: Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 143 – 162.
56. CLONINGER, C Robert. et al. *Epidemiology an Axis I: Comorbidity of Antisocial Personality*. En: BREILING, James. et. al. *Handbook of Antisocial Behaviour*. Edt. John Wiley & Sons, Inc. USA, 1997.
57. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho Procesal Penal Español*. Edt. CESEJ. Madrid, 2006.
58. COHEN, David y MONCRIEFF, Joanna. *Rethinking Models of Psychotropic Drug Action*. En: *Psychoterapy and Psychosomatics*. Año 2005, número 74, Páginas 145 a 153. Disponible en: <http://content.karger.com/ProdukteDB/produkte.asp?Aktion>

=showPDF&ArtikelNr=83999&Ausgabe=230773&ProduktNr=223864&filena
me=83999.pdf. (Consultada el día 10 octubre de 2008).

59. COMTE, Auguste. *Discurso Sobre el Espíritu Positivo*. Edt. Alianza. Trad. Julián Marías. Madrid.1988;
60. COOPER, John. *Logical Basis for the structure of multi-axial descriptions of psychiatric patients*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R. y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art*. Vol, 1: *Clinical Psychopathology: Nomenclature and Classification*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
61. CORBELLA, Josep. *Cuando los Chimpancés Explican a los Humanos*. En: Revista Magazine. Edt. Molestar Hispánica S.A., Barcelona, 25 de Junio de 2006.
62. CREUTZBERG, Marion. t. *La Institución de Larga permanencia para ancianos y el sistema de salud*. En: Revista Latinoamericana de Enfermagem. Volumen 15. Número 6. Nov-Diciembre de 2007. Disponible en http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692007000600014&script=sci_arttext&tlng=es (consultada el día 19 de enero de 2009).
63. DARLEY, John M y ROBINSON, Paul H. *Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation*. En: Oxford Journal of Legal Studies. Vol 24, Nº 2, 2004;
64. DEATON, Angus. *Policy Implications of the Gradient of Health and Wealth*. En: *Law and the Health System*. Edt. Foundation Press. New York, 2006. Pg 42 - 50.
65. DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*. Edt. Bosch. Barcelona, 1965.
66. DIESENHAUS, Herman I., y MILLON, Theodore. *Research Methods in Psychopathology*. Edt. John Wiley & Sons, Inc. USA, 1972.
67. DIETZ Park, Elliot. *Why the Experts Disagree: Variation in the Psychiatric Evaluation of Criminal Insanity*. En: The ANNALS of American Academy of Political and Social Sciences. Vol, 477. Año 1985. Pg. 84. Disponible también en <http://ann.sagepub.com/cgi/reprint/477/1/84>.

68. DOMÍNGUEZ PACHÓN, A.I., MARKOVÁ, I.S., BERRIOS G.E. y BULBENA VILARRASA A. *Evaluación del insight en la psicosis*. En: BULBENA VILARRASA Antonio, BERRIOS, Germán y FERNÁNDEZ DE LARRINO PALACIOS, Pedro. *Medición Clínica en Psiquiatría y Psicología*. Edt. Masson. Barcelona, 2000.
69. DURÁ PEIRÓ, José M, y LÓPEZ CUÑAT, Javier M. *Fundamentos de Estadística. Estadística descriptiva y modelos probabilísticos para la inferencia*. Edt. Ariel Economía. Barcelona, 1988.
70. DURKHEIM, Émile. *Las Reglas del Método Sociológico y Otros Escritos*. Trad. Santiago González Noriega. Edt. Alianza Editores. Madrid, 2004.
71. EATON, William W. et al. *Problems in the Definition and Measurement of Prevalence and Incidence of Psychiatric Disorders*. En: *Epidemiologic Field Methods in Psychiatry: The NIMH Epidemiologic Catchment Area Program*. Edt. Academia Press Inc. Orlando (FL), 1985.
72. EATON, William. et al. *Historical Context, Major Objectives, and Study Design*. En: *Epidemiologic Field Methods in Psychiatry: The NIMH Epidemiologic Catchment Area Program*. Edt. Academia Press Inc. Orlando (FL), 1985.
73. ECHEBURRIA ODRIOZOLA, Enrique. *Psicopatología y Criminología, una Difícil Interdisciplinariedad*. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 29. Año 1986.
74. EHRHARDT, Helmut E. *Problems of Terminology and Classification in Forensic Psychiatry*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R., y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art*. Vol, 1: *Clinical Psychopathology: Nomenclature and Classification*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
75. EISEMBERG. Ulrich. *Beweisrecht der StOP. Spezialkommentar*. Edt. Verlag C.H. Beck. München, 2008.
76. ELOSEGUI, María. *La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 98. Octubre-Diciembre 1997. Pg. 59-84.

77. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Edt. Idemsa. Lima, 1998.
78. EYSENCK, H.J. *A Critique of Contemporary Classification and Diagnosis*. En: KLERMAN, G. y MILLON, T. *Contemporary Directions in Psychopathology*. Edt. The Guilford Press. New York, 1986.
79. FABREGA, H., MEZZICH, J y MEZZICH, A. *An International Consultation on Multiaxial Diagnosis*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R., y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art*. Vol, 1: *Clinical Psychopathology: Nomenclature and Classification*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
80. FERNÁNDEZ CUESTA, Carlos, y FUENTES GARCÍA, Felipe. *Curso de Estadística Descriptiva. Teoría y práctica*. Edt. Ariel Economía. Barcelona, 1995.
81. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*. Edt. Lustel. Madrid, 2005.
82. FERRI, Enrico. *El Homicida en la Psicología y en la Psicopatología Criminal*. Trad. J. Masaveu y R. Rivero de Aguilar. Edt. Reus. Madrid, 1930.
83. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Edt. Hammurabi. Buenos Aires, 1989.
84. FIRST, Michael B y WAKEFIELD, Jerome C. *Clarificación de la distinción entre lo que es y lo que no es trastorno: Afrontamiento del Problema del sobrediagnóstico (falsos positivos) en el DSM-V*. En: FIRST, Michael B, PHILLIPS, Catherine A. y PINCUS Harold A. *Avances en el DSM: Dilemas Sobre el Diagnóstico Psiquiátrico*. Trad. Monserrat Ballbé Gibernau. Edt. Masson Elsevier. Barcelona, 2004.
85. FIRST, Michael B. *Entrevista clínica estructurada para los trastornos del eje I del DSM-IV. Versión Clínica SCID-I*. Edt. Masson. Barcelona, 1999.
86. FIRST, Michael B. *SCID-I: Entrevista clínica estructurada para los trastornos de la personalidad del eje II del DSM-IV: Versión Clínica: cuaderno de aplicación*. Edt. Masson. Barcelona, 1999.

87. FLYVBJERG, Bent. *Habermas y Foucault: ¿pensadores de la sociedad civil?* Traducción: A. Elvira. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Número 104. Abril-Junio, 1999. Pg. 61.
88. FOLSOM, Ralph. et al. *Parameter and Variant Estimations*. En: *Epidemiologic Field Methods in Psychiatry: The NIMH Epidemiologic Catchment Area Program*. Edt. Academia Press Inc. Orlando (FL), 1985.
89. FORBATH, William E. *Short-Circuit. A critique of Habermas's understanding of law, politics, and economic life*. En: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 272 – 286.
90. FOUCAULT, Michel. *Historia de la Locura en la Época Clásica*. Volumen 1. Segunda Edición. Tercera Reimpresión. Trad. Juan José Utrilla. Edt. Fondo de Cultura Económica. México, 1982.
91. FOUCAULT, Michel. *Historia de la Locura en la Época Clásica*. Volumen 2. Segunda Edición. Tercera Reimpresión. Trad. Juan José Utrilla. Edt. Fondo de Cultura Económica. México, 1982.
92. FOUCAULT, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Trad. Enrique Lynch. Edt. Gedisa. Barcelona. 2000.
93. FOUCAULT, Michel. *Microfísica del Poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Edt. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid, 1992.
94. FOUCAULT, Michel. *Un Diálogo Sobre el Poder*. Edt. Alianza. Madrid, 1988.
95. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. Edt. Siglo XXI. México, 1998.
96. FRANCES, Allen y WIDIGER, Thomas A. *Methodological Issues in Personality Disorder Diagnosis*. En: KLERMAN, G. y MILLON, T. *Contemporary Directions in Psychopathology*. Edt. The Guilford Press. New York, 1986.
97. FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Personalidad Psicopática e Inimputabilidad*. En: *Doctrina Penal*. Año 15. Número 1992-A.
98. FRIEDERIKE MÜLLER, Anne. *Some Observations on Social Anthropology and Niklas Luhmann's Concept of Society*. En: *Luhmann on Law and*

- Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg.165 – 185.
99. FUCHS, Peter. *Das Gesundheitssystem ist niemals verschnupft*. En: *Gesundheit als system. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz, Deutschland, 2006. Pg. 21-38.
100. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Edt. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
101. GARCÍA BLANCO, José María. *Sociología y sociedad en Simmel*. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*. Disponible en <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>. Número 89. Año 2000. Pg. 97-117.
102. GARFIELD, Sol L. *Methodological Problems in Clinical Diagnosis*. En: STURKE, Patricia, y ADAMS, Henry. *Comprehensive Handbook of Psychopathology*. 2th Edition. Edt. Plenum Press. New York, 1993.
103. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Prueba Judicial: Valoración y Motivación*. En: *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*. Compilación de Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez. Edt. Porrúa. México, 2004.
104. GELDER, Michael. et al. *Oxford Textbook of Psychiatry*. 3th Edition. Edt. Oxford University Press. Oxford, 1996.
105. GOLDSCHIMDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Edt. Bosch. Barcelona 1935.
106. GOLDSTEIN, Reed D. y GRUENBERG, Alan M. *Evaluación Multiaxial en el siglo XXI*. En: FIRST, Michael B, PHILLIPS, Catherine A y PINCUS Harold A. *Avances en el DSM: Dilemas Sobre el Diagnóstico Psiquiátrico*. Trad. Monserrat Ballbé Gibernau. Edt. Masson Elsevier. Barcelona, 2004.
107. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Edt. Bosch. Barcelona, 1985.
108. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. et al. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Edt. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.

109. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Español. Imputabilidad y Locura en la España del Siglo XIX*. Edt. Comares. Granada, 1994.
110. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Sobre la Atribución de Intenciones*. Artículo Electrónico. http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/lagier_atribucion_intenciones.pdf.
111. GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Imputabilidad Disminuida. Determinación y Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad*. En: Actualidad Penal. Número 1. Año 1999. Pg. 29.
112. GONZÁLEZ SORIANO, José Antonio. *Teoría crítica sobre la racionalización como testimonio de un eclipse civilizatorio*. En: Revista de Filosofía. Volumen 30. Número 2. Año 2005. Pg. 165-191.
113. GOODWING, Donald. y GUZE, Samuel B. *Psychiatric Diagnosis*. 5th Edition. Edt. Oxford University Press. New York, 1996.
114. GORDON, Colin. *Psychiatry as a problem of democracy*. En: MILLER, Peter., y ROSE, Nikolas. *The Power of Psychiatry*. Edt. Polity Press. Oxford, 1986.
115. GOSTIN, Lawrence y JACOBSON, Peter. *Law and The Health System*. Edt. Foundation Press. New York, 2006.
116. GRADILLAS GONZÁLEZ, Vicente. *La Entrevista Clínica*. Edt. Ars Médica. Barcelona, 2006.
117. GREBEN, Stanley. *Being with the Patient*. En: GREBEN, Stanley E. et al. *A Method of Psychiatry*. Edt. Lea & Febiger. Philadelphia, 1980.
118. GRINKER, Roy. *Psychiatry in Broad Perspective*. Edt. Behavioral Publications, Inc. New York, 1975.
119. GÜNTHER, Klaus. *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*. En: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 234 - 254.
120. GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Edt. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 2005.

121. GUTIÉRREZ FERREIRA, Carlos. *Psiquiatría Forense*. Edt. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. (EDDILI). Lima, 1986.
122. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Edt. Trotta. Madrid, 1998.
123. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. Volumen I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Edt. Taurus Humanidades.
124. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. Volumen II. Crítica de la Razón Funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Edt. Taurus Humanidades.
125. HAFEN, Martín. *Was unterscheidet Prävention von Gesundheitsförderung?* En: *Gesundheit als system. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 129 - 137.
126. HART, H.L.A. *Punishment and Elimination of Responsibility*. En: *Punishment and Responsibility. Essays In The Philosophy of Law*. Edt. Clarendon Press Oxford.1968. Pg. 182.
127. HARVARD UNIVERSITY. *Commitment Following an Insanity Acquittal*. En: *Harvard Law Review*, Vol 94:605, 1980-1981.
128. HAVIGHURST, Clark. *Health Care as a (Big) Business: The Antitrust Response*. En: *Law and the Health System*. Edt. Foundation Press. New York, 2006. Pg. 257- 259.
129. HÉCTOR, R. Ian., y LITTMANN, Sebastián K. *The Examination: Mental State*. En: GREBEN, Stanley E. et al. *A Method of Psychiatry*. Edt. Lea & Febiger. Philadelphia, 1980.
130. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Número 121. Julio-Septiembre 2003. Pg. 32.
131. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *La Culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano*. En: *Actualidad Penal*. Número 2. Año 1994. Pg. 763.

132. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *La Prueba Pericial Psiquiátrica en los Procedimientos Judiciales Penales y la Medicina Forense en España: Una Respetuosa Llamada <<Urgente>> de Atención*. En: La Ley Penal Nº 24. Febrero de 2006.
133. HOMS SANZ DE LA GARZA, Joaquim. *Trastorno Mental Transitorio y Drogas que Inciden en la Imputabilidad*. Edt. Bosch. Barcelona, 1996.
134. HORNUNG, Bernd. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*. En: Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 187 - 216.
135. HRUSCHKA, Joachim. *La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf. Sobre la Historia y el Significado de la Diferencia entre Actio Libera in Se y Actio Libera in Sua Causa*. En: Imputación y Derecho Penal. Trad., Nuria Pastor Muñoz. Edt Thomson. Navarra, 2005.
136. HRUSCHKA, Joachim. *Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación*. En: Imputación y Derecho Penal. Trad. Francisco Baldó Lavilla. Edt Thomson. Navarra, 2005.
137. HRUSCHKA, Joachim. *Sobre la Difícil Prueba del Dolo*. En: Imputación y Derecho Penal. Trad. Ramón Ragués i Vallès. Edt Thomson. Navarra 2005.
138. IRIARTE LÓPEZ, Iñaki. *Sistemas Autopoiéticos y Juegos del Lenguaje*. En: Paper Número 61. Año 2000. Pg. 221-238.
139. IZUZQUIZA, Ignacio. *La Sociedad Sin Hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Edt. Anthropos. Barcelona, 1990.
140. JACKSON, Richard y KOCHTITZKY, Chris. *Creating a Healthy Environment: The impact of the build environment on public health*. En: *Law and the Health System*. Edt. Foundation Press. New York, 2006. Pg. 52 -59.
141. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Edt. Civitas. Madrid, 2003.
142. JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. E. Peñaranda, C. Suárez y M. Cancio. Edt. Civitas. Madrid, 1997.

143. JEFFERY, C.R., y WITHE, James D. *Law, Insanity and Mental Illness*. En: JEFFERY, C.R. et al. *Attacks on the Insanity Defence*. Edt. Charles C Thomas Publisher. Springfield (Illinois), 1985.
144. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria*. Trad. Patricia Esquinas Valverde. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recp 05-01 (2003).
145. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero*. Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Edt. Bosch. Barcelona, 1981.
146. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Acción Comunicativa y Teoría de la Razón*. En: LOGOS: Anales del Seminario de Metafísica. Número 30. Año 1996. Pg. 61- 92. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996.
147. JORGE SIERRA, Elena. *Nuevos elementos para la reflexión metodológica en sociología. Del debate cuantitativo/cualitativo al dato complejo*. En: Papers. Número 70. Año 2003. Pg. 57-81.
148. JOSHI JUBERT, Ujala. *La Doctrina de la 'Actio Libera in Causa' en Derecho Penal*. Edt. Bosch. Barcelona, 1992.
149. KANFER, Frederich H., y SASLOW, George. *Behavioural Analysis: An Alternative to Diagnosis Classification*. En: STRICKER, George. y ZAX, Melvin. *The Study of Abnormal Behaviour. Selected Readings*. 3ª Edición. Edt. Macmillan Publishing Co., Inc. New York, 1974.
150. KATOH, H. *El Tratamiento del Delincuente Enfermo Mental en el Derecho Japonés*. Trad. Francisco Muñoz Conde. En: *Actualidad Penal*. Número 2. Año 1994. Pg. 781.
151. KING, Michael. *What's the use of Luhmann's Theory?* En: *Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications*. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 36 - 52.
152. KLERMAN, Gerald L. *Historical Perspectives on Contemporary Schools of Psychopathology*. En: KLERMAN, G. y MILLON, T. *Contemporary Directions in Psychopathology*. Edt. The Guilford Press. New York, 1986.

153. KLEVE, Heiko. *System Theory and Nursing Theories*. Traducción del alemán al inglés por Gerald Nixon. En: KOLLAK, Ingrid and HESOOK, Suzie Kim. *Nursing Theories. Conceptual and philosophical foundations*. Edt. Springer Publishing Company. USA, 2006.
154. KÖHLER, Michael. *La Imputación Subjetiva: Estado de la Cuestión*. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. En: *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Edt. Cuadernos Civitas. Madrid, 2000.
155. KOPFSGUTER, Konstanti. *Gesundheit in der Weltgesellschaft. Vor der Globalisierung eines Funktionssystem*. En: *Gesundheit als System. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 101-119.
156. KRAUSE, Thomas. *Systeme und Symptome*. En: *Gesundheit als system. Systemtheoretische Beobachtungen des Gesundheitswissens*. Edt. Hartung-Gorre Verlag Konstanz,. Deutschland, 2006. Pg. 83-100.
157. LEAL MEDINA, Julio. *La Psicopatía y su Incidencia como Anomalía Psíquica en la Doctrina del Tribunal Supremo. La Interacción de los Factores Biológicos, Genéticos y Ambientales en el Juicio de Inimputabilidad. Un Nuevo Enfoque Hacia la Prevención del Delito, el Derecho a la Seguridad y la Reeducción del Sujeto*. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Número 10. Año 2003-2.
158. LENOBLE, Jacques. *Law and Undesirability. Toward a new vision of the proceduralization of law*. En: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 37 – 81.
159. LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Tomo IV. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Edt. Reus. Madrid, 1964.
160. LEWIS, Nolan D.C., *American Psychiatry From Its Beginnings to World War II*. En: *American Handbook of Psychiatry*. Vol, 1. 10th Edition. Edt. Basic Books, Inc., Publishers. New York, 1969.
161. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. (de la 20ª edición alemana) Luis Jiménez de Azua. Edt. Reus. Madrid, 1900.

162. LITTMANN, Sebastian K., y SHUGAR, Gerald. *The Examination: History*. En: GREBEN, Stanley E. et al. *A Method of Psychiatry*. Edt. Lea & Febiger. Philadelphia, 1980.
163. LOMBROSO, Cesare. *Los Criminales*. Trad. Centro Editorial Presa. Edt. Presa. Barcelona, 1890.
164. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Edt. Thomson. Navarra, 2004.
165. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Imputabilidad y Culpabilidad*. Edt. Porrúa. México D.F., 1993.
166. LÓPEZ PIÑERO, J.M. *Medicina, Historia, Sociedad*. Edt. Ariel. Barcelona, 1969.
167. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. *La Prueba Pericial*. Edt. Colex. Madrid, 1995.
168. LORR, M. *Classifying Psychotics: Dimensional and Categorical Approaches*. En: KLERMAN, G. y MILLON, T. *Contemporary Directions in Psychopathology*. Edt. The Guilford Press. New York, 1986.
169. LUHMANN, Niklas. *El Derecho como Sistema Social*. Trad. Carlos Gómez-Jara. En: *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*. Edt. Comares. Granada, 2005.
170. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. 2ª Edición en Castellano. Edt. Herder. México, 2005.
171. LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. Luz Mónica Talbot. Edt. Anthropos. Barcelona, 1995.
172. LUHMANN, Niklas. *Quod Omnes Tangit. Remarkson Jürgen Habermas Legal Theory*. En: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 158 - 172.
173. LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Trad. Ignacio Otto Prado. Edt. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
174. LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Edt. Anthropos. Barcelona, 1998.

175. LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Trad. Santiago López Petit y Dodrote Schmitz. Edt. Paidós. Barcelona, 1990.
176. MAESTRE SÁNCHEZ, Agapito. *Entorno a un Libro de J. Habermas*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 59. Enero-Marzo, 1988. Pg. 253.
177. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Edt. Hammurabi. Buenos Aires. 1989.
178. MALDONADO, Luna, GARCÍA GARCÍA, J. y GARCÍA, Escribano. *Problemas Médico-Legales en la Culpabilidad*. En: Cuadernos de Política Criminal N° 55. Año 1995.
179. MARTÍN SERRANO, Manuel. *Perspectivas que ofrecen los nuevos modelos de investigación para las ciencias sociales*. En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS). Disponible en <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>. Número 87. Año 1999. Pg. 7 - 55.
180. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *Aproximación Histórica al Surgimiento del Concepto de Imputabilidad Subjetiva en la Doctrina Penal Alemana*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª Época. N° 8. 2001. Pg. 34-126.
181. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La Imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Edt. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.
182. MÁS TORRES, Salvador. *Teoría Crítica y Teoría de Sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann*. En: Anales del Seminario de Metafísica. Número 30. Año 1996. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid. Pg. 107 - 118.
183. MATEO AYALA, Eladio José. *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania, Italia, Francia*. Edt. Dykinson. Madrid, 2007.
184. MATEO AYALA, Eladio José. *La Imputabilidad del Enfermo Psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*. Edt. Reus. Madrid, 2003.

185. MATEO AYALA, Eladio José. *Los antecedentes de la exigencia de anomalía o alteración psíquica*. Edt. Dykinson. Madrid, 2005.
186. McCARTHY, Thomas. *Legitimacy and Diversity. Dialectical Reflections on Analytical Distinctions*. En: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 115 - 153.
187. McGARRY, A. Louis. *Forensic Psychiatric Reports: selected clinical topics and models for report preparation*. En: CURRAN, William J. et al. *Forensic Psychiatry and Psychology*. Edt. F.A. Davis Company. Philadelphia, 1986.
188. MELKEVIK, Bjarne. *Rawls o Habermas: un debate de filosofía del derecho*. Trad. Claudia Cáceres. Edt. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
189. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Trad. de la 6ª Edición Alemana de 1955 por Conrado A. Finzi. Edt. DIN Editora. Argentina, 1989; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General. 7ª Edición*. Edt Reppertor. Barcelona, 2005.
190. MICHELMAN, Frank I. *Family Quarrel*. En: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 309 - 322.
191. MILLER, Peter. *Critiques of psychiatry and critical sociologies of madness*. En: MILLER, Peter, y ROSE, Nikolas. *The Power of Psychiatry*. Edt. Polity Press. Oxford, 1986.
192. MILOVIC, Miroslav. *Freud, Habermas y la Cuestión de la Política*. Traducción: Enrique Nogueras. En: El Genio Mal Genio. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales. Número 1. Septiembre de 2007. Pg. 165.
193. MITCHELL, Barry. *Putting diminished responsibility law into practice: a forensic psychiatry perspective*. En: The Journal Of Forensic Psychiatry. Vol, 8. Número 3. Edt. Routledge. UK, Diciembre de 1997.
194. MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Trad. Pedro Aragoneses Alonso. Edt. Reus. Madrid. 1979.

195. MOKDAD, Ali. et al. *Actual Causes of Death in the United States, 2000*. En: *Law and the Health System*. Edt. Foundation Press. New York, 2006. Pg. 26 - 34.
196. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia*. Edt. Aranzandi. Pamplona, 1999.
197. MONTEJANO, Bernardino. *Prudencia, Tópica y Retórica*. www.salvador.edu.ar/semi-1.htm;
198. MORA, George. *Recent American Psychiatric Developments (Since 1939)*. En: *American Handbook of Psychiatry*. Vol, 1. 10th Edition. Edt. Basic Books, Inc., Publishers. New York, 1969.
199. MORILLAS FERNÁNDEZ, David L. *Aspectos Criminológicos de los Psicópatas y Asesinos en Serie*. En: Cuadernos de Política Criminal. Número 77. Año 2002.
200. MUGUERZA, Javier. *Ética y Comunicación (Un discusión del pensamiento ético-político de Jürgen Habermas)*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 56. Abril-Junio, 1987. Pg. 7
201. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica Probatoria. Estudios Sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*. 3ª Edición. Edt. Praxis. Barcelona, 1993.
202. MURPHY, Tim. *From subject to system: some unsystematic systems-theory thoughts on race equality and human rights*. En: Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 55 - 74.
203. NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Imputabilidad, Consecuencia de lo Injusto y Contexto Situacional Normal: su objeto, contenido y relación*. En: Doctrina Penal Año 12. 1989.
204. NEDOPIL, Norbert. *The Boundaries of courtroom expertise*. En: The Journal Of Forensic Psychiatry. Vol, 13. Número 3. Edt. Routledge. UK, Diciembre de 2002.

205. NEWMARK, Hjalmar. *La construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: Los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann*. Pg. 31-44.
206. NIETZSCHE, Friedrich. *La Gaya Ciencia*. Trad. Pedro González Blanco. Edt. Ediciones del Mediodía. Buenos Aires, 1977.
207. OLMEDO FERNÁNDEZ, Elena, GARCÍA VILLALOBOS, Juan Carlos, y MATEOS DE CABO, Ruth. *De la Linealidad a la Complejidad: hacia un nuevo paradigma*. En: Cuaderno de Estudios Empresariales. Número 15. Año 2005. Pg. 73 – 92.
208. OMS. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Génova, 1946. Disponible en http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, consultada el 11 de marzo de 2009.
209. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la Prueba y Sociedad del Riesgo*. Edt. Marcial Pons. Barcelona, 2004.
210. ORTS GONZÁLEZ, Dolores Soledad. *Presupuestos Psicológicos de la Conducta Criminal*. En: Cuadernos de Política Criminal. Número 49. Año 1993.
211. OSTOW, Mortimer. *The Biological Basis of Human Behaviour*. En: *American Handbook of Psychiatry*. Vol, 1. 10th Edition. Edt. Basic Books, Inc., Publishers. New York, 1969.
212. OTHMER, Ekkerhard y OTHMER, Sieglin. *DSM-IV-TR. Entrevista Clínica. Tomos I y II*. Trad. José Salvà. Edt. Masson. Barcelona, 2003.
213. OUTHWAITE, William. *Habermas. A Critical Introduction*. Edt. Stanford University Press. UK, 1994.
214. PÁRAMO, Juan R de. *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*. Edt. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
215. PARRA LUNA, Francisco. *¿Para qué sirve la teoría de sistemas en sociología?* En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS). Disponible en <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>. Número 15. Año 1981. Pg. 77 - 111.

216. PARRA LUNA, Francisco. *El objetivo olvidado de la sociología*. En: Papers. Número 56. Año 1998. Pg. 11-30.
217. PATERSON, John. *Reflecting on reflexive law*. En: Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 13 - 35.
218. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Apuntes Sobre la Prueba Pericial en el Proceso Penal. Particular Consideración de la Pericia Psiquiátrica*. En: Revista de Derecho Procesal Nº 2. Año 1994.
219. PEDROSO, Tomás. *Aristóteles y el Entinema*. Edición *on line* del IES Pablo Neruda. Huelva. Congreso Iberoamericano de Comunicación y Educación.
220. PELIKAN, J.M, FOSTER, R.J. y KRAJIC, K. *A Systemic Approach to Health System Analysis*. Edt. Ludwig Boltzmann-Institute for the Sociology of Health and Medicine and World Health Organization – Collaborating for Health Promotion in Hospitals and Health Care Institute of Sociology, University of Vienna, Austria. Disponible en: <http://www.univie.ac.at/bimngs/present/31082002.pdf>, (consultado el 20 de enero de 2009).
221. PÉREZ LÓPEZ, César. *Estadística. Problemas resueltos y aplicaciones*. Edt. Pearson Prentice Hall. Madrid, 2003.
222. PERLIN, Michael L. *Psychodynamics and the Insanity Defence: "Ordinary Common Sense" and Heuristic Reasoning*. En: Nebraska Law Review. Vol, 69. Año 1990.
223. PERRIS, Carlo. *Choice of the axes in multi-axial classification of mental disorders*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R., y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art*. Vol, 1: *Clinical Psychopathology: Nomenclature and Classification*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
224. PESET LLORCA, Vicente. *Estudios Históricos sobre la Psiquiatría Valenciana*. Edt. Alfons el Magnànim. Valencia, 1987.

225. POGGI, Gianfranco. *Two Themes from Niklas Luhmann's Contribution of the Sociology of Law*. En: Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy. Número 19. Año 1981. Pg. 4 – 19.
226. POLGAR, Michael y MORRISSEY, Joseph. *Mental Health Service and System*. En: *Handbook of the Sociology of Mental Health*. Edt. Springer. Los Ángeles. 2006. Pg. 461-479.
227. PORTER, Roy. *Historia Social de la Locura*. Trad. Jordi Beltrán. Edt. Crítica. Barcelona, 1989.
228. POSNER, Richard A. *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*. Edt. Oxford University Press. 2006.
229. POSTEL, Jacques y QUÉTEL, Claude. *Historia de la Psiquiatría*. Trad. Francisco González Aramburo. Edt. Fondo de Cultura Económica. México, 1987.
230. POWER, Michael K. *Habermas and the Contrafactual Imagination*. En: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 207 - 225.
231. PRICE, Richard. *Abnormal Behaviour. Perspectives in Conflict*. Second Edition. Edt. Holt, Rinehart and Winston. New York, 1978.
232. PUERTA LUIS, Luis-Román. *Causas de Imputabilidad: Anomalías y Alteraciones Psíquicas. Trastorno Mental Transitorio*. En: *Actual Doctrina de la Imputabilidad Penal*. Edt. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007. Pg. 35 – 93.
233. RAINE, Adrian. *The Psychopathology of Crime*. Edt. Academic Press. San Diego (California), 1993.
234. RAGUÉS i VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Edt. Bosch. Barcelona, 1999.
235. RAKOFF, Vivian. et al. *The Patient and the Physician*. En: GREBEN, Stanley E. et al. *A Method of Psychiatry*. Edt. Lea & Febiger. Philadelphia, 1980.
236. RAMÍREZ, Daniel. *Consideraciones en torno a la Psicología Criminal*. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Número 20. Año 1983.

237. REAL ACADEMIA DE HISTORIA, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*. Imprenta Real. Edición impresa a órdenes y expensas de su Majestad el Rey. Madrid, 1807.
238. REDLICH, F.C. *Phases of Modern American Psychiatry*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R., y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art*. Vol, 4: *History of Psychiatry, National Schools, Education and Transcultural Psychiatry*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
239. REHG, William. *Against Subordination. Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas*. En: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 257 - 271.
240. REIDER, Laura. *Toward a New Test for the Insanity Defence: Incorporating the Discoveries of Neuroscience into Moral and Legal Theories*. En: UCLA Law Review. Vol 46. 1998-1999.
241. REJAS RODRÍGUEZ, Santos. *La Menor Inteligencia: ¿Causa Explicativa de la Conducta Criminal?* En: Cuadernos de Política Criminal. Número 37. Año 1989.
242. RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*. Edt. Iurgium. Madrid, 2000.
243. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*. Edt. Anthropos. Barcelona, 2005.
244. ROBERTS, Paul. *Will you stand up in court? On the admissibility of psychiatric and psychological evidence*. En: The Journal of Forensic Psychiatry. Vol, 7. Número 1. Edt. Routledge. UK, Mayo de 1996.
245. RODRÍGUEZ FOUZ, Marta. *La emancipación abreviada. Límites en la teoría social de Jürgen Habermas*. En: Política y Sociedad. Revista Internacional de Sociología. Número 24. Año 1997. Pg. 61-75. Madrid.
246. ROJAS PARADA, Pedro. *Las realizaciones de la razón (Foucault, Habermas, Derrida)*. En: Anales del Seminario de Metafísica. Número 25. Año 1991. Pg. 71-93. Edt. Universidad Complutense de Madrid.

247. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Tratamiento Penal del Enfermo Mental en el Consejo de Europa y Sistema de Garantías en el Derecho Español*. En: Actualidad Penal. Número 2. Año 1991. Pg. 345.
248. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de Culpabilidad y Genoma: Consideraciones Sobre el Comportamiento Criminal y La Herencia Genética*. En: Derecho Penal y Psiquiatría. IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Puerto de Santa María. 1998.
249. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de Culpabilidad, Prevención Delictiva y Herencia Genética*. En: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba. Argentina 2001.
250. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Estudio de la Prueba Procesal. Su Valoración Psicológica*. Edt Colex. Madrid, 1986.
251. ROSE, Geoffrey. *Sick Individual and Sick Populations*. En: *Law and the Health System*. Edt. Foundation Press. New York, 2006. Pg. 34.
252. ROSENFELD, Michael. *Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?* En: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 82 – 112.
253. ROSENHAN, D.L., *On Being Sane in Insane Places*. En: STRICKER, George., y ZAX, Melvin. *The Study of Abnormal Behaviour. Selected Readings*. 3ª Edición. Edt. Macmillan Publishing Co., Inc. New York, 1974.
254. ROTTLEUTHNER, Hubert. *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the autonomy of legal system*. En: *Law & Society Review*. Volumen 23. Número 5. Año 1989. Pg. 779 - 797.
255. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 2ª Edición alemana. Trad. Diego M. Luzón, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo. Edt. Civitas. Madrid, 1997.

256. ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Edt. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
257. ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª Edición. Edt. Hammurabi. Argentina, 2002.
258. RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Habermas: sobre una reflexión metodológica de la teoría crítica*. En: Anales del Seminario de Metafísica. Número 23. Año 1989. Pg. 227-240. Edt. Universidad Complutense de Madrid.
259. RUBIO CARRACEDO, José. <<Posición Original>> y <<Acción Comunicativa>> (Rawls y Habermas). En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 64. Abril-Junio de 1989. Pg. 225-233.
260. RUESCH, Jürgen. *Comunicación y Salud Mental: Un Enfoque psiquiátrico*. En: BATESON, G. y RUESCH, J. *Comunicación. La Matriz Social de la Psiquiatría*. Trad. Raquel Ferrario. Edt. Paidós. Barcelona, 1984.
261. SÁNCHEZ FLÓREZ, Mónica Judith. *La filosofía del sujeto y la sociología del conocimiento en las teorías de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*. En: Revista CONfines. Número 3/5. Enero-Mayo 2007. Pg. 87-98.
262. SÁNCHEZ, Tomás Martín. *La Prueba Pericial Judicial y Extrajudicial*. Edt. Dykinson. Madrid, 1992.
263. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Recensión a Klaus Günther. Schuld und kommunikative Freiheit*. En: Revista Electrónica InDret. Número 359. Edt. Universidad Pompeu Fabra. Disponible en: www.InDret.com/pdf/359_es.pdf.
264. SANCHO, Carmen. *Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 122. Octubre-Diciembre 2003. Pg. 220-232.
265. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*. Vol II, Parte I-II. Dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas de

- España. Segunda Edición. Edt. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1993.
266. SARTORIUS, Norman. *The Programmes of the World Health Organization to the Improvement of Nomenclature and Classification in Mental Health*. En: BERNER, P., PICHOT, P., WOLF, R., y THAU, K. *Psychiatry: The State of the Art*. Vol, 1: *Clinical Psychopathology: Nomenclature and Classification*. Edt. Plenum Press. New York, 1985.
267. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la Vocación de Nuestro Tiempo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Trad. A. Posada. Edt. La España Moderna. Madrid, 1900.
268. SCHWARTZ, Friedrich Wilhelm. y JANUS, Katharina. *Das Gesundheitssystem als Interdisziplinäres Forschungsfeld*. En: *Soziologie des Gesundheit*. Ed. Verlag. Weisbaden, 2006. Pg. 72 - 85.
269. SHAH, Saleem A. *Criminal Responsibility*. En: CURRAN, William J. et al. *Forensic Psychiatry and Psychology*. Edt. F.A. Davis Company. Philadelphia, 1986.
270. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Edt. Civitas. Madrid, 1999.
271. SIMON, Fritz. *Die Andere Seite der Gesundheit. Ansätze einer systematischen Krankheits- und Therapietheorie*. Edt. Carl-Auer Verlag. Heidelberg, 1995.
272. SLOBOGIN, Christopher. *An End to Insanity recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases*. En: *Virginia Law Review*. Vol 86. 2000.
273. SMITH, John. C & HOGAN. *Criminal Law*. 10th Edition. Edt. Butterworths. UK, 2002.
274. SMITH, William. *A Model for Psychiatric Diagnosis*. En: STRICKER, George., y ZAX, Melvin. *The Study of Abnormal Behaviour. Selected Readings*. 3^a Edición. Edt. Macmillan Publishing Co., Inc. New York, 1974.

275. SOLOMKA, Bohdan. *The role of psychiatric evidence in passing 'longer than normal' sentences*. En: *The Journal of Forensic Psychiatry*. Vol, 7. Número 2. Edt. Routledge. UK, Septiembre de 1996.
276. SOLOMON, Phillips y PATCH, Vernon D. *Manual de Psiquiatría*. Trad. Armando Soto. Edt. El Manual Moderno S.A. México D.F., 1972.
277. SPRING, Raymond L. *The End of Insanity*. En: *Washburn Law Journal*. Vol 19. 1979-1980.
278. STONE, Alan. *Psychiatry and the Law*. En: NICHOLI, Armand M. (Edt). *The Harvard Guide to Modern Psychiatry*. Edt. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts (USA), 1978.
279. STORROW, H. A. *Introduction to Scientific Psychiatry: A Behaviouristic Approach to Diagnostic and Treatment*. Edt. Meredith Publishing Company. New York, 1967.
280. SUÁREZ-MIRA, Carlos. *La Imputabilidad del Consumidor de Drogas*. Edt. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
281. TACQ, Jacques. *Multivariate Analysis Techniques in Social Science Research*. Edt. Sage Publications. London, 1997.
282. TAPPAN, Paul W. *Medico-legal Concepts in Criminal Law*. En: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Sciences*. Vol, 43. Año 1952 -1953.
283. TEUBNER, Günther. *De Collisione Discursuum. Communicative Rationalities in law, morality and politics*. En: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Edt. University of California Press. USA, 1998. Pg. 173 – 189.
284. THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's Political Theory: politics after metaphysics?* En: *Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications*. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 75-99.
285. TIRAPU USTÁRROZ, Javier, PÉREZ SAYEZ, A., CALVO. R., y MATA, I. *Propuesta de un modelo dimensional para los trastornos de la personalidad*. En: *Actas Españolas de Psiquiatría*. Vol, 33. Número 4. Año 2005.

286. TOEPEL, Friedrich. *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*. Edt. Mohr Siebeck. Tübingen, 2002.
287. TRAVIESO GARÍA, David. *El realismo operacional y su descripción por medio de la teoría de sistemas dinámicos para una teoría psicológica monista*. En: AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana. Edición electrónica disponible en www.aibr.org. Número especial. Noviembre-Diciembre 2005. Pg. 1-14.
288. ULETT, George, y SMITH, Kathleen. *A Synopsis of Contemporary Psychiatry*. 6th Edition. Edt. The C.V. Mosby Company. St Louis Missouri, 1979.
289. URRUELA MORA, Asier. *Hacia un Nuevo Modelo de Cooperación Entre Derecho Penal y Psiquiatría en el Momento de Enjuiciamiento de la Inimputabilidad en Virtud de Anomalía o Alteración Psíquica*. En: Cuadernos de Política Criminal N° 83. Año 2005.
290. URRUELA MORA, Asier. *La Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica. La Capacidad de Culpabilidad Penal a la Luz de los Modernos Avances en Psiquiatría y Genética*. Edt. Comares. Granada, 2004.
291. UTHOFF, Gary S. *The XYY Chromosome Complement: Brief Applications of Criminal Insanity Test*. En: Saint Louis University Law Journal. Vol 14. 1969-1970.
292. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Metodología de la Determinación del Derecho*. Edt. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994.
293. VÉLEZ CUARTAS, Gabriel Jaime. *Semiótica y Acción Comunicativa*. En: Revista Andamios. Año 1. Número 2. Junio 2005. Pg. 173-195.
294. VERSCHRAEGEN, Gert. *System Theory and the Paradox of Human Rights*. En: Luhmann on Law and Politics. Critical appraisals and applications. Edt. Hart Publishing. Oxford – Portland Oregon, 2006. Pg. 99 - 125.

295. WARREN BARTLEY III, William. *Wittgenstein*. Trad. Javier Sádaba. Edt. Cátedra. Madrid, 1982.
296. WEBER, Max. *Conceptos Sociológicos Fundamentales*. Trad. Joaquín Abellán García. Edt. Alianza. Madrid, 2006.
297. WEBER, Max. *ENSAYOS SOBRE Metodología Sociológica*. Trad. José Luis Echeverry. Edt. Amorruru. Buenos Aires, 1993.
298. WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu Capitalista*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Edt. Península. Barcelona, 1994.
299. WEIHOFEN, Henry. *Psychiatry and the Law of Criminal Insanity*. En: Southwestern Law Journal. Vol 6. 1952.
300. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Edt. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970.
301. WENDT, Claus. *Der Gesundheitssystemvergleich: Konzepte und Perspektiven*. En: *Soziologie des Gesundheit*. Ed. Verlag. Weisbaden, 2006. Pg. 270 - 297.
302. WHITLOCK, Anthony. *Criminal Responsibility*. En: BLUGLASS, Robert. et al. *Principles and Practice of Forensic Psychiatry*. Edt. Churchill Livingstone. London, 1990.
303. WIDIGER, Thomas A., y CORBIT, Elizabeth M. *Comorbidity of Antisocial Personality Disorder with other Personality Disorder*. En: BREILING, James. et. al. *Handbook of Antisocial Behaviour*. Edt. John Wiley & Sons, Inc. USA, 1997.
304. WIKIPEDIA FOUNDATION, Inc. *WIKIPEDIA. La Enciclopedia Libre*. En: <http://es.wikipedia.org>
305. WILLIAMS, C. R. *Development and Change in Insanity and Related Defences*. En: Melbourne University Law Review. Vol. 24. 2000.
306. WILLIAMS, Jenny. *Reduction in the Protection Of Mental Ill Criminal Defendants: Kansas Upholds the Replacement of the M'Naughten Approach With the Mens Rea Approach, Effectively Eliminating the Insanity Defence*. En: Washburn Law Journal. Vol. 44. 2004-2005.

307. WOLFE, Alan. *Sociological Theory in the Absence of People: the limits of Luhmann's system theory*. En: Cardozo Law Review. Volumen 13. Año 1991 -1992. Pg. 1.729 – 1.743.
308. WONNACOTT, Thomas H, y WONNACOTT, Ronald J. *Fundamentos de Estadística para Administración y Economía*. Trad. Norma Horenstein. Edt. Limusa. México D.F., 1993.
309. YANNOULIDIS, Steven T. *Mental Illness, Rationality and Criminal Responsibility*. En: Sydney Law Review. Vol 25. 2003.
310. ZANARINI, Mary C. y GUNDERSON, John G. *Differential Diagnosis of Antisocial and Borderline Personality Disorder*. En: BREILING, James. et. al. *Handbook of Antisocial Behaviour*. Edt. John Wiley & Sons, Inc. USA, 1997.
311. ZIEGERT, Klaus A. *The Autonomy of Legal System. The outlines of Luhmann's legal theory*. En: Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy. Número 8. Año 1984. Pg. 77 – 83.
312. ZORRAQUÍN BECU, Ricardo. *Historia del Derecho Argentino*. Edt. Perrot. Buenos Aires. 1846.