

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS DE GRADUACIÓN PARA OPTAR PARA EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO**

TEMA:

**Presencia del derecho penal de autor en los dictámenes
psicológicos forenses utilizados en el proceso penal de Costa
Rica.**

Un caso práctico: El imputado en los delitos sexuales.

ESTUDIANTE:

ÁLVARO FRANCISCO SÁNCHEZ QUESADA

CARNÉ:

A55259

2012

Dedicatoria

A mis padres, quiénes con su esfuerzo son los que merecen todo el crédito por cualquier logro que llegase a alcanzar, ya sea, presente o futuro.

Agradecimientos

Agradezco al Lic. Carlos Estrada Navas, Msc. Osvaldo Henderson García, y Dr. Rafael Sanabria Rojas quienes han apoyado este trabajo mediante el aporte de sus preciados conocimientos en la práctica judicial. No podría haberse llevado a cabo el mismo sin la guía brindada por ellos. Asimismo, no omito manifestar mi gratitud a la Msc. Carmen Zeledón Grande, quien no tuvo reparos en compartir sus conocimientos especializados en psicología, sin lo cual jamás se podría haber abordado el tema de una manera adecuada. Finalmente, doy gracias al Msc. William Bolaños Gamboa y Dr. Álvaro Burgos Mata, quienes al aceptar formar parte del Tribunal evaluador de esta tesis, otorgaron la cuota final de confianza y respaldo que la misma necesitaba para poder materializarse.

Índice

Dedicatoria	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice	iv
Abreviaturas.....	vi
Resumen	vii
Ficha Bibliográfica.....	ix
Introducción.....	1
Capítulo I	9
Sección I: La doctrina europea (S. XX)	12
I.I Cuestiones preliminares	12
I.II Franz Von Liszt	15
I.III El Nacionalsocialismo	19
I.IV El Derecho penal del enemigo.....	28
Sección II: Ejemplos y Conclusiones	34
II.I Ejemplos Prácticos.....	34
II.II Conclusiones del Capítulo	37
II Capítulo.	41
Sección I. Sobre la ciencia, su método y la confiabilidad de ambos.....	42
I.I Los detractores del método.	43
I.II En defensa de la ciencia. . .	50
Sección II. Algunas dificultades puntuales de la Psicología Forense	57
II.I Problemas de la psicología forense	58
II.II Problema 4. La “enfermedad mental”	68
II.III Conclusiones generales del capítulo	83
Capítulo III	85
Sección I. La función (manifiesta) de los Dictámenes Psicológicos Forenses. ...	87

Sección II. Apuntes básicos sobre la categoría de la “culpabilidad” y su exclusión.....	95
Sección III. Análisis crítico de los Dictámenes Psicológicos Forenses.....	106
III.I Estructura de los dictámenes psicológicos (o psiquiátricos) forenses	107
III.II Análisis de las secciones que conforman el dictamen forense.	112
Sección IV. Conclusiones	121
Conclusiones Finales	124
Bibliografía	130
Anexo.	139

Abreviaturas

DPE: Derecho Penal del Enemigo.

DPA: Derecho Penal de Autor.

DPH: Derecho Penal del Hecho.

DPPF: Dictamen Psiquiátrico Psicológico Forense.

CCDH: Comisión de Ciudadanos por los Derechos Humanos.

ICD: Clasificación Internacional de Enfermedades (por sus siglas en inglés).

DSM: Manual de Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales (por sus siglas en inglés).

NIMH: (Instituto Nacional de Estados Unidos para las Enfermedades Mentales (por sus siglas en inglés).

Resumen

El derecho penal de autor, es una inclinación del aparato punitivo que en su versión más pura, busca castigar sin acción, es decir, se castiga por ser el individuo etiquetado o estigmatizado como sujeto peligroso o dañino para la sociedad. Sin embargo, la mayoría de sistemas penales en la actualidad occidental (incluido el costarricense) se han orientado hacia un derecho penal de acción o de acto, que a diferencia de la vertiente antes referida, castiga no por ser la persona como es, sino por haber actuado de una manera reprochable jurídico-penalmente hablando.

La labor del presente trabajo, será la de examinar si los dictámenes psiquiátricos forenses, que se aplican en la rutinaria investigación por parte del Ministerio Público en nuestro país, a los imputados en los delitos sexuales, se inclinan hacia un derecho penal garantista y se encuentran encaminados a proveer una importante herramienta para el juez en la determinación de los hechos que se investigan, sin violentar los presupuestos garantistas del derecho penal costarricense, o, en cambio, estos dictámenes, están más arraigados estructuralmente, o son mayormente compatibles con aquel segundo tipo de derecho penal de autor al que se hacía referencia arriba; esto es, el derecho penal de autor exacerbado a ultranza.

El objetivo general del trabajo es el de identificar la presencia o no, de ciertos elementos de derecho penal de autor 'puro' se encuentran presentes en una pericia de rutina en nuestro proceso penal, como la práctica de dictámenes psicológicos forenses a los imputados en los delitos sexuales.

La metodología que se aplicará a la presente tesis, será la de combinar el trabajo o investigación de campo con el análisis bibliográfico. Lo que se pretende, es recolectar unos cuantos dictámenes forenses para identificar sus aspectos estructurales. Antes de llevar a cabo tal cosa, se reunirán algunos elementos doctrinarios básicos necesarios para una buena sustanciación investigativa. Es decir, se analizarán algunos de los tipos de Derecho penal de autor más influyentes en

occidente, dentro del Siglo XX. A esta recopilación, se le añadirán comentarios, críticas y relaciones entre cada una de las diferentes posturas analizadas.

Posteriormente, la investigación realizará una especie de crítica general a la Psicología como ciencia. Para llevar a cabo tal cosa, será necesario abandonar el terreno de lo estrictamente jurídico. Así, se concluirá el asunto extrapolando dichas críticas y llevándolas al campo particular de la Psicología, ello con el afán de generar dudas en cuanto al uso de esta disciplina como “ayudante” del Derecho en los procesos penales. Finalmente, se analizará la estructura obtenida de dictámenes forenses, que le han aplicado realmente a imputados dentro de algunos procesos penales en Costa Rica. De tal suerte, se proseguirá con la extracción de elementos comunes a todos los dictámenes, para compararlos con los presupuestos esgrimidos en las fuentes del derecho penal que nutren los diversos procesos.

Una primera conclusión del trabajo de investigación, hace alusión al hecho de que no se puede relacionar directamente a los dictámenes psicológicos forenses con alguna vertiente del Derecho penal de autor puro, al menos con las analizadas en la tesis. En segundo lugar, y no obstante lo anterior, sí debe indicarse que las pericias psicológicas responden a una categoría *sui generis* dentro del proceso penal costarricense, ya que sí revelan aspectos importantes de la vida del encausado, que pueden causar una opinión negativa en el juez.

Por otro lado, se arribó a la creencia de que la Psicología no alcanza aún un estadio óptimo de desarrollo, para asumir todas las responsabilidades que se pretende por parte de los operadores jurídicos. Considerase en consecuencia, que existe una discusión ausente (¡pero necesaria!) en la agenda de la política criminal del país, y sin que antes sea resuelta la misma, no se podrá obtener seguridad contra posibles excesos en la fuerza punitiva, o, inclusive, faltantes en la misma.

Ficha Bibliográfica

Sánchez Quesada, Álvaro Francisco. Presencia del Derecho penal de autor en los dictámenes psicológicos forenses utilizados en el proceso penal de Costa Rica. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2012. ix, 154.

Director: Lic. Carlos Manuel Estrada Navas

Palabras claves:

Derecho penal de autor, Derecho penal de acto, Derecho penal del enemigo, psicología forense, psiquiatría forense, filosofía de la ciencia.

Introducción

Advertencia Preliminar

Antes de iniciar con la descripción del siguiente estudio, parece necesario realizar una breve advertencia. Dicho aviso tiene como objetivo, impedir que el lector de la tesis se enfrente a la misma con ciertos sesgos valorativos que le dificulten la comprensión de la verdadera meta académica que se persigue. La advertencia es la siguiente: a la hora de iniciar el presente estudio, es recomendable que el lector se coloque a sí mismo en un estado lo más cercano al *observador imparcial*. Dicho personaje, no leerá a través de las líneas del trabajo vertiendo criterio sobre las concepciones del Derecho Penal de Autor o el Derecho Penal del Acto. Buscará entonces, ver sus caracteres correspondientes de una manera tal que al toparse con una descripción de los mismos, no se vea inclinado por acoger a uno u otro.

El anterior preámbulo, tiene como objetivo crear un análisis que estimule la discusión académica desinteresada y sincera, la cual no solo es de las más complejas de entablar, sino también, de las más provechosas. Todo esto, se explicitará de una mejor manera en la sección de conclusiones del trabajo, así que por lo pronto, se extiende una invitación a atender los temas de fondo que dan sustento al presente.

Justificación

El derecho penal de autor, es una inclinación del aparato punitivo que en su versión más pura, busca castigar sin acción, es decir, se castiga por ser el individuo etiquetado o estigmatizado como sujeto peligroso o dañino para la sociedad. Sin embargo, la mayoría de sistemas penales en la actualidad occidental (incluido el costarricense) se han orientado hacia un derecho penal de acción o de acto, que a diferencia de la vertiente antes referida, castiga no por ser la persona como es, sino por haber actuado de una manera reprochable jurídico-penalmente hablando.

A pesar de la división antes esbozada, cualquier estudio más o menos serio de los sistemas penales occidentales de la actualidad, arroja a la luz el hecho de que dicha división no es tajante. Se encuentran matices con diferentes énfasis sobre una u otra propuesta punitiva. Algunos se cargarán más sobre el costado del derecho penal de autor mientras que otros tantos se alejarán de este modelo para ser más garantistas. Ahora bien, incluso estos últimos manejan, como se dijo, ciertos elementos de derecho penal de autor, pero son elementos hasta cierto punto necesarios para el funcionamiento del proceso penal tal y como se conoce. Así por ejemplo, en nuestro código penal, se ven figuras como las de la reiteración, la habitualidad, y la profesionalidad así como en la doctrina, se observa la utilización de figuras como los elementos subjetivos del tipo y otras por el estilo, que hacen referencia, más que a la acción en sí, a la personalidad del imputado. La consecuencia de estas y otras figuras no es inocente. Por el contrario, el resultado final de su aplicación se verá reflejado en años de más o años de menos recluido en un centro penal. Interesante sería la interrogante

acerca de si se podría concebir un sistema penal sin elementos de derecho penal de autor, del todo.

Empero este trabajo no se ocupará de ello, por el contrario, se señala dicha situación con el fin de hacer notar que existe un ámbito “legítimo” del derecho penal de autor, que es concebible y compatible con el sistema jurídico costarricense. Mientras que también existe otro ámbito del derecho penal de autor que se olvida de la acción típica antijurídica y culpable en una gran medida, para castigar a la persona por una determinada condición de su ser, que resulta discordante con el modelo que se propugna por parte de los detentores del poder en un país cualquiera.

La labor del presente trabajo, será la de examinar si los dictámenes psiquiátricos forenses, que se aplican en la rutinaria investigación por parte del Ministerio Público en nuestro país, a los imputados en los delitos sexuales, se inclinan hacia un derecho penal garantista y se encuentran encaminados a proveer una importante herramienta para el juez en la determinación de los hechos que se investigan, sin violentar los presupuestos garantistas del derecho penal costarricense, o, en cambio, estos dictámenes, están más arraigados estructuralmente, o son mayormente compatibles con aquel segundo tipo de derecho penal de autor al que se hacía referencia arriba; esto es, el derecho penal de autor exacerbado a ultranza. Se han elegido propiamente los delitos sexuales, por su connotación moral tan fuerte y su choque brutal contra la concepción ética mayormente generalizada en la sociedad costarricense. Efectivamente, los casos de violación, por ejemplo, elevan el clamor de las personas por castigo (o venganza pura y simple) y el morbo llega a niveles máximos que hacen que la impunidad no sea bien vista desde la óptica de una parte significativa de la población.

Obviamente, ni el Ministerio Público, ni los jueces escapan de esta situación y aunque en teoría no se dejen llevar por sus impulsos irracionalmente como el ciudadano promedio, tampoco son inmunes a ellos. Además, dicha situación no es el verdadero meollo del asunto. Lo que constituye el punto medular del problema a tratar, es el de examinar si la constitución o la forma de los dictámenes en cuestión, inclinan a los encargados de investigar y decidir sobre los delitos, a llevar a cabo su respectiva labor tomando en cuenta más los elementos de la personalidad del imputado, que el estudio de los hechos y las acciones en sí.

La importancia del estudio de un tema de esta clase salta a la vista, ya que para cualquier operador jurídico y los ciudadanos en general, la elección de la manera en que se va a castigar es vital. A simple vista el hecho de cuestionarse esto parece inocuo, ya que si nos basamos en lo que dice nuestro código penal, procesal penal, jurisprudencia, doctrina y en general los interlocutores predominantes y autorizados del derecho penal, el cuestionamiento inicial parece resuelto a favor de que no hay elementos de ese derecho penal de autor “siniestro”, para llamarlo de alguna manera, en nuestro sistema penal. No obstante, se tratará de ir más allá de los discursos oficiales y se tratará de ver que es lo que sucede en realidad. No se pecará de ambicioso tratando de abarcar una gran porción de nuestro derecho penal, por el contrario, como se ve, se ha delimitado el tema a una parte muy concreta de aquel, pero que nos servirá sin duda alguna como referencia importante o una idea a tomar en cuenta (VAZ FERREIRA).

Lo que distingue a esta tesis de muchas otras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, es en gran medida su metodología, ya que al margen de la revisión bibliográfica, se tomarán dictámenes forenses reales y se analizarán a la luz de los textos consultados. Ello cobra cierta particularidad, en

virtud de la variada gama de campos del conocimiento que se incorporarán al presente trabajo, como lo son aspectos de la psicología, psiquiatría, filosofía del conocimiento y filosofía analítica. Todo ello aplicado a la dogmática jurídico-penal. Así, desde un análisis casuístico, se extraerán los elementos comunes que comparten los dictámenes estudiados, para así sacar premisas e ideas concretas a partir de lo particular y hasta lo general. Ya en una etapa final, una vez alcanzado todo lo anterior se lograrán ver los problemas intrínsecos de estos instrumentos psiquiátricos (si es que los hay) y su compatibilidad o no, con el derecho penal garantista con énfasis en la acción jurídico-penalmente reprochable.

Objetivo general

- Identificar la presencia o no, de ciertos elementos de derecho penal de autor 'puro' que se encuentran presentes en una pericia de rutina en nuestro proceso penal, como la práctica de dictámenes psicológicos forenses a los imputados en los delitos sexuales.

Objetivos específicos

- Identificar las vertientes del derecho penal de autor con el fin de descubrir si los dictámenes psicológicos forenses que aquí se estudiarán, encuadran dentro de alguna de ellas, haciéndolos incompatibles con nuestro derecho penal.
- Conocer las posiciones académicas más importantes acerca de la exactitud científica y las posibles objeciones a la disciplina psicológica.

- Indicar las posibles incongruencias existentes entre los principios del derecho penal predominante en nuestro medio y lo que se da en realidad en el proceso penal en los delitos sexuales.

Hipótesis de trabajo

Se va a partir de la hipótesis, en el siguiente trabajo, de que los dictámenes psiquiátricos psicológicos forenses (DPPF) que se le practican a los imputados en los delitos sexuales, son contrarios con el derecho penal garantista y vulneran ciertos principios adoptados por el derecho costarricense para el proceso penal. Esta incompatibilidad, opera en un doble sentido: etiquetando al imputado y prejuzgándolo en la etapa de investigación y mediante el uso de un concepto de culpabilidad ya superado por la doctrina, jurisprudencia y legislación penal costarricense de la actualidad.

Metodología

La metodología que se aplicará a la presente tesis, será la de combinar el trabajo o investigación de campo con el análisis bibliográfico. Lo que se pretende, es recolectar unos cuantos dictámenes forenses para identificar sus aspectos estructurales. Antes de llevar a cabo tal cosa, se reunirán algunos elementos doctrinarios básicos necesarios para una buena sustanciación investigativa. Es decir, se analizarán algunos de los tipos de Derecho penal de autor más influyentes en occidente, dentro del Siglo XX. A esta recopilación, se le añadirán

comentarios, críticas y relaciones entre cada una de las diferentes posturas analizadas.

Posteriormente, la investigación realizará una especie de crítica general a la Psicología como ciencia. Para llevar a cabo tal cosa, será necesario abandonar el terreno de lo estrictamente jurídico. Lo anterior, se hará con el fin de realizar un breve recorrido por la filosofía de la ciencia, extrayendo algunas de las críticas más comunes que se le realizan a la ciencia en general. Así, se concluirá el asunto extrapolando dichas críticas y llevándolas al campo particular de la Psicología, ello con el afán de generar dudas en cuanto al uso de esta disciplina como “ayudante” del Derecho en los procesos penales.

Finalmente, en un tercer capítulo, se retomarán las bases doctrinarias obtenidas en los dos primeros. No obstante, ello se hará con el fin práctico de analizar la estructura obtenida de dictámenes forenses, que le han aplicado realmente a imputados dentro de algunos procesos penales en Costa Rica. De tal suerte, se proseguirá con la extracción de elementos comunes a todos los dictámenes, para compararlos con los presupuestos esgrimidos en las fuentes del derecho penal que nutren los diversos procesos.

Estructura

La tesis se encuentra dividida en tres capítulos principales. El primero de ellos se divide en dos secciones principales. La primera de ella habla acerca de tres tipos diferentes del Derecho penal de autor a partir del Siglo XX. La segunda, abarca las conclusiones generales del capítulo así como ejemplos prácticos de la actualidad.

El capítulo segundo también se subdivide en dos secciones principales. La primera de ellas toca la discusión del campo de la filosofía de la ciencia, referente al punto de la confiabilidad de la ciencia como tal. La segunda sección, retoma la discusión anterior circunscribiéndola al ámbito de la psicología propiamente dicha, abarcando los problemas puntuales de esta como ciencia. Además, contiene las conclusiones generales del acápite.

Finalmente el tercer capítulo, se subdivide en cuatro secciones. La primera de ellas habla de la función manifiesta de los dictámenes psicológicos forenses, la cual se recoge de la ley positiva, la doctrina y los fallos jurisprudenciales. Con base en ello, se erige la segunda sección del capítulo, la cual enuncia algunos aspectos puntuales de la categoría de la culpabilidad. Seguidamente, se contrasta todo lo anterior mediante un análisis crítico de la estructura de los dictámenes psicológicos forenses, con lo cual se estudia lo que se da en realidad en relación con estos. Finalmente, la cuarta sección engloba los elementos más importantes de todo el capítulo para esbozar las conclusiones del mismo.

Capítulo I

Miren que los hijos de Israel forman un pueblo más numeroso y fuerte que nosotros. Tomemos precauciones contra él para que no siga multiplicándose (...)

(Éxodo 1:9)

Se analizarán en este primer apartado, una serie de aspectos germinales del derecho penal sustantivo. Con esto se quiere decir, que la explicación que nos ocupará va a versar sobre uno de los puntos de partida de cualquier Estado de Derecho, esto es, ¿por qué se castiga? Ante esta interrogante, históricamente ha surgido una infinidad de respuestas, sin embargo, es posible afirmar que existen dos grandes corrientes que se han encargado de estudiar y tratar de dar respuesta a dicha cuestión. Se habla por supuesto, del Derecho Penal de Autor (en adelante DPA) y del Derecho Penal del Hecho o del Acto (DPH). Ciertamente es, que se puede definir, *grosso modo*, la primera de estas vertientes como el ejercicio del *ius puniendi* que implica castigar a la persona por lo que esta es. Es así, como se ve que para algunos el delito será:

«(S)igno o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica (...) El derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales.»¹

¹ Zaffaroni, E.R., Manual de Derecho Penal : Parte General, 2005, p., 49

No obstante, no se llevará a cabo acá, una revisión de todos los estadios históricos de la discusión entre una y otra concepción², sino, en primer lugar, una breve postura de la dogmática jurídico penal partidaria del DPA en la Europa del Siglo XX. Se seguirá esta línea por cuanto es indiscutible, que una parte nada despreciable (o la gran mayoría) de las ideas más influyentes en el mundo occidental, han tenido por cuna la mencionada región, en especial en lo referente a la creación doctrinaria. A esta recapitulación histórica, se añadirán críticas y comentarios personales, que más que una toma de postura, vendrán a ser una suerte de aporte académico, a fin de que el texto no se torne en una compilación enciclopédica.³

Finalmente, se expondrán dos ejemplos muy puntuales, de cómo las ideas referidas en la primera parte tienen una vigencia significativa en el pensamiento actual de ciertas (no pocas) personas. Lo que se desea mostrar con los ejemplos que se esbozarán *infra*, es que la cuestión del DPA se recubre de un matiz contemporáneo, práctico y hasta cotidiano. En síntesis, los casos específicos que se explicitarán, tienen como meta, el dejar de manera manifiesta y contundente, que no se puede pensar que la discusión acerca de la respuesta a la pregunta central de este apartado (¿por qué se castiga?), se encuentra resuelta. Todo lo contrario, es un asunto inminente y dada la importancia de la postura que se tome al respecto, no puede dejarse de lado.

² Es ampliamente conocido el hecho de que no ha existido en la historia, un único DPA; siendo el caso que son interminables sus variantes y momentos históricos.

³ Al margen de ello, tal dirección sería en extremo pretenciosa. En especial en un trabajo, que no tiene como eje central, el estudio del DPA; sino que este tema, viene a enmarcar o fungir como referencia del tema principal, a saber, si existen elementos de DPA dentro de ciertos dictámenes psicológicos forenses. Al respecto, baste con mencionar, que no sería ni serio ni viable, intentar responder dicha pregunta sin antes precisar aspectos de orden doctrinal y/o lingüístico, los cuales son condición necesaria antes de empezar cualquier investigación.

Conceptos Claves:

Derecho penal de autor: El derecho penal de autor es una vertiente del derecho penal, que castiga a la persona no por sus acciones sino por alguna condición de 'peligrosidad' intrínseca a su persona. En palabras del profesor alemán C. Roxin:

«(S)e tratará de derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción».⁴

Derecho penal del hecho: Este concepto se encuentra como contrapuesto a al anterior, y, es su vertiente antagónica por antonomasia. Esta acepción es definida por Roxin como:

« (U) na regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.»⁵

En lo que a nuestras fronteras respecta, nuestra Constitución Política, propiamente en su artículo 39 párrafo primero, indica que:

«A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente,

⁴ Roxin, C., Derecho Penal, Parte General Tomo I, 1997, p., 177

⁵ Roxin, C Opus cit.

previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.»⁶

Es clara la marcada diferencia, en teoría, que se colige de la confrontación entre esas dos maneras de castigar. En este sentido, la norma suprema antes referida, que protege un principio básico del derecho penal de hecho, lo cual es importante, ya que como dice el profesor Zaffaroni el poder punitivo posee una:

« (V) Ocación fagocitaria e invasora del poder punitivo, su enorme capacidad de racionalización encubridora y su temibilidad para el estado de derecho y los ámbitos de determinación humana⁷»⁸

Con los conceptos fundamentales clarificados, sin más preámbulo, se puede pasar al análisis de los tipos de Derecho penal de autor referidos más arriba.

Sección I: La doctrina europea (S. XX)

I.I Cuestiones preliminares

Previo a dar inicio al análisis de las diferentes posturas doctrinales referentes al DPA, se debe explicar el por qué de la elección de los autores a tratar. En primer lugar, se hará referencia únicamente a autores del Siglo XX, en virtud de que, como se explicó previamente, el DPA es un tema que ha acompañado a la humanidad prácticamente desde sus inicios.⁹De acuerdo con

⁶ Constitución Política de Costa Rica, artículo 39.

⁷ Zaffaroni, E. R., Ob. Cit., p., 79

⁸ Es precisamente ese aspecto, el más contrastante entre ambos.

⁹ Inclusive, en muchos casos de manera sucinta o implícita, sin que se requiera de una elucubración dogmática expresa en ese sentido.

esto, a efectos de no hacer demasiado voluminosa la presente investigación, y, de no descuidar por ello la rigurosidad de la misma, se parte de una época que sistematiza de buena manera el tema. Además, no se remonta demasiado lejos en la historia, lo que permitirá construir un puente con las demás secciones.

El primer autor a estudiar, será el profesor Franz Von Liszt, a quién se dedicará un apartado en particular, por tres razones primordialmente. Inicialmente, la influencia de los trabajos de Von Liszt llega hasta el Derecho Penal de nuestros días, siendo que el mismo es mencionado en prácticamente todos los manuales de Derecho Penal de la actualidad, tanto en Europa, como en Latinoamérica. No obstante, se mencionarán algunos autores influyentes para las ideas de Von Liszt, retratando el panorama intelectual de la época. En segundo lugar, vale la pena estudiar este autor de manera un poco detenida, porque ciertamente, sus tesis no son expresadas de manera sencilla. De tal forma, se requiere de una cierta base previa de conocimientos adquiridos para lograr comprender fehacientemente su teoría. En última instancia, las ideas del profesor Von Liszt, serán retomadas para ser llevadas a nuevos alcances dentro del derecho penal del Nacional Socialismo, por lo que se intenta seguir una especie de explicación lineal, lo cual permitirá una mejor comprensión de ambas posturas, producto de una lectura integral de las mismas.

Seguidamente, se analizará el movimiento del Nacional Socialismo, el cual, es sin lugar a dudas, tan significativo para la historia de la Humanidad, que no puede pasarse por alto, aunado al hecho de que resulta el ejemplo por antonomasia de DPA. Al respecto, vale mencionar que la creación doctrinaria que puede ubicarse dentro de la ideología Nazi es por demás inmensa. Se llevará a cabo entonces, una mención general de sus postulados más importantes, así como de las líneas centrales dentro de su pensamiento. Podría argumentarse

aquí, que no se mencionan algunos otros ejemplos relevantes de ideologías catalogadas dentro del DPA como el Fascismo, el Derecho Penal de la Unión Soviética o el *apartheid*, lo cual se realiza no por una omisión involuntaria, sino que como se ha mencionado, no se pretende abarcar una porción tan pletórica del pensamiento. Por este motivo, se elige a la Alemania de la primera mitad del S.XX, por ser sin lugar a dudas la más significativa de las ideologías de cita, siendo tan amplia su producción e influencia que se basta por sí, para llevar a cabo los objetivos investigativos propuestos.

Finalmente, se analizará al Prof. Günther Jakobs, y su polémico Derecho Penal del Enemigo (DPE), el mismo que se encuadra dentro del DPA. Esta postura es de interés, en razón de su contemporaneidad, pero más aún, por la gran cantidad de adeptos que suma alrededor del mundo.¹⁰ Además, ciertamente este tratamiento doctrinal merece atención, ya que se ha caído en una desinformación o (*mal*) información del mismo, que ha llevado a mal interpretaciones y discusiones estériles en el mundo académico. Por otro lado, con fenómenos mundiales como los que acaecen en la actualidad como el terrorismo y las maras¹¹, entre otros, este tema debe revisarse con especial cuidado, en aras de que no sucedan, al menos tres situaciones que, según se piensa, podrían resultar perjudiciales en alguna medida, a saber: que se empleen elementos del DPE sin reconocer de manera manifiesta que se trata de ello, que se apliquen algunos de sus postulados *ad hoc* y sin ninguna sistematización o simplemente que se utilice de manera desmedida o desinformada.

¹⁰ Muchos de estos adeptos, según se verá más abajo, ni siquiera expresan su anuencia con la teoría de Jakobs, sin embargo, la aceptan implícitamente, por la incongruencia entre el entendimiento que se tiene de la misma y las acciones o posturas en el día a día.

¹¹ Que se estudiarán más abajo, por lo que se intenta señalar relaciones entre uno y otro tema.

I.II Franz Von Liszt

Las ideas que preceden inmediatamente a Von Liszt, son de un corte médico policial (Ferri), lo que aunado al positivismo del que es parte el autor que nos ocupa, ayudan a explicar las ideas del mismo. Al respecto ha sido dicho que Liszt:

«(M)antuvo el esquema policial pero tratando de dotarlo de cierta racionalidad mediante el requisito de la antijuridicidad material y formal, la introducción del concepto de bien jurídico como criterio teleológico de interpretación de los tipos penales y la exclusión de los incapaces mediante un particular concepto de imputabilidad.»¹²

Como bien lo menciona el Prof. Zaffaroni, para comprender el DPA que nos propone Liszt, han de tomarse en cuenta como mínimo, la “función social de la pena” que este le otorga, su propuesta de concepto de bien jurídico, su teoría de la criminalidad (o sus tipos de delincuente como mínimo) y el lugar de la política criminal.

Siguiendo la línea propuesta previamente, se pasará a analizar el aspecto del Derecho Penal como protección de los intereses. Como bien señala Von Liszt, la pena originaria, no tenía nada que ver con proteger ningún interés colectivo, sino que más bien era una reacción de tipo instintivo-vengativa ante una alteración del bienestar individual primero, y, colectivo posteriormente. Aunque en la actualidad ese carácter instintivo de la pena, no se haya del todo disipado, sí se podrá convenir, que esta sí se ha vertido de una serie de características (por

¹² Zaffaroni, R., El Estado Actual de las Ciencias Penales, 2009, p. 87

medio de su monopolio estatal) que la hacen cumplir otras funciones mucho más complejas:

«El Derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho. Nosotros llamamos BIENES JURÍDICOS a los intereses protegidos por el Derecho. *Bien Jurídico es el interés jurídicamente protegido.*»¹³

Se ve pues, como Liszt inicia indicando que la idea de fin es la que vendrá después a legitimar la pena, ya que será la misión, ya no del Derecho en general, sino del Derecho Penal ejercer la acción penal como mecanismo de defensa de los Bienes Jurídicos más importantes para la vida en sociedad. Este es un punto importante, con la pena se pueden conseguir varios fines, y

« (E) l efecto que se desea conseguir sobre el *delincuente* (la prevención especial) determinará, en particular la naturaleza y la extensión de la pena. La exigencia de la política criminal se dirige a utilizar, en lo posible, la aptitud de la pena como medio adecuado al fin, y adaptarla a las necesidades del caso *particular.*»¹⁴

Lo rescatable de tal afirmación, es que acá se empieza a esclarecer hacia a donde apunta el derecho penal de Von Liszt, ya que se infiere que al ser el 'efecto' que se desea causar en el 'delincuente' el que determine la naturaleza y cuantía de la pena, no será *a contrario sensu* la acción delictiva en sí la que tenga dicha labor. La lesión al bien jurídico será indicador de que se requiere intervención jurídico penal, pero no será su limitante o su medida.

¹³Von Liszt, F., Tratado de Derecho Penal Tomo Segundo, 1990, p. 6

¹⁴Von Liszt, F., Opus cit., p. 10

Aquí, el 'efecto' que se quiere lograr en el 'delincuente' va a depender directamente del tipo de 'delincuente' frente al cual nos enfrentamos. Es aquí donde se observa claramente el DPA que nos propone Von Liszt, ya que como se mencionaba al inicio, le brinda un poco de sustento jurídico a las tesis antropológicas, biológicas, mecanicistas y en general, positivistas que le preceden. Así, Von Liszt opta por una tesis criminológica dualista, ya que reconoce factores tanto internos (biológicos) como externos (sociales), como los responsables de los impulsos criminales. Con esta base, Von Liszt explica que existen tres tipos de criminales, que van a requerir de la pena, distintas funciones, o para ponerlo en sus términos, distintos fines para los cuales se necesitarán distintos medios. Entonces se buscará:

«1-Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella;

2- Intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección;

3- Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección.»¹⁵

Von Liszt le endilga las labores anteriormente descritas, al área de la Política Criminal, ya que ella:

«se ocupa del delincuente en particular. Es, en primer lugar, LUCHA CONTRA EL CRIMEN, OBRANDO DE UN MODO INDIVIDUALIZADO SOBRE EL DELINCUENTE. Exige, en general, QUE LA DEFENSA SOCIAL SOBRE TODO,

¹⁵ Von Liszt, F., La idea de fin en el Derecho Penal, 1984, p. 115

SE ADAPTE, EN SU ESPECIE Y MEDIDA, A LA NATURALEZA PROPIA DELINCUENTE (...)»¹⁶

Ahora bien, resulta problemático el hecho de que sea precisamente la Política Criminal, la encargada de la mencionada defensa social, ya que aparece como un escapismo al problema central que intenta proponer el mismo Von Liszt. En otras palabras, cómo debe tratarse a cada tipo de delincuente. Como se sabe, la Política Criminal fluctúa dependiendo de los intereses políticos que se persigan (como del mismo concepto se desprende). Así las cosas, no resulta extraño como el Nacional Socialismo llevó al extremo las tesis de Von Liszt, con las consecuencias que se conocen, y que en todo caso se estudiarán más abajo. A donde se intenta llegar con esta acotación, es que su teoría se lava las manos en cuanto al tratamiento de los diversos 'delincuentes' que ella misma propone, al margen del hecho, no menos problemático, de la ubicación de cada criminal en su respectiva categoría, ya que su tesis criminológica es algo escueta en relación con los puntos que en seguida se pasan a explicar.

No resulta de su explicación, un método práctico para llevar a cabo la distinción de cada tipo de criminal, ya que inclusive se menciona que dependiendo de las características de un determinado acto se puede observar que un sujeto sea incorregible, a pesar de ser una primera ofensa. Deja entonces, un amplio grado de interpretación que podría ser sumamente perjudicial para el sujeto bajo análisis. El problema, es que de una sola acción, no se puede emitir un juicio a futuro de cómo será el comportamiento de un sujeto en particular. En este sentido, se señala a manera de ejemplo que: «lo que no se puede hacer es convertir a todos los exhibicionistas en los parques públicos en futuros violadores, ni a los que

¹⁶ F. Von Liszt (como en nota 12), p. 19

sin violencia abusan sexualmente de menores en las escuelas, en internados y campamentos juveniles o en el seno de la familia en potenciales asesinos.»¹⁷

Lo más preocupante del tema, es que aún si se refiriera Von Liszt a cómo se va a clasificar a cada delincuente, dentro de su teoría, tal mecanismo siempre sería objetable, por lo que el vicio más que un olvido, resulta en un problema estructural, ya que la teoría debe corresponder a una realidad en concreto, sin lo cual se transforma en una producción intelectual sin valor, o al menos sin un valor dentro del Derecho Penal, que por definición sí busca adaptarse a la realidad.

I.III El Nacionalsocialismo

Siguiendo en el recuento del DPA del S. XX en Europa, las siguientes consideraciones deberán dedicarse al nazismo. Esto es así, por cuanto es en el surgimiento de este complejo movimiento ideológico, político, social y jurídico, que se encuentran los ejemplos más exacerbados del DPA en cada uno de los mencionados campos. No se podrá discutir, la trascendencia de una referencia a este respecto en un trabajo como el que nos ocupa, ya que se tiene la oportunidad aquí de ver la puesta en práctica de los presupuestos de un DPA tan fuerte, lo cual no sucedió de igual forma con las ideas de Von Liszt que se expresaron más atrás.

No obstante, referirse de manera completa acerca del nazismo, es tarea que excede los límites del presente estudio, ya que existe una cantidad enorme de dogmáticos que escribieron para justificarlo, así como hicieron además, los politólogos y en general, en cada área de las ciencias sociales. Por dicho motivo, lo que se intentará será esclarecer algunas de las ideas más importantes al

¹⁷ Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, 2001, p. 376

respecto del citado movimiento en cuanto al campo jurídico. En este caso particular, no se podrá separar la cuestión ideológica del Derecho,¹⁸ por lo que se iniciará con aquel aspecto para finalizar con un enfoque general de los elementos dogmáticos que sirvieron para respaldarlo.

Iniciando de manera consecuente con lo anterior, es menester indicar la visión de “nación” nazi para obtener a partir de ahí, como se desarrollaría esta clase tan particular de DPA. Posterior a la Primera Guerra y al “Tratado de Versalles”, el sentir de muchos alemanes, era uno de animadversión hacia sus vecinos vencedores, por lo que el partido Nacionalsocialista utilizó dicha circunstancia para exacerbar los ánimos de un pueblo al que se le motivó con ideas de grandeza, venganza y reivindicación. Al respecto, se apunta que el nacionalismo fue de los pilares más explotados para movilizar a las masas. Por ello, es vital indicar el concepto tan amplio de nacionalismo que se manejó en ese entonces, que vinculó un elemento muy importante:

«El nacionalismo estará irremediabilmente unido a la cuestión de la raza. Raza, Nación y Estado serán una sola realidad, todos presentes en un solo hombre: el Führer, portavoz e intérprete de la voluntad total. Para esto existe el principio “volksgemeinschaft”, que es el pueblo alemán racialmente ordenado el que debe ser el séquito (“gefolgschaft”) del Führer (conductor) a través del Estado y sus órganos para asegurar la efectiva “Führung” o conducción.»¹⁹

Se llama la atención acá sobre el punto de la raza, esto por cuanto para los efectos de nuestra investigación, es muy importante comprender este elemento como uno de los factores de mayor peso, a la hora de la estipulación de los judíos

¹⁸ Evidentemente, a ello no escapan otros movimientos jurídicos (por no decir ninguno), sin embargo, este caso particular es uno de los más evidentes.

¹⁹ Jiménez, M., Nietzsche, la cuestión Judía y el Nazismo, 1993, p.176

como enemigos de Alemania. Además, es trascendental el aspecto de la reunión de los elementos conformadores de la idea de “Nación” antes referida, en la figura del Führer encarnado en Adolf Hitler, quién evidentemente desdeñaba fuertemente a los judíos. En ese sentido, ha de señalarse que Hitler, según se desprende de sus opiniones, comulgaba con el denominado grupo de los *cognotivistas axiológicos*, ya que refería la capacidad de acceder al conocimiento de unos ciertos *valores supremos*, como se denota de frases como la siguiente:

«(A)prendí a comprender y a apreciar la historia en su verdadero sentido».²⁰

Ello es importante, en virtud de que todo el movimiento nazi (del que no se excluyen sus operadores jurídicos y autores dogmáticos jurídico-penales) fue orientado en dirección a las opiniones de su líder, por lo que es bastante pertinente y oportuno que este, se inclinara por la postura axiológica referida. En verdad, no podría pensarse que aquel llegase a tener un séquito tan fiel y numeroso, de no conocer la *verdad* sobre los *valores supremos*.

De la mano de lo anterior, se pasa al siguiente aspecto de interés. Como es conocido ampliamente, los estudios doctrinarios producidos durante el régimen nazi son muy numerosos, así como sus variantes. Podría hablarse en ese sentido, de los múltiples autores que se adhirieron a la *Escuela de Kiel*, sin embargo, se compartirá acá la opinión de Zaffaroni (2009)²¹ en cuanto refiere que en realidad los dos autores más influyentes en la ideología nacionalsocialista, y que además, crearon obras con alguna seriedad dogmática (no sucede así con los autores que pertenecieron a la mencionada Escuela de Kiel, que en la opinión del Prof. argentino, fungieron como simples legitimadores del régimen, descuidando

²⁰ Hitler, A., *Mi Lucha*, 2002, p. 13

²¹ Hitler, A *Opus. Cit.* Pág 13

fuertemente la rigurosidad en sus estudios jurídicos) fueron Edmund Mezger y Carl Schmitt.

En comunión con la opinión expresada líneas arriba, se encuentra además, la de Muñoz Conde, quién en lo conducente comenta que:

«Mezger dio un importante viraje en su orientación científica, hasta el punto de convertirse en el penalista oficial del régimen nazi y en uno de sus principales ideólogos»²²

Entonces, se analiza como Mezger contribuyó a la legitimación del Tercer Reich. Mezger inició algunos postulados en el campo de la criminología, que comulgaban claramente con las ideas de *nación* que el partido Nacionalsocialista quería instaurar. Por ello, debe necesariamente complementarse su lectura teniendo en mente las anotaciones previas sobre dicho aspecto. Al respecto, es llamativo vínculo el que se realizó por parte de este autor en cuanto a la raza, la unidad del pueblo y el Estado, con aspectos político criminales:

«Pues la raza y cualquier otra peculiaridad condicionada hereditariamente determina no solo directamente la forma de delinquir del sujeto, sino también toda su actitud social dentro de la comunidad, que se manifestará a su manera criminológicamente en uno u otro sentido. Precisamente en la especial criminalidad de los judíos adolecen la (sic) antiguas investigaciones muchas veces de no diferenciar adecuadamente entre raza y confesión, por que la posición social

²² Muñoz Conde, F., El Penalista Liberal (de Figuerido Dias, J.), 2004, p. 694

depende más de la última que de la primera. En la legislación sobre la raza del nuevo Estado se le da a la raza su debida importancia»²³

Por otro lado, resulta muy interesante ver, como se indicó previamente, que algunos elementos de Von Liszt, como su famosa clasificación de los criminales, se retoman en esta época, por Mezger, quien realiza su propia clasificación, pero esta vez no se basa en criterios doctrinarios o científicos como intentó hacer aquel, ya que:

«las teorías de los tipos de autor de von Liszt, Tesar y Kollmann consistieron en estudios empíricos del delincuente; orientados hacia la lucha contra el delito a partir de los resultados arrojados por la Estadística, la Psicología o la Sociología criminales como ciencias empíricas pertenecientes a la Criminología. En Cambio, las teorías de los tipos de autor defendidas en Alemania durante la vigencia del régimen nacionalsocialista no son teorías criminológicas, sino normativas».²⁴

Pronto, ideas como las anteriores se vieron reflejadas en las leyes sustantivas y procesales de la Alemania nazi, como era de esperarse. Hay que recordar que existía una sola dirección en cuanto a la doctrina, las resoluciones judiciales y las decisiones político-criminales, y dicha dirección no podría ser otra que la *voluntad del pueblo*, la misma que se exteriorizaba en la voluntad de Hitler. Para llevar a cabo esto, la técnica legislativa que se utilizó fue la amplitud de los tipos, de la mano con la grandísima libertad de actuación policial, que en muchos casos suplantaba a los tribunales, existiendo paralelamente como voluntad

²³ Mezger, E., citado en MUÑOZ CONDE, ibídem, p.696-697

²⁴ Gómez Martín, V., ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?, 2007, p. 105-106

punitiva del Estado, sin sujetarse a prácticamente ninguna restricción de índole legal. Así:

«(L)as leyes en general contenían una gran vaguedad, haciendo referencia precisamente a esas cláusulas generales. Así se señalaba que lo fundamental era la interpretación de las fuentes del Derecho de acuerdo con la concepción nacionalsocialista»²⁵

Complementando dicha opinión, se menciona además, que gran parte de la libertad de actuación de los jueces era consecuencia de:

«(L)a introducción en el Código Penal alemán de la analogía como fuente de creación del Derecho penal, conforme a la cual no sólo era delito lo que la ley declarara como tal, sino también lo que según la idea básica de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo mereciera una pena»²⁶

De momento, lo que claramente se extrae es que la Alemania nazi, fusionó todas las agencias del poder punitivo a su haber, para así funcionar como una maquinaria que dirigía a su gusto Adolf Hitler, por lo que se explica cómo se propició exponencialmente el antisemitismo y su correspondiente “castigo.” Si se le analiza en cuanto a su funcionalidad únicamente, y sin emitir juicios éticos, debe reconocerse una gran efectividad político-criminal, pudiendo ser considerada como una de las más eficaces de la historia reciente. En ese sentido, con verdad comenta nuevamente el Prof. Llobet que:

²⁵ Llobet, J., Justicia Penal en el Estado Arbitrario, 2004, p.43

²⁶ Muñoz Conde, F., Ob. Cit., p. 696

«Si bien es cierto nunca llegó a aprobarse una nueva Ordenanza Procesal Penal, con el transcurso del tiempo, a partir de decretos ejecutivos con carácter de leyes, fueron siendo asumidas las principales propuestas de dotar al proceso penal de un carácter autoritario(...)»²⁷

Para complementar lo anterior, el Partido Nacionalsocialista, se valió también, como se dijo, de las ideas de Carl Schmitt. Dicho autor, como se verá, se acomoda a la perfección a las ideas que se propugnaban en la Alemania de la época. Así es como en un primer momento se apartará del *positivismo kelseniano*, y propondrá el *positivismo decisionista*, para el cual:

«(L)a fuente original de todo derecho, la razón última de toda validez jurídica y de todos los valores jurídicos, se encuentra en un procedimiento volitivo que, como decisión, crea el derecho, y cuya fuerza jurídica no puede deducirse de la fuerza jurídica de reglas de decisión; es decir el poder forma el derecho y no a la inversa.»²⁸

Además, Schmitt se apoyaba también en Hobbes, “quién consideraba que el derecho, todas las normas y leyes provenían del soberano”²⁹ y realiza una lectura del *Leviatán* adaptada para calzar a la perfección con los intereses de Hitler. De tal forma, aclara que:

«Frente a ese ‘Leviatán’ no cabe derecho de resistencia fundado en un derecho superior o en motivos religiosos, porque la afirmación de que sólo el

²⁷ Llobet, J., como en nota 25, p. 75

²⁸ Houed, M., Revista de Ciencias Jurídicas No. 40, enero-abril, 1980, p. 74

²⁹ Houed, M. Opus cit.

derecho positivo trae consigo el orden, está acompañada del rechazo de cualquier derecho que aparezca como divino, natural o racional»³⁰

Con el tiempo, Schmitt fue acomodando sus ideas a la voluntad del Führer, a quién llegó a considerar como la “fuente suprema del derecho”³¹, para finalmente, posterior a la caída del nazismo arremeter contra sus anteriores posturas y aboga por la introducción de *principios de derecho* para evitar un desborde como del que fue en gran medida, un provocador.

Pareciera ser, que una exposición del Nacionalsocialismo, no estaría completa sin la correspondiente crítica de los “crímenes” cometidos en contra de la “humanidad.” Sin embargo, lo que se intentará hacer en el cierre de este apartado, es más bien una crítica a la crítica tradicional, representada en este caso por Houed. Esto, con la intención de no repetir una cuestión que está ampliamente tratada en prácticamente todos los espacios doctrinarios respectivos. No se vaya a pensar tampoco, que se trata de defender la postura nazi, simplemente se dedicarán brevemente las posteriores líneas a sanear algunas cuestiones problemáticas de orden argumentativo.

En lo referente, a Schmitt, y en general al nazismo, se le critica por parte de aquel autor, por proponer un modelo jurídico que no toma en cuenta los “condicionamientos objetivos de ningún derecho supra-positivo”³², sin embargo, tal crítica podría llegar a ser objetada por lo siguiente:

En primer lugar, olvida el Dr. Houed, que Hitler sí aludía a cuestiones “supra-positivas” como él las llama, ya que hacía referencia a conceptos como el

³⁰ Schmitt, C., citado en Houed, M., *Ibidem*, p. 76

³¹ Schmitt, C *Ibidem*, p. 77

³² Schmitt, C *Ibidem*, p. 80

de “nación” “La Gran Alemania”, “el sentimiento del pueblo”, etc. Ese, sin embargo, no es el problema de fondo. Una postura como la que adopta Houed, es igualmente criticable, porque hace alusión, igual que Hitler a un *cognotivismo axiológico*, por lo que aludir a “X” o “Y” principio, nunca será una barrera práctica para ningún régimen. Tómese en cuenta, por ejemplo, que en toda guerra ambos bandos siempre se consideran dueños de la “Justicia”, la “Razón” o cualesquiera otras *fórmulas vacías*, para lograr sus objetivos. Al respecto, se ha dicho que estas últimas son:

«una expresiones retóricas usadas indistintamente para adornar los programas más variados, pues ellas son todo lo vagas que hace falta para no comprometer a nada específico, en discursos de orden político, moral, jurídico y otros. Justamente por ese su carácter de ‘vacías’, o semivacías, nadie se priva de bendecirlas y aceptarlas sin la menor dificultad»³³

Como se observa, fácilmente se podría haber justificado el Tercer Reich inclusive, desde los “Derechos Humanos”, “Dios”, “Principios Generales del Derecho”, etc. Porque en definitiva, se trata de una cuestión, [precisamente] de utilizar esta clase de *conceptos indeterminados*, para apelar a los sentimientos de las personas y nublar el razonamiento. Entonces, a quien pretenda que con una posición proveniente del *objetivismo axiológico*, se puede evitar la instauración de un régimen como el referido, lo único que se le puede decir es que tal aspiración necesita de un contenido mucho más explícito y concreto en aras de no fracasar. La *higienización* del lenguaje y la atención a este tipo de estrategias argumentativas, se presentan como una buena medida preventiva.

³³ Haba, E., Elementos Básicos de Axiología General, 2008, p. 141

I.IV El Derecho penal del enemigo.

Supongo que tendrá usted curiosidad por saber cómo puede ser un hombre que no quiere a los hombres. Pues bien, soy yo, los quiero tan poco que de inmediato voy a matar una media docena de ellos; quizá se pregunte: ¿por qué sólo media docena? Porque mi revólver no tiene más que seis cartuchos.

(Jean Paul Sartre)

El tema que se tratará a continuación, es quizás, uno de los puntos centrales de las discusiones doctrinarias y político-criminales actuales alrededor del mundo. De la mano de ello, se ha constituido en el eje de acaloradas disputas, que muchas veces no admiten puntos intermedios. Tal aspecto, será estudiado, no con la pretensión ilusoria de resolver la cuestión, sino, simplemente de lanzar una luz sobre el vehemente debate que se genera sobre este concepto, a fin de colaborar a *disolver* (Waissman) algunos de los problemas (o pseudo-problemas) que se han planteado en relación con el mismo.

El concepto de Derecho penal del enemigo (en adelante DPE), fue introducido en la discusión jurídico-penal, por el Prof. Alemán G. Jakobs, quien en 1985 en un congreso celebrado en Frankfurt expuso sus ideas, en principio descriptivas, sobre la evolución y el rumbo que el Derecho penal estaba tomando. De hecho, inicialmente se entendió el concepto como una «categoría analítica con

potencial crítico»³⁴. En este sentido, debe hacerse la prevención antes de desarrollar la categoría bajo estudio, de que el DPE puede visualizarse desde dos puntos de vista. El primero de ellos, como se vio anteriormente, es de corte descriptivo, según el cual se sacan a la luz ciertas prácticas del Derecho penal, que se muestran divergentes a las comúnmente aceptadas en los Estados de Derecho de la actualidad. La segunda acepción del término, es la normativa, según la cual el DPE es el ideal a seguir y debe ser instaurado como herramienta para garantizar la seguridad.

Tan solo con una precisión tan simple como la anterior, se evitarían gran cantidad de conflictos sobre el DPE, cuya discusión ha sido marcada por la emotividad y las “tomas de bando” *a priori*. Sobre este punto se regresará después. Para poder darle contenido al DPE, Jakobs explica previamente lo que es el “Derecho penal del ciudadano”, y a partir de este, explicar por contraste y comparación aquel. Sobre esto, ha sido dicho que:

«Tal disminución del sujeto forma parte de una especie propia de Derecho penal que debe distinguirse con claridad del Derecho penal ciudadano: el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal ciudadano optimiza esferas de libertad.»³⁵

«El concepto de Derecho penal del enemigo designa el polo conceptual contrario al “Derecho penal del ciudadano” y, con ello, también la contraparte de la figura ideal del Derecho penal en un Estado civil de Derecho (...)

³⁴ Neumann, U., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá- Gómez-Jara Díez, 2006, p.392

³⁵ Jakobs G., citado en Müssig, B., *ibidem*, p.384

(...)El Derecho penal del enemigo se caracteriza por [el] hecho de que el delincuente es interceptado mucho antes de la lesión del bien jurídico y se lucha contra él por su peligrosidad.»³⁶

Se sigue de lo anterior, que frente al ciudadano, la sanción penal viene a significar una verdadera comunicación por parte del Estado reafirmando la “vigencia de la norma”, mientras que en contra del enemigo, respecto del cual no existe una “expectativa de conducta” adecuada al ordenamiento jurídico. Dicha expectativa de conducta, se analiza en un estadio previo a la lesión del bien jurídico, por lo que:

«La concepción de un Derecho penal del enemigo sólo es (efectivamente) imaginable como Derecho penal de la actitud interna, como un Derecho penal de autor coherente: el punto de partida de un Derecho penal de enemigo está en el pronóstico de una falta permanente de fidelidad al ordenamiento jurídico, es decir, un pronóstico relativo a una actitud interna o posición del “autor”, en esta medida: una disposición.»³⁷

«Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida.»³⁸

Una cuestión interesante, es precisamente lo referente a la “disposición” que se indica en la cita anterior, ya que es mediante la definición de los términos y condiciones de ese aspecto, que se podría aplicar normativamente el DPE. Müssig, exterioriza su preocupación sobre el punto indicando que las

³⁶ Scheerer, S., Böhm, M., Víquez, K., ibídem, p. 918-919

³⁷ Müssig, B, ibídem, p.388

³⁸ Jakobs, G., y Cancio Meliá, M., Ibídem, 2003, p. 37

consecuencias son «imprevisibles»³⁹, lo cual no deja de ser cierto, ya que el contenido del DPE se le deja a las esferas del Estado con potencial decisivo político-criminal. Sin embargo, existen características que sí pueden ser detalladas:

«a) el importante adelanto de la punibilidad, b) una pena desproporcionada en estos tipos, c) el paso a una “legislación de lucha”, y d) la supresión de garantías procesales»⁴⁰

«En su planteamiento, tomar en consideración aquella realidad interna de un sujeto que todavía no se ha manifestado hacia fuera “degrada” al ciudadano a enemigo»⁴¹

La idea central, como ya se habrá notado, radica en torno a la “seguridad”, la cual se impone como “interés superior” por encima de los “derechos” que pueda tener la fuente del peligro que se desea combatir, esto es, el “enemigo”. Una anotación importante, es que probablemente, gran parte de la acalorada disputa sobre el DPE, se deba a que muchos de los términos medulares en la misma, son altamente polisémicos, con una carga emotiva importante. Al respecto, parece atinada la opinión de Orce, que en lo conducente menciona que:

«Las discusiones sobre casos difíciles están todavía dominadas por el peso de las palabras que intervienen en ellas y por la negativa a asumir la tarea de pensar qué debe hacerse cuando los hechos nos enfrentan a decisiones trágicas. Sin embargo, cuando el peso de las palabras no interfiere, por las razones que fueras –históricas, de corrección política- las decisiones más radicales parecen

³⁹ Müssig, B., Opus cit.33, p. 389

⁴⁰ Neumann, Ibidem. p. 394

⁴¹ Schulz, L., Ibidem, p. 941

abrirse paso de manera no problemática, aún cuando sus efectos centrales – despersonalización, pérdida de derechos básicos- sean más extremos que aquellos a los que se arribaría como consecuencia de la idea estigmatizada.»⁴²

Ahora bien, no se trata únicamente de una cuestión de acuerdo entre interlocutores acerca de los términos, ya que inclusive en la acepción descriptiva del DPE se asoma una especie de trampa lingüística que Jakobs extiende con el fin de protegerse:

«Evidentemente, sabe que no es posible una descripción inocente, porque hay términos teóricos, esto es, conceptos de disposición que están en la base de la constatación de lo empírico (...) El tipo se convierte en ficción cuando las hipótesis a él vinculadas son inmunizadas frente a la constatación o refutación empíricas. En tal caso, la ciencia se convierte, en cierto modo, en *ciencia ficción*, tal como la cuenta Jakobs de modo dramático e interesante.»⁴³

Lo el citado autor intenta argumentar por medio de dicha crítica, podría aclararse recurriendo al concepto de la *definición persuasiva*, que a grandes rasgos se explica de la siguiente manera:

«Formular una “definición persuasiva” es, por lo tanto, *recomendar* un ideal, modificando el significado descriptivo de una palabra sin cambiar su significado emotivo. Otras veces lo que se procura es *destacar la importancia* de ciertos aspectos o circunstancias que se consideran injustamente desatendidos.»⁴⁴

⁴² Orce, G., *Ibidem*, p. 435

⁴³ Schulz, L., *Ibidem*, p. 949

⁴⁴ Carrió, citado en Haba, P. Ob. Cit., p. 141

En otras palabras, con la supuesta descripción que realiza Jakobs asistíendose del concepto del DPE, lo que logra es que tal acepción descriptiva se transforme en normativa, aduciendo que no hay alternativa frente al mismo, y que un DPE fragmentado como se encuentra en la actualidad es más peligroso que uno plenamente regulado en el Ordenamiento Jurídico, sin embargo, no se ve por qué debería tomarle la palabra en ese sentido, ya que ambas afirmaciones son susceptibles de constatación.

En cuanto a lo persuasivo de su discurso, se ve claramente como utiliza conceptos como el de “terrorista”⁴⁵ para justificar la “necesidad” de la puesta en práctica del DPE, sin embargo, este término altamente emotivo, llama a confusión, ya que en la historia se pueden utilizar múltiples ejemplos de “terroristas” con los cuales sería más difícil estar de acuerdo en un tratamiento como “enemigos”, Vg. Quienes atentaban contra el poder de Hitler, los cabecillas de la Revolución Francesa y hasta el mismo Moisés, los cuales tiene en común, una rebelión contra el poder vigente, que parece ser el ideal último de Jakobs⁴⁶.

La definición persuasiva de Jakobs, es, que el “Estado” como “fórmula vacía” se asocia directamente con “lo bueno”, y todo aquel que se le oponga, necesariamente se asociará con “lo malo”. En el uso de Jakobs de la palabra “Estado”, se encuentra ínsita la bondad, lo cual probablemente, sea una consecuencia directa del asidero filosófico que utiliza dicho autor como fundamento de su teoría, a saber Hobbes y Kant. Sobre este último punto, se le ha criticado el haber hecho una interpretación desatinada de las teorías de estos autores.⁴⁷ Sin embargo, dejando de lado tal precisión, para más importante el

⁴⁵ Jakobs, *Ibidem.* (nota 33), p. 77

⁴⁶ Como ejemplo de la afirmación hecha, piénsese en la llamada “loi de la Grande Terreur” o Ley de 22 Prairial, la cuál fuera decretada el 10 de junio de 1794, simplificando el “proceso” penal de la Revolución, a uno de tipo sumario, con mecanismos de defensa harto escasos para el acusado.

⁴⁷ Al respecto, Schunemann, B., como en nota 34, p. 977

hecho de resaltar que si se pasa por alto la presente crítica al DPE, sí podría resultar muy sencillo utilizar la creación de Jakobs para legitimar prácticamente cualquier campaña de autoritarismo estatal, con consecuencias que podrían llegar hasta puntos realmente poco deseables. (*supra* I.III)

Sección II: Ejemplos y Conclusiones

Para efectos de no alejar la discusión precedente de lo cotidiano, pudiendo caer en el error de pensar que tales cuestiones pertenecen a otros puntos geográficos, u otras épocas, se procederá a repasar dos ejemplos muy puntuales de la actualidad de las discusiones referidas.

II.I Ejemplos Prácticos

Ejemplo A: Recientemente, aconteció un suceso que muchas personas alrededor del mundo occidental celebraron por todo lo alto. Tal hecho fue la ejecución, en una operación militar estadounidense, de Osama Bin Laden. Al respecto, es común ver opiniones como la de Jorge Vargas Cullell que celebra el éxito de la misión estadounidense y afirma que:

«Obama obtuvo una victoria que, de paso, desarma las acusaciones de timorato que los republicanos le habían endilgado.»⁴⁸

En este caso, se tiene a una persona la cual no fue sometida a un juicio, ni se le comprobaron sus actuaciones más allá del dicho de las autoridades internas de un gobierno (que poco o nada tienen que ver con una investigación judicial) y

⁴⁸ La nación, Sección de opinión, 12 de mayo de 2011. Localizable en la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-05-12/Opinion/ColumnistaDelDia/Opinion2775437.aspx>

se le liquida a manera de objetivo militar. Esto es palabras más, palabras menos, derecho penal del enemigo en su máxima expresión. Más llamativo que el hecho en sí, resulta la reacción de la opinión del público ante el mismo, ya que se celebra el 'triumfo de la libertad' sobre los 'otros', los 'enemigos', los que se oponen al Estado y por ende no pueden ser tratados con los mismos derechos que un ciudadano. Y resulta llamativo, porque la percepción general es que las acciones emprendidas por el gobierno norteamericano no tuvieron una oposición tan fuerte como la postura de Jakobs, lo que refleja una "doble moral" a la hora de juzgar una teoría por un lado, y a la hora de actuar en la práctica.

Otra opinión que refleja lo anterior, nuevamente se encuentra en el editorial del mismo periódico cuando se afirma categóricamente que:

«(L)a desaparición de este corruptor de juventudes e instigador perenne de obras cruentas, beneficia al mundo.»⁴⁹

Si la desaparición de ciertos individuos beneficia o no al mundo, y en qué sentido, son cuestiones que están por verse y, además, escapan de la presente discusión. Lo que acá interesa, es observar cómo se tiene el uso DPE como la solución ante individuos molestos o peligrosos. Nuevamente, sería muy difícil que tal postura se admitiera puesta de manifiesto, pero la incongruencia entre el actuar y las "convicciones internas" obedece en gran parte a la *ética infantilista* (Hospers) que se encuentra tan difuminada.

Como muestra final, se procede a exhibir las coloridas palabras de Carlos Vílchez Navamuel:

⁴⁹ La nación, Sección de opinión, 6 de mayo de 2011 localizable en la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-05-07/Opinion/Foro/Opinion2770475.aspx>

«Entendemos que nadie debería alegrarse por la muerte de un semejante, sin embargo, resulta muy difícil no hacerlo, la idea de la justicia nos invade a todos, para los afectados directos, el sentimiento debe ser mucho mayor.»⁵⁰

Ejemplo B: Un caso mucho más cercano a la realidad nacional, es la actual “lucha” contra las *Maras* o pandillas juveniles. En El Salvador, la política criminal se ha volcado por completo en procura de la eliminación de este problema. Para lograrlo, se han utilizado prioritariamente el llamado “Plan Mano Dura”, así como las “Leyes Anti Maras”.

«El Plan Mano Dura es ‘un esfuerzo de focalización policial en sectores afectados por la actividad de grupos de pandilleros o maras, cuyo fin es la detección y captura masiva de miembros de estas organizaciones»⁵¹

Por su parte, se dice que:

«La primera ley Anti Maras y su sucesora, son ambas, leyes penales especiales, en tanto se dirigen a un grupo particular de personas, cual es el de las y los miembros de pandillas. Respecto a tales grupos se establecen reglas penales y procesales penales especiales, se crean tipos delictuales particulares y se instauran procedimientos ad-hoc para el juzgamiento.»⁵²

A simple vista, las descripciones de la política criminal salvadoreña adoptada para combatir tales problemas, encajan prácticamente sin ningún esfuerzo dentro de la concepción del DPE. Inclusive, se penaliza la sola

⁵⁰ Diario Extra, Sección de opinión, 9 de mayo de 2011 localizable en la dirección electrónica: <http://www.diarioextra.com/2011/mayo/09/opinion05.php>

⁵¹ Salazar Flores, L., Ensayos sobre justicia juvenil, p. 78

⁵² Salazar Flores, L., Opus cit. p. 79

pertenencia a una Mara, lo cual implica una reacción jurídico-penal, en un estado previo a la lesión del bien jurídico, castigando una “forma de vida” y neutralizando “fuentes de peligro”. Además, se define la Mara como: «Aquella agrupación de personas que en su accionar afecten la convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbre o la seguridad ciudadana»⁵³ Esto último es importante, por que como se recordará, el uso de fórmulas vacías como sustento para el castigo, fue sumamente utilizado durante la vigencia del régimen Nazi en Alemania, por cuanto dan toda la movilidad necesaria para el desborde sin límites del poder punitivo.

II.II Conclusiones del Capítulo

Uno de los arribos más importantes que se pueden vislumbrar en el presente apartado, es el álgido punto acerca de la mejor manera de castigar. No hubiese sido ni académicamente provechoso, ni jurídico penalmente pertinente, acabar con este estudio sin tocar al menos la cuestión valorativa sobre cual resultaría ser el mejor sistema jurídico penal. ¿Será acaso el cuestionado Derecho Penal de Autor en cualquiera de sus vertientes o acepciones, quién nos pueda llevar por camino correcto? ¿O, llegaremos a buen puerto, por el contrario, siguiéndole la trayectoria al Derecho Penal del Acto?

Independientemente de ciertas precisiones básicas que atañen al cuestionamiento plasmado arriba, Vg. La ubicación espacio-temporal de la pregunta⁵⁴ o el interlocutor que realiza la misma⁵⁵, se debe tomar en cuenta el concepto de *fundamento* (Popper). Al respecto, es importante mencionar que el fundamento de un argumento o de una postura cualquiera, es el punto axiomático

⁵³ Salazar Flores, L. *Ibíd.*

⁵⁴ ¿En cuál región y en qué época será mejor X o Y?

⁵⁵ ¿Para quién, o quiénes, será mejor X o Y?

original de la misma. En otras palabras, el fundamento implica una *frontera de imposibilidad lógica* porque entre dos personas cualesquiera, que inicien una discusión valorativa sobre algún tema, el fundamento será el mínimo que cada uno de ellos debe estar dispuesto a conceder antes de iniciar la disputa. Si el mismo no está claro, o, sí no se tiene un consenso sobre el mismo la discusión podría derivar en la esterilidad.

Es evidente, que a pesar de que se tengan los mismos fundamentos, la conclusión entre ambos contendientes no necesariamente será la misma, por lo que el fundamento es necesario para la discusión fértil, pero no es suficiente para dar pie a una postura determinada. Un ejemplo: si lo que se busca es la manera de castigar más adecuada, se ha de tener claro cuál será el fundamento mínimo que se ha de estar dispuesto a conceder, sea la libertad personal, la dignidad humana, la soberanía estatal o cualquier otro. Una vez especificado tal punto, se puede iniciar la discusión sobre cuál modelo será más apropiado para el axioma fundamental (aquel que se había elegido como fundamento).

Ahora bien, según se explica gracias al «*Trilema de Münchhausen*⁵⁶» desarrollado por Hans Albert, los fundamentos, necesitan de otros fundamentos, al igual que estos necesitarán otros, y así sucesivamente. Como ya se podrá adivinar, la consecuencia de ello es que nunca se podrá salir de ese circuito cerrado. Ante la tautología del problema, lo único que queda por reconocer junto con Albert, es que los fundamentos no tienen uno.

⁵⁶ En clara referencia a la fábula del Barón de Münchhausen, según la cuál en una de sus muchas historias, el personaje se hala de su propia cabellera para no caer presa en una ciénaga. La imagen es utilizada como ejemplo metafórico por Albert, para poner de manifiesto que siempre se tendrá que acudir a otro fundamento para sostener uno anterior. Es decir, ante cualquier postulado, las alternativas finales para su justificación han de ser tres necesariamente: la regresión infinita, el circuito lógico (tautología) o el dogmatismo. Al respecto véase Albert. H., : Tratado sobre la razón crítica (1968)

Las anteriores elucubraciones, que a simple vista podrían no tener nada que ver con la pregunta que originó las mismas, son de vital importancia, pues siendo el dilema de la elección del Derecho Penal de autor y del Derecho Penal del acto, también, una cuestión de fundamentos, se debe tener claro que la inclinación por uno u otro será una cuestión de Política Criminal, la cual es finalmente arbitraria.⁵⁷ A manera de respuesta, se tendrá que decir entonces que una alternativa superará a la otra, según la Política Criminal que se encuentre instaurada, de acuerdo, con las circunstancias que rodeen el caso concreto.

Sin embargo, no ha de pensarse que no se llega a ningún lado escudados en Albert y su trilema. Ciertamente, se puede llegar a decidir por una u otra escuela, atendiendo a un criterio utilitarista. Si se libra de arbitrariedades, se toma como “barra de medida” la congruencia y se someten las propuestas a un análisis *tecnológico* (de medios a fines), entonces se podrá elegir la opción más atrayente (siempre se habrá de partir de algún fundamento) y más conveniente según la solución que se quiera.

En palabras simples, a la hora de decidir el Derecho penal de autor, o el Derecho penal del acto, se ha de tener en cuenta que la decisión es tomada de manera *estipulativa* o como herramienta de trabajo, y a partir de ahí continuar tomando medidas en concordancia. De tal suerte, que sea cual fuere el fundamento original (o estipulado previamente) se trabaje de la manera más eficiente posible, tomando en cuenta la mayor cantidad de variables sociales como sea posible; ya que entre más se analicen, más se podrán hacer concordar. Evidentemente, este es un proceso perfectible, nunca perfecto, pero al menos es un acercamiento consciente de la realidad, y no una confianza ciega en un

⁵⁷ No solo como lo demuestra la historia, sino que inclusive en un ejercicio hipotético mental, el camino más lejano en un caso, y más corto en algún otro, terminará indistintamente llevándonos al mismo punto.

fundamento “último” y “verdadero”, como se quiso hacer con el nazismo, por ejemplo.

II Capítulo

Esto significa que toda parte de la ciencia es marginal y que la apelación al conocimiento de los expertos no es nunca un argumento válido.

(Paul K. Feyerabend)

Se tratará en el presente capítulo de abarcar parte del tema central del estudio, de tal suerte, que se puedan esclarecer algunos mitos en torno a la psicología en general, y la psicología forense (cual es el tema que nos ocupa). En este sentido, se tratará de buscar aspectos comunes de esta materia, los cuales servirán de base al analizar en el capítulo tercero los dictámenes psicológicos forenses. De esta manera, se contarán con bases sólidas a la hora de llevar a cabo dicha tarea.

Sin embargo, de previo a realizar tal estudio es pertinente detenerse un poco en la discusión acerca de la fiabilidad de las ciencias en general. Gracias a ello, se extraerán problemas propios de la filosofía de la ciencia, para efectos de acercarlos a la psicología propiamente dicha. Tal es la pretensión de la sección que se presenta a continuación. Vale la pena tomar unos instantes para considerar la importancia de este segundo aspecto. Ello, por cuanto, a pesar de que en principio podría pensarse que el análisis propuesto carece de una relación relevante con el resto del trabajo, nada podría estar más alejado de la realidad, ya que como se verá más adelante⁵⁸ los peritajes psicológicos forenses, son

⁵⁸ infra, Capítulo III.

utilizados día a día en el proceso penal costarricense como una herramienta científica más. Esta herramienta, guiará o servirá de ayuda al juzgador, a la hora de exponer su criterio en un determinado caso. Como se puede ver, entonces, es importante tener claro lo que se entiende por "científico", y cómo se debe analizar este aspecto.

Acerca de la valoración que realiza el juez de los peritajes se volverá, (y problematizará) posteriormente. Sin embargo, baste por ahora con tener en cuenta que la razón de ser de toda la Sección de Psicología Forense, (Adscrita al OIJ) es precisamente ese carácter científico, objetivo y fiable. Sobre estas y otras cuestiones versarán las consideraciones que siguen.

Sección I. Sobre la ciencia, su método y la confiabilidad de ambos.

El señor Turnbull había predicho malas consecuencias... y luego hacía todo lo que podía para provocar el cumplimiento de sus propias profecías.

(Anthony Trollope)

Se desarrollarán algunas dificultades propias de la psicología forense, en el presente apartado. Tal acercamiento al problema, tendrá lugar en dos planos: uno primero, según el cual se analizarán dificultades epistemológicas de la ciencia en general (propias de la discusión de la filosofía de la ciencia). En ese primer momento, se expondrán algunas de las tesis más difundidas al respecto, contrastándolas y relacionándolas entre sí, según corresponda. Con ello se

pretende establecer, que el asunto del carácter científico de una teoría, o de una disciplina inclusive, no es algo sencillo y dependerá de una amplia gama de factores de análisis.

Dicho análisis podría incluirse, dentro del campo de la denominada "filosofía de la ciencia". sin embargo, como es sabido, una revisión sistemática de la discusión sobre la ciencia a través de la historia, escapa claramente de los límites propuestos para la presente investigación. Por esta razón se circunscribirá la revisión de la discusión académica al S. XX, para efectos de tener una idea del estado más o menos actual de la misma.

Lo que se pretende con este primer acercamiento al problema, es tomar las salvedades que puedan ser realizadas en aquel sentido, para la luego ponerlas en evidencia, a la hora de analizar los pormenores propios de la psicología forense. Con ello, se logrará hacer un acervo considerable de advertencias que serán retomadas a la hora de analizar los dictámenes producidos por los profesionales de la psicología.

I.I Los detractores del método.

Al hablar de ciencia, lo primero que se viene a la cabeza del hombre medio, probablemente, será una serie de conocimientos objetivos y que al menos momentáneamente, se revisten de un carácter de verdad. En efecto, cada vez que se señala un nuevo "descubrimiento científico", las personas en general, comúnmente actúan de acuerdo con el mismo, sin el más mínimo reparo. Se toma el ejemplo de los alimentos: no es extraño, observar como cuando se publica alguna novedad en cuanto a cierta propiedad benevolente para el organismo de un comestible (Vg. el huevo), que las personas aumenten el

consumo de este. Lo paradójico del asunto resulta, cuando aparece otra publicación que indica efectos nocivos del mismo producto. La reacción de las personas normalmente será, como es de esperar, disminuir el consumo de tal producto.

Con este primer acercamiento, se ve como el asunto de la ciencia no parece desde ya, tan sencillo como se creía. Más problemático aún que un determinado conocimiento, será el punto acerca de cuándo se puede considerar científica a una disciplina en particular. Aún más, concediéndole carácter de científico a un campo del conocimiento 'x', ¿será posible establecer si dicha disciplina 'x' será más científica que otra disciplina 'y'? ¿Cuáles serán las implicaciones de tal cuestionamiento?

Al respecto, es llamativo ver declaraciones como la siguiente:

« (M)e asombré ante el número y el alcance de los desacuerdos patentes entre los científicos sociales, sobre la naturaleza de problemas y métodos científicos aceptados. Tanto la historia como mis conocimientos me hicieron dudar de que quienes practicaban las ciencias naturales poseyeran respuestas más firmes o permanentes para esas preguntas que sus colegas en las ciencias sociales. Sin embargo, hasta cierto punto, la práctica de la astronomía, de la física, de la química o de la biología, no evoca, normalmente, las controversias sobre fundamentos que, en la actualidad, parecen a menudo endémicas, por ejemplo, entre los psicólogos o los sociólogos.»⁵⁹

Estos desacuerdos en las ciencias, hacen desde ya, tener que tomar una pausa y meditar un poco al menos sobre el asunto. En aras de ello, se debe mirar

⁵⁹ Kuhn, T., La estructura de las revoluciones científicas, 1985, p. 13

al método científico. Es común la impresión general, que se maneja con respecto a dicha herramienta, que si se siguen al pie de la letra las indicaciones y pasos del método científico, se llegará a obtener datos libres de toda subjetividad, y a *contrario sensu*, objetivos. Ello, por consiguiente, los revestirá dichos datos de un carácter de confiabilidad óptimo. No obstante lo anterior, Kuhn explica cómo, si se observa realmente la historia de la ciencia, tal imagen no puede ser vista sino como una ficción atribuible al lenguaje persuasivo de los mismos libros de ciencia.⁶⁰ Efectivamente, el recuento usual en estos, de los descubrimientos e investigaciones científicas, tienden a pecar de caricaturescos, lo que ayuda a contribuir al mito de que la historia de la ciencia ha sido un proceso uniforme de suma de datos cada vez más certeros, avanzando siempre hacia la verdad de las cosas y sin conocer mayores desvíos. Sobre ello:

«Cuanto más cuidadosamente estudian [los historiadores] por ejemplo, la dinámica aristotélica, la química flogística o la termodinámica calórica, tanto más seguros se sienten de que esas antiguas visiones corrientes de la naturaleza, en conjunto, no son ni menos científicos, ni más el producto de la idiosincrasia humana, que las actuales. Si esas creencias anticuadas deben denominarse mitos, entonces estos se pueden producir por medio de los mismos tipos de razones que conducen, en la actualidad, al conocimiento científico.»⁶¹

En la revisión histórica que realiza Kuhn, se señala como en los más diversos campos de estudio (Vg. la óptica, electricidad, etc.) se han dado pujas entre diferentes escuelas que apoyan una u otra teoría. Estas pujas, no se asemejan casi en nada con una discusión objetiva, ya que se encuentran sesgadas por los más diversos elementos. Por ejemplo, factores económicos,

⁶⁰ Kuhn, T *Ibídem*, Opus cit. p.20

⁶¹ Kuhn, T *Ibídem*, p.22

intereses personales, presiones sociales, etc. Es fundamental en este enfoque, el aspecto del "paradigma" que desarrolla el autor, ya que es gracias a él que las disputas acaban, entendiendo por paradigma aquel logro científico sin precedentes, con lo cual se logra la afiliación de la comunidad científica, y que además, dejará una gama de aspectos sin resolver, tarea a la cual se avocará entonces la nueva comunidad científica que comparte el paradigma.

Entonces, el paradigma, es el que pone fin a las disputas, hasta que es reemplazado por uno nuevo. Lo importante del mismo, es que limitará el campo y la forma de las investigaciones, lo cual influirá en la manera en que "se hace ciencia". La etapa previa al surgimiento de un paradigma, implica la lucha de escuelas antes referida y un verdadero caos en las direcciones investigativas, ocasionando que no se puedan descartar hechos como impertinentes para el desarrollo de la ciencia en general.

«(...)»⁶² es extraño que, en las primeras etapas del desarrollo de cualquier ciencia, diferentes hombres, ante la misma gama de fenómenos -pero, habitualmente, no los mismos fenómenos particulares- los describan y los interpreten de modos diferentes»⁶²

Valdría la pena preguntar al respecto, acerca de si la psicología, al ser una ciencia relativamente joven ha encontrado ya algún paradigma. Sobre este cuestionamiento, se volverá más adelante en la sección subsiguiente. Por otro lado, resulta ilustrador el ejemplo de la importancia práctica del paradigma, que brinda Kuhn sobre la astronomía y la astrología, según el cual, es en virtud de la no aceptación del paradigma, que se excluye a esta última de la comunidad científica, más allá de la validez que pudiera tener. Definitivamente, la historia de

⁶² Kuhn, T *Ibidem*, p.43

la ciencia, vista desde esta óptica no es nada despreciable en cuanto a sus implicaciones prácticas sobre la imagen que se tiene de la ciencia.

Otro enfoque crítico de la ciencia, lo brinda Horkheimer, quién enfrenta severamente al *positivismo*. Según él, no solo la historia de la ciencia sale en apoyo de la desconfianza hacia el método científico. Además, de dicho aspecto, es la actitud científica actual la que viene a constituir un elemento a tener dentro de consideración. Ello por cuanto, dentro de la óptica del mencionado autor (quién es además, uno de los mayores detractores del *empirismo*) la comunidad científica se comporta de manera dogmática ante quienes no comparten sus lineamientos metodológicos:

«¿(A) caso la doctrina *neopositivista* no es tan dogmática como la glorificación de cualquier entidad absoluta? Los *neopositivistas* quieren inducirnos a adoptar una “filosofía de vida científica o experimental en la que todos los valores sean examinados de acuerdo con sus causas y efectos”»⁶³

Lo dicho, puede evidentemente relacionarse con lo expresado por Kuhn, en el sentido de que quienes a través de la historia, no aceptaron el nuevo paradigma, fueron excluidos de la comunidad científica. Haciendo eco de lo anterior, dice Horkheimer nuevamente de manera lapidaria que:

«La ciencia pisa terreno dudoso cuando trata de reivindicar un poder de censura cuyo ejercicio por otras instituciones denunció en tiempos de su pasado revolucionario.»⁶⁴

⁶³ Horkheimer, M., *Crítica de la Razón Instrumental*, 1969, p. 81

⁶⁴ Horkheimer, M., *Opus cit.*, p. 82

Sobre tal punto, Horkheimer apunta mucho más allá, y hasta compara a los empiristas con Platón. Todo ello para sembrar la sospecha de que el pensamiento “libre” se ve acorralado, y hasta expulsado, del terreno científico cuando aquel no se somete a los reglamentos de este. Empero, merece ser señalado que este autor hace una especie de *muñecos de paja* de los positivistas, ya que nunca es realmente contundente en cuanto a las implicaciones de tal actitud “dogmática” en relación con la validez o no de las diversas teorías. Sin embargo, ello no obsta para que se registre su opinión al respecto, y que la misma sea tomada en cuenta a manera de advertencia y propuesta de discusión.

Otro crítico del método científico, como Feyerabend, ataca a los “científicos” duramente y en un sentido similar al del autor anterior, sobre ello, valga traer a colación un breve fragmento de su diálogo imaginario que resulta bastante ilustrativo:

«A. Nadie se puede tomar en serio la astrología.

B. Siento contradecirte, pero un montón de gente lo hace.

A. Nadie que tenga unos mínimos conocimientos científicos la toma en serio.

B. Por supuesto que no. Como que la ciencia, hoy en día es nuestra religión favorita.

A. ¿Te propones, de verdad, defender la astrología?

B. ¿Por qué no, si los ataques que recibe son infundados?

A. ¿No hay asuntos más importantes?

B. Nada es más importante que esto: impedir que la gente sea objeto de intimidaciones por parte de ignorantes presuntuosos. La astrología constituye también un ejemplo excelente de cómo los ignorantes-es decir, los científicos- con el concurso de otros ignorantes –los filósofos de la ciencia, por ejemplo- corren el riesgo de engañar a todo el mundo.»⁶⁵

Nuevamente, es posible observar como el carácter de dogma se le endilga a la ciencia. Sin embargo, como se habrá notado, todo ello se ha hecho hasta el momento en las diversas inclinaciones históricas que influyeron en una u otra postura científica, al margen de la validez de las mismas. Parece ser entonces, que el asunto de la ciencia no es tan sencillo como se antojaba inicialmente y, que, independientemente de que nos encontremos de acuerdo con los autores señalados, sí se debe reparar en atender sus objeciones.

Así por ejemplo, sería difícil estar en desacuerdo con Feyerabend, en cuanto a su postura de que la ciencia no es la única fuente de conocimiento, y, que cualquier división o clasificación que se haga del mismo (para deslegitimar o apoyar a uno sobre otro) será arbitraria. Sobre ello:

«Piensa en los científicos que trabajan en un cierto campo de investigación. Parten de supuestos básicos que casi nunca ponen en duda, consideran sus métodos experimentales como si fuesen los únicos procedimiento lógicos, y la investigación consisten en *utilizar métodos y supuestos básicos, no en analizarlos*

⁶⁵ Feyerabend, P.K., Diálogo sobre el método, 1990, p.,24-25

(...) (L)as investigaciones se definen según unos supuestos de los que ya no se es consciente, y una investigación que se desarrolle de modo diferente, se la considera impropia, no científica, absurda.»⁶⁶

Feyerabend ataca la confianza en la ciencia, con un criterio estadístico de aciertos. Así es como defiende la Astrología por sobre, investigaciones contra el cáncer. Demuestra entonces, como aquella ha demostrado tener mucho más éxito en sus “investigaciones” que esta última. Por ejemplo, han fallado los científicos actuales, no solo en encontrar una cura contra el cáncer, sino también, en explicar fehacientemente sus causas. La validez parece abandonar a la ciencia, al menos en el ejemplo señalado por Feyerabend, sin embargo, es posible establecer un contraataque contra esta postura tan radical, como se verá a continuación, desde Popper.

I.II En defensa de la ciencia...

Se topa en la vereda de enfrente con la opinión más distendida acerca del conocimiento científico. Dicha postura, se puede resumir más o menos, aduciendo que gracias a la ciencia y al método científico, se puede acceder a unos conocimientos objetivos. Siguiendo esta línea, se cree que además, de dicha característica, los datos a los que se arriba gracias a la ciencia son ciertamente, más confiables que cualesquiera otros datos que puedan ser conocidos por algún otro campo (metafísico, si se desea).

En defensa de esta vertiente, se exponen las siguientes opiniones para efectos de clarificar la misma mediante algunos de sus interlocutores más autorizados:

⁶⁶ Feyerabend, P.K., Opus cit., p., 40

«Sidney Hook afirma que la crisis cultural contemporánea surge de una “pérdida de confianza en el método científico”. Se lamenta de los numerosos intelectuales que se afanan por una verdad y un conocimiento que no son idénticos a la ciencia.»⁶⁷

«John Dewey ataca al antinaturalismo que “impidió a la ciencia completar su curso y dar cumplimiento a sus posibilidades constructivas”»⁶⁸

«Ernest Nagel, al discurrir sobre “filosofías malignas”, refuta diversos argumentos alegados por metafísicos, que le niegan a la lógica de la ciencia natural la condición de base espiritual suficiente para actitudes morales.»⁶⁹

Con estas tres opiniones, de autores defensores de la ciencia y su método, se observa la clara convicción y credibilidad que se le tiene a la ciencia y su método, como solucionadora de prácticamente cualquier conflicto. Al respecto, llama la atención de Nagel, para quién la ciencia puede inclusive ser “base espiritual” para regir dentro del campo de la moral. Otro autor que alguna vez expresó (incluso propuso un modelo, el llamado “cientificismo”) una opinión similar es Bunge. Aunque dicho punto no sea tan relevante para nuestro estudio, sí nos permite ver, como se dijo, cuanta confianza se le tiene a la ciencia.

En ese sentido, Bunge expresa que:

⁶⁷ Horkheimer, M., *Ibidem*, p., 71

⁶⁸ Horkheimer, M *Ibidem*. P.71

⁶⁹ Horkheimer, M *Ibidem*. P.71

«En todos los campos, la ciencia comienza estableciendo los hechos; esto requiere curiosidad impersonal, desconfianza por la opinión prevaleciente, y sensibilidad a la novedad.

Los enunciados fácticos confirmados se llaman usualmente “datos empíricos”; se obtienen con ayuda de teorías (por esquemáticas que sean) y son a su vez la materia prima de la elaboración teórica»⁷⁰

Para Bunge, entonces, la idea de *paradigma* expresada por Kuhn no reviste mucho significado, ya que con su argumento de la desconfianza por la opinión prevaleciente la descarta en cierto sentido. Se dice “en cierto sentido”, por que podría tratarse de desconfianza en una teoría en particular que no se pueda catalogar como paradigma, pero esto ya es mera especulación. En cualquier caso, se debe reconocer que la práctica diaria de los científicos, parece partir más bien, de un principio de confianza en lo establecido previamente. Así, las nuevas construcciones se llevan a cabo tomando como base teorías que son tomadas por ciertas. En ese sentido, el *paradigma* guía y limita la labor científica, debido a que esta se desarrolla a partir de aquel.

Además, de ello, Bunge llega a afirmar que la ciencia no deja campo para dudas en cuanto a los resultados que arroja. Tal afirmación no se le atribuye antojadamente, basta con tomar su palabra al respecto:

«El conocimiento científico es claro y preciso: sus problemas son distintos, sus resultados son claros. El conocimiento ordinario en cambio, usualmente es vago e inexacto.»⁷¹

⁷⁰ Bunge, M., La Ciencia, su Método y su Filosofía, 1967, p., 16

En este punto de la discusión, parece prudente hacer una pausa para efectos de “higienizar” un poco la disputa. En otras palabras, se ha venido haciendo referencia a ciertas limitaciones, por un lado, y virtudes, por el otro, de eso que se llama ciencia. No obstante, es válido el cuestionamiento acerca de a qué se le puede endilgar tal etiqueta.

Dicho aspecto ha sido objeto de tratamiento, y en lo conducente, Popper explica cómo él también se dedicó al asunto:

«Yo quería distinguir entre la ciencia y la pseudo-ciencia, sabiendo muy bien que la ciencia a menudo se equivoca y que la pseudo-ciencia a veces da con la verdad»⁷²

Popper se preguntaba, por lo que hacía diferentes a teorías como la de la relatividad de Einstein, de teorías como la del psicoanálisis de Freud, la psicología del individuo de Adler o el marxismo. Y continúa con la idea propugnada al principio de la siguiente forma:

«(N)o eran mis dudas acerca de la *verdad* de esas otras tres teorías lo que me preocupaba, sino alguna otra cosa. Tampoco consistía en que yo simplemente tuviera la sensación de que la física matemática era más *exacta* que las teorías de tipo sociológico o psicológico. Así, lo que me preocupaba no era el problema de la verdad, en esta etapa al menos, ni el problema de la exactitud o mensurabilidad. Era más bien el hecho de que yo sentía que esas tres teorías, aunque se

⁷¹ Bunge, M Opus cit, p., 21

⁷² Popper, K., Conjeturas y Refutaciones, 1972, p., 57

presentaban como ciencias, de hecho tenían más elementos en común con los mitos primitivos que con la ciencia;»⁷³

Sobre ello, debe indicarse que era más bien el “amplio poder explicativo” y la “infallibilidad” de dichas teorías lo que preocupaba a Popper. Esto por cuanto esa supuesta fuerza de verdad, lo que conlleva es una cierta vestimenta de dogma. Es decir, no son susceptibles de ser refutadas. El punto de la refutación es clave, ya que es gracias a esta, según Popper, que se podrá corroborar el carácter científico de una teoría.

Siguiendo esta explicación, se puede empezar a conciliar un poco la disputa inicial. Es decir, se ve como Feyerabend intenta defender a la astrología, apelando a criterios de validez. Horkheimer, hace lo propio en contra de la ciencia, atacando su actitud dogmática. Bunge, por otro lado, la defiende negando estos problemas; sin embargo, Popper se libra de críticas en uno y otro sentido, ya que no ataca la validez fuera del campo científico, critica la actitud dogmática y hace de la “refutabilidad” y la “testabilidad” sus caballos de batalla para resolver el problema de la «demarcación» entre lo científico y lo pseudo-científico. Así, logra atacar a campos como la astrología, sobrepasando la defensa que realizaba Feyerabend:

«La astrología no pasa la prueba. Impresionó y engaño mucho a los astrólogos lo que ellos consideraban elementos de juicio confirmatorios, hasta el punto de que pasaron totalmente por alto toda prueba en contra. Además, al dar a sus interpretaciones y profecías un tono suficientemente vago, lograron disipar todo lo que habría sido una refutación de la teoría, si esta y las profecías hubieran sido más precisas.

⁷³ Popper, K., Opus cit, p., 58

Para escapar a la refutación, destruyeron la testabilidad de su teoría.»⁷⁴

Todo esto resulta importante más no suficiente. Evidentemente, será útil saber cuándo nos encontremos ante un saber científico.⁷⁵ Pero, es menester aún, realizar una última advertencia, partiendo, inclusive, del hecho de que nos encontremos ante una teoría científica, en los términos “popperianos” antes mencionados.

La advertencia, transita por las precisiones que se hacen desde la segunda etapa del pensador austriaco L. Wittgenstein, en cuanto este señala que en el lenguaje no se encuentran totalmente divididas las categorías descriptivas y valorativas. Es decir, no existen términos que puedan ser ubicados enteramente dentro de un grupo denominado “descriptivo” al cual se le pueda endilgar la etiqueta de “libre de valoración”. Así, cada vez que la ciencia intente describir, por más cuidadosa que sea en el uso de sus términos, no podrá nunca librarse de un lenguaje que deje entrever una cierta valoración. En ese sentido es ilustrativo, el caso de la estadística, cuyos datos pueden ser manipulados para sesgar opiniones en una u otra dirección. Esto es:

«Algunos hablan de “el ser” y “el deber ser”, o de “lo que es” y “lo que deber ser”, o de “hechos” y “valores”, o de “afirmaciones de hecho” y “juicios de valor”; otros, de expresiones o teorías “descriptivas” y “prescriptivas”. Pero lo cierto es que cada una de estas expresiones tiene su propio y característico papel que desempeñar en el lenguaje. Sus implicaciones y significados distintivos; de este

⁷⁴ Popper, K., *Ibidem*, p., 61-62

⁷⁵ Como ya se mencionó líneas arriba, es precisamente ese carácter el que hace que la psicología forense se utilice día a día en los procesos penales. De no ser así, ¿Cómo podría explicarse, que gracias a ella, un juez se incline por imponer medidas de protección a una persona, y cárcel a otra?

modo, se ha señalado que la línea divisoria existente entre hechos y valores no es la misma que entre descripción y prescripción.»⁷⁶

Además, ha sido indicado que tal tendencia a seguir, la referida “dicotomía”, es dominante en las ciencias sociales, donde curiosamente es más sospechosa y susceptible de críticas. El punto clave de lo dicho, es que no existen palabras que pertenezcan al dominio exclusivo de la ciencia o de la metafísica. Ello dependerá, según Wittgenstein, del “juego del lenguaje” en el cual aparezca la palabra. Es muy importante además, señalar el hecho de que cada “juego” tendrá sus propias reglas o “gramática” correspondientes, por lo que en algunos casos, será fácil caer en confusiones provenientes Vg., del uso de una palabra comúnmente utilizada en la ciencia, pero esta vez en un juego del lenguaje perteneciente a un discurso valorativo.⁷⁷

A manera de recapitulación, se puede extraer las siguientes premisas:

- Se puede afirmar junto con Feyerabend, que no sólo de la ciencia se extrae el conocimiento.
- No por el hecho de que un determinado conocimiento, hay sido extraído por métodos diferentes a los de la ciencia, ello implica que sea menos válido.

⁷⁶ Pitkin, citada en Haba, Ob. Cit., p., 91

⁷⁷ Un ejemplo de lo anterior lo constituye el caso del Psicoanálisis, que en su versión más clásica al menos, se reviste de carácter científico sin tenerlo, de acuerdo a los parámetros popperianos previamente examinados, según Popper, el Psicoanálisis adaptaba la realidad a su teoría, explicando así, prácticamente cualquier cosa. No era susceptible, en un primer momento al menos, de ser refutado. Así, utilizando un lenguaje comúnmente científico, mimetizó el carácter de una teoría científica, sin serlo.

- Se debe reconocer la utilidad del criterio diferenciador de Popper, en el tanto brinda una herramienta eficaz para distinguir una teoría metafísica con carácter dogmático, de otra científica.
- Sin querer imponer dogmáticamente a la ciencia, se debe reconocer, parafraseando a Waissman, que la misma sirve como “visión”, lo cual no garantiza arribar a la certeza, pero sí aumenta las probabilidades.
- Independientemente del “juego del lenguaje” que se utilice, se ha de respetar la “gramática” correspondiente a cada uno, ya que los errores surgen cuando se mezclan estas, ya sea ello de manera intencional o no.

Sección II. Algunas dificultades puntuales de la Psicología

Forense

No se hará una revisión exhaustiva en el presente apartado, acerca de la historia de la Psicología como ciencia, su evolución o estado actual. Más bien, lo que se pretende es señalar una serie de dificultades básicas que se encuentran a flor de piel. Estos señalamientos serán de dos tipos. Unos de ellos recaerán sobre la Psicología como ciencia propiamente. Los otros, lo harán sobre la compatibilidad de esta con el Derecho y su práctica.

No se pretende, tampoco, finiquitar discusiones realmente longevas y complejas sobre los temas que se toquen; toda vez, que dicho menester requeriría un verdadero “tratado jurídico-psicológico” lo cual, evidentemente, escapa de nuestras aspiraciones y posibilidades dentro de esta breve investigación. Lo que sí

se llevará a cabo, es más bien, iluminar una serie de aspectos que, a criterio personal, son pasados por alto por los operadores jurídicos en sus labores diarias.

Para lograr tal encomienda se puntualizarán los problemas referidos, dejando abierta la discusión en cada uno de ellos. No obstante, sí se busca aclarar las dimensiones del problema y sus implicaciones reales. Como referencia han de tomarse no solo la opinión de juristas, sino, precisamente, la de psicólogos. Con tal operación, se evitará caer en arbitrariedades o juicios desinformados, ya que partiendo de las opiniones de los expertos en la materia, se probarán las mismas a efectos de examinar su coherencia interna y afinidad con el quehacer jurídico.

Concluido el listado de “trabas” que debe enfrentar la psicología, para los efectos del derecho, se contará con una base sólida para tratar el tema final de este trabajo. Sin estas reflexiones previas, el análisis de los dictámenes psicológicos forenses estaría incompleto, por lo que no se puede echar de menos la tarea que a continuación se emprende.

II.I Problemas de la psicología forense

Es indiscutible el hecho de que el Derecho no puede satisfacer (o intentarlo al menos) sus pretensiones funcionales, sin hacer uso de otras ciencias. En cualquiera de sus ramas, inclusive, las que se presentan con un velo más estrictamente jurídico que otras (como el Derecho constitucional o administrativo) existe la posibilidad de ver sin mucho esfuerzo una convivencia simbiótica entre el Derecho y otros campos del saber. Por ejemplo, no es extraño ver a la Sala Constitucional solicitando un peritaje de daño ambiental, sin el cual no podría pronunciarse sobre un determinado conflicto. La Economía, la Sociología, la Física, la Estadística, la Biología y prácticamente cualquier otra Ciencia son

utilizadas como muleta por el Derecho en aras de buscar solucionar conflictos, satisfaciendo la demanda popular de exactitud en sus resoluciones.

La Ciencia es, entonces, un aliado a lo que se ha llamado el “*Basic Legal Myth*”⁷⁸ en el sentido de que proporciona herramientas fundamentales para la solución de cualquier clase de conflictos. Ello es así, en razón de que los conflictos se suscitan en cualquier campo donde exista confluencia humana, por lo cual los peritajes en toda área, permitirán siempre sustentar la decisión de un juez. No se pretende acá, desarrollar la discusión acerca de si en efecto es inalcanzable la certeza mediante la ciencia, o sí lo es y en qué medida. Baste por ahora, el convenir en que la Ciencia ayuda efectivamente al Derecho en su desarrollo cotidiano, guardándolo en cierta medida de actuar a ciegas sobre campos que desconoce.

Ahora bien, como se pudo ver más arriba, todo ese asunto sobre la objetividad en la Ciencia, no está exento de ser problematizado. Sin embargo, es claro el hecho que toda rama del conocimiento deberá enfrentar sus críticas y obstáculos particulares, los cuales evidentemente, se acrecentarán o disminuirán dependiendo del objeto de estudio y las características particulares de cada una.

Pues bien, la Psicología Forense es uno de esos campos del saber que son utilizados, específicamente, por el Derecho penal y procesal penal. En ese sentido, el Código Procesal Penal es expreso al mencionar que:

⁷⁸ “Mito Básico Legal”, conocido básicamente dentro del movimiento del “Realismo Jurídico” y el “Critical Legal Studies” como la creencia de que las decisiones judiciales, pueden ser alcanzadas con un grado óptimo de objetividad, libres de arbitrio en cualquiera de sus formas y siguiendo unos parámetros dados (principios generales, normas, etc) los cuales llevarán independientemente de quién las aplique, a una misma solución para un determinado caso particular.

«Artículo 213. Peritaje. Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.»⁷⁹

En ese sentido, la psicología encaja a la perfección dentro del artículo mencionado. Y, tan es así, que se ha dispuesto de toda una Sección dentro de la Policía Judicial para la asistencia continua que se requiere en los diversos procesos penales para que el juez llegue a buen puerto. Sobre ello, se ha dicho que:

«El ejercicio honesto del Derecho es imposible sin una previa base de psicología, que debería ser poseída no sólo por los jueces y letrados, sino también por *todas cuantas personas intervienen profesionalmente en la práctica judicial.*»⁸⁰

Problema 1: Ciertamente puede tener razón el autor en señalar la importancia de una formación integral de los operadores jurídicos. Ahora bien, el primer inconveniente al que nos enfrentamos, resulta ser el hecho de que **precisamente en la realidad no es ese el caso.** ¿Cuántos jueces, fiscales o defensores reciben actualmente una capacitación en Psicología? La respuesta es prácticamente ninguno. Los conocimientos que puedan tener en dicha área son por esfuerzo o interés personal, no así por una política institucional del Poder Judicial.

¿Cuál es entonces la consecuencia de tal cuadro fáctico? Muy probablemente lo sea la misma que en cualquier caso donde se aplica algo que no se conoce. Esto es, una mala aplicación de tal cosa. En efecto, si no se tienen en

⁷⁹ Artículo 213 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

⁸⁰ Mira y López, E., Manual de Psicología Jurídica, 1972, p., 359

claro las limitaciones y alcances de la Psicología, no se puede pretender que las solicitudes que se realicen a la misma por parte de los operadores jurídicos sean las adecuadas.

Un aspecto que realza la dificultad señalada, es el hecho de que la Psicología Forense, se presta más que otras áreas científicas para una mal interpretación de sus posibilidades reales, tal vez incluso para sus peritos. Pensemos, para ilustrar lo dicho, en el caso de la balística. Un dictamen pericial en dicha área nos dirá si un arma “x” pudo o no disparar una clase “y” de bala, y sus conclusiones darán poco espacio para la especulación o interpretación. Sin embargo, cuando se acude a la psicología forense por parte de cualquier operador jurídico, no se tienen muy claras las posibilidades de la misma. En este sentido, la psicología forense ha sido definida como:

«(A)quella rama de la psicología jurídica que desarrolla sus conocimientos y aplicaciones con vistas a concluir sus hallazgos en el seno de una sala de justicia con la finalidad de auxiliar al órgano juzgador en su toma de decisión»⁸¹

Sin embargo, tal definición, no dice mucho respecto a los alcances de la disciplina. Es de advertir que la preocupación por tal asunto, no es antojadiza ni proveniente de carencias en la formación psicológica, ya que tal aspecto ha sido tratado desde la misma psicología. Al respecto, véase por ejemplo la opinión de otros expertos:

«El sistema de justicia penal ha implementado históricamente una serie de exigencias al perito psicólogo en casos de violencia sexual, las cuales han trascendido sus capacidades instrumentales, en términos del **planteamiento de**

⁸¹ Soria Verde, M. A., Manual de Psicología Jurídica e Investigación Criminal, 2010, p., 33

preguntas que van más allá de lo que la ciencia psicológica está en capacidad de responder de forma competente»⁸²

Inclusive, se han señalado, por parte de los mismos autores, tres casos típicos y bastante recurrentes en donde los operadores jurídicos y los psicólogos caen en terreno investigativo yermo. Ello para efectos de maximizar el rendimiento en las pesquisas pertinentes de ambas disciplinas, lo cual no ocurre precisamente por lo que se viene indicando. Esos tres casos clásicos de *mal* entendidos entre ambos profesionales son:

«(U)no de los mitos más arraigados en nuestro medio es el que los profesionales en psicología o psiquiatría cuentan con estrategias metodológicas confiables y válidas para determinar que un relato es creíble (...) El segundo de los mitos que se observa en las solicitudes que realizan las autoridades judiciales a los peritos es el de la supuesta relación que existe entre un evento de violencia sexual y sus consecuencias psicológicas manifiestas (...) En estrecha relación con el mito anterior, otra de las ideas generalizadas en nuestro sistema de justicia es que a través de diagnósticos clínicos los peritos responderán la pregunta legal⁸³ por ellos planteada»⁸⁴

Cabe destacar, que esas tres solicitudes equívocas que se les realizan a los psicólogos por parte de las autoridades judiciales comúnmente, van encaminadas a descubrir aspectos relativos a la psiquis de los testigos, en el primer caso, y de las víctimas, en los dos siguientes. Sin embargo, se omiten las

⁸² Saborío, C., Víquez, E., Revista de Medicina Legal de Costa Rica, No. 2, Setiembre, 2006, p., 53

⁸³ La pregunta legal a la cual se hace alusión en el extracto es, la de si se puede determinar si un niño fue abusado sexualmente a partir de una serie de "síntomas" externos. Tal cuestión, ha sido tachada de no tener "ninguna base empírica" ya que los supuestos "síntomas" que podría presentar un niño víctima de violencia sexual son en extremo variables y hasta la fecha imposibles de predecir, al respecto véase por ejemplo Kuehnle (1998,2003)

⁸⁴ Saborío, C., como en nota 82 pp., 66, 74, 80

que se le puedan realizar en cuanto a los imputados. Este aspecto se profundizará en el tercer capítulo del trabajo, pero desde ya es importante señalar la trascendencia de este primer inconveniente que se le señala a la Psicología.

En ese sentido, es importante tomar en cuenta la precisión que se ha hecho en el sentido de que:

«El rol del psicólogo forense es de diagnosticar, pero no por el diagnóstico en sí mismo, sino para hacer las predicciones necesarias a fin de contestar la pregunta psicolegal. El psicólogo forense no debe ser llamado nunca a contestar si el imputado cometió el delito o no.»⁸⁵⁸⁶

Problema 2: Muy relacionado con lo mencionado anteriormente, se encuentra un segundo aspecto sobre el que es importante detenerse. En este caso, nos enfrentamos a una misión que se le otorga a la Psicología, sobre la cual nuevamente no se está seguro que sea capaz de llevarla a cabo. Empero, en este caso en particular, la tarea de difícil cumplimiento viene impuesta por los mismos psicólogos, ya no desde las autoridades jurisdiccionales.⁸⁷ Sin más preámbulo, hemos de decir, que el punto sobre el cual se desea levantar, en algún grado, una actitud de sospecha, es la pregunta psicológica acerca de las causas criminales:

«Hemos demostrado la necesidad de un tratamiento individualizado de los delincuentes, considerándolos desviados o enfermos sociales y señalando su

⁸⁵ Aguilar, M. y Morales, A. (2003) La valoración judicial de la prueba en los delitos. Tesis de graduación para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Campus: Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica. P282

⁸⁶ Sin embargo, en la práctica judicial, no es extraño que se dé precisamente esa pregunta.

⁸⁷ Al menos no de manera manifiestamente reconocida.

semejanzas y diferencias con los neuróticos, de acuerdo con los modernos resultados del psicoanálisis⁸⁸ criminológico»⁸⁹

Es decir, lo que se antoja como nebuloso es el hecho sobre preguntarse por algo llamado “causas de la criminalidad” “orígenes psicológicos del delito” o como se le quiera etiquetar al asunto. El problema del asunto, no reside en que en efecto en algunos determinados casos particulares, se puedan ubicar unas ciertas causas [a la par de otras tantas] que le sean atribuibles a la psiquis humana. Eso no podría ponerse en tela de juicio, evidentemente, todas las acciones externas del ser humano. Donde reside el carácter sospechoso de la afirmación, es en el plano de la higiene lingüística. Es decir, ¿qué entiende el psicólogo cuándo afirma que busca “las causas del delito”?

En primer lugar, se debe superar el baremo lingüístico propio de cada disciplina. Así, cuando un psicólogo busca las razones psicológicas de un delito, difícilmente, quiere decir que busca las causas de una conducta típica, antijurídica, culpable y reprochable a un individuo en particular. Así, lo que le interesa al jurista escapa del interés del psicólogo, en lo referente a la definición de delito que se quiera dar. Además, al hacer referencia “al delito” en general, se obstruye la visión del aspecto de que existe una gran cantidad de delitos (jurídicamente hablando) por lo cual, las razones que podrá tener el violador, probablemente no serán las mismas que encuentre el evasor fiscal. Por lo demás, y en virtud de la diferencia de objetos de interés, de poco servirá encontrar la causa de una cierta conducta, una vez que un legislador decida que la misma ya no constituye un delito.

⁸⁸ Escuela psicológica, que como se indicó más arriba, de la mano de Popper, no se encuentra exenta de fuertes críticas, ya no solo en cuanto a su veracidad, sino más bien, y más preocupantemente, en cuanto a su carácter científico.

⁸⁹ Mira y López, E., como en nota 80.

Como corolario de lo anterior, tómense en cuenta las palabras del autor señalado, en cuanto menciona que:

«Para el *jurista* un delito es todo acto (positivo o negativo) de carácter voluntario, que se aparta de las normas establecidas por la legislación del Estado, contraviniéndolas de suerte que encuentra una calificación predeterminada en las leyes de carácter penal (...) ¿Y para el psicólogo? Que nosotros sepamos, este último no ha intentado establecer hasta ahora un criterio definido del acto delictivo, desde su punto de vista, y se halla más preocupado en la tarea de *comprender los delitos* (descubriendo su motivación) que en la de definirlos. »⁹⁰

Sin embargo, el punto del presente excursus es, precisamente, el de la importancia de una definición previa del objeto de estudio. Si, como menciona Mira y López, el psicólogo no se ocupa de definir el “delito”, ¿cómo puede pretender explicarlo? He ahí el origen de las confusiones atinentes al asunto.

Problema 3: Las anteriores objeciones a la Psicología, tienen en común el hecho de que ambas ponen en tela de juicio las posibilidades de dicha disciplina, en cuanto al cumplimiento de ciertas metas. El actual punto, por el contrario, plantea un cuestionamiento de orden práctico, y que parte de la concesión a la Psicología, del punto de que más bien, sus aspiraciones sí se concreten. Para que este aspecto resulte más claro, adviértanse algunos puntos particulares, dentro de las funciones que se le han atribuido al psicólogo forense por parte del órgano estadounidense llamado “Consejo Americano de Psicología Forense”:

«1. Responder a **todas** las consultas y enseñar a los abogados, estudiantes de leyes y procuradores.

⁹⁰ Mira y López, E *Ibíd.*, p., 132

2. Responder a **todas** las consultas de los juristas.

7. El psicólogo forense tiene que diagnosticar, pronosticar

8. El psicólogo forense tiene que diagnosticar, **pronosticar** y hacer recomendaciones en **todo** aquello que tenga que ver con el estado mental del sujeto.» (El resaltado no es del original)⁹¹

Apartando las dificultades ya señaladas en cuanto a responder *todas* las preguntas que se les realicen a los psicólogos, lo que verdaderamente representaría un problema potencial, ya no para la Psicología, sino para el Derecho, es ¿cómo se debería actuar de ser viable el pronóstico de una actividad criminal? De ser así, una clasificación de los delincuentes como la proponía Von Liszt, ya no resulta tan descabellada. Es decir, si en efecto tenemos un delincuente “no susceptible de corrección”⁹² ¿Cómo deberemos tratarlo? ¿Se debe “neutralizar” como proponía dicho autor? ¿De qué manera se debe hacer esto, de ser afirmativa la respuesta?

Aún más, ¿se debe descartar el Derecho penal del enemigo propuesto por Jakobs si se logra identificar a uno, psicológicamente comprobado? Las discusiones dogmáticas y político-criminales sobre medidas de seguridad, Derecho penal preventivo, garantías procesales y muchas otras cuestiones en esa línea, retomarían nuevos tintes de ser confirmarse dicha posibilidad. Sin embargo, todas estas preguntas parten del presupuesto que se pueda realizar un diagnóstico del estado mental de la persona bajo análisis. Ahora bien, cabe preguntarse acerca de este punto ¿es válida esa aspiración?, ¿a qué se refieren

⁹¹ Urra, J., Tratado de Psicología Forense, 2002, p., 4

⁹² Supra, Capítulo I.

con el estado mental? En cuanto a este último cuestionamiento, es claro que se hace referencia a la denominada “salud mental” (o “enfermedad mental”, según sea el caso).

Esa última cuestión, es decir, la salud mental y sus posibilidades de ser examinada tanto por la Psicología como por la Psiquiatría, es un tema que ha sido tratado desde relativamente poco tiempo. Es, ciertamente, uno de los usos más extendidos de estas ciencias. Pues, en relación con ello, también es posible realizar algunos cuestionamientos válidos, mismos que serán examinados en una sección a parte, dada la importancia de la problemática tratada.

II.II Problema 4. La “enfermedad mental”

Esto es esencialmente una empresa pseudocientífica que nació del deseo de la psiquiatría moderna de emular a la ciencia médica moderna.

(David Kaiser)

Fiesta, misterio y amenaza a la vez, la locura ha estorbado siempre a la sociedad. Este estorbo y esta torpeza justifican las continuas oscilaciones de la actitud colectiva, entre la tolerancia y la reprobación, el liberalismo y la reclusión.

(Y. Pélicier)

Se detendrá un poco más que con los anteriores en relación con este problema en particular. Esto es así, en virtud de que es un aspecto de medular importancia para los efectos de la investigación. El problema en cuestión, es acerca de los alcances de la Psicología (y la Psiquiatría) para delimitar los límites de la cordura. En otras palabras, se tratará a continuación el problema de la insania. Como se puede prever, la relevancia de este aspecto es máxima, ya que será (con algunas variaciones que se explicarán adelante) el tema principal que se dedique a resolver el perito forense, como auxiliar de la justicia.

Con la percepción actual que se tiene de la Psicología y la Psiquiatría, podría pensarse que gastar esfuerzos en argumentar en contra de la capacidad de estas ciencias para el diagnóstico de una persona “loca” sería en vano. No obstante, se tomará ese riesgo con el mismo objetivo con el que se abordaron las objeciones anteriores. Esto es, tomar en consideración objeciones bastante válidas y que merecen atención al menos. Ello en cuanto a una ciencia que se utiliza en el día a día de los procesos penales, de una manera por demás irreflexiva. Sin más, enfrentemos, pues, el problema que nos ocupará inmediatamente, el cuál es ¿cuándo se puede hablar de patologías mentales?

En torno a ello, ha de advertirse que la frase “enfermedad mental” es una de esas terminologías que ha sido objeto de una fuerte polémica. Ciertamente, ha de advertirse que cuando se habla de una enfermedad mental, se puede estar haciendo alusión a cuestiones realmente diversas. Es, entonces, una frase *multívoca*⁹³. El debido procedimiento cuando nos enfrentamos a una frase de ese tipo es, pues, el de la aclaración e higienización previas del término para no caer en discusiones estériles.

En relación con ese punto, Szasz ha identificado, al menos, dos grandes acepciones bajo las cuales se pueden agrupar las más contrastantes significaciones; lo cual es crucial, en virtud de que nos proponemos testear el alcance de las posibilidades científicas de la psicología (y la psiquiatría, en este caso particular). Dicha tarea sería imposible, si antes no se identificara claramente lo que se quiere indicar con ello.

⁹³ En otras palabras, tiene una serie de acepciones de la más diversa naturaleza. Por ello, es necesaria una previa delimitación de sus usos, para efectos de guardarnos de caer en el uso de *fórmulas vacías*, que como se sabe, son palabras o frases de un uso extendido que en realidad no tienen un significado preciso. Por ello, pueden ser utilizadas para comunicar ideas muy distintas, engendrando malos entendidos (o engaños) y confusiones interminables. Lo que intentaremos demostrar acá, es que el empleo de esa frase, resulta en una fórmula vacía, lo cual en este caso particular no es nada inocente, ya que las consecuencias de dicha situación son grandísimas en el entorno personal, social e, inclusive, jurídico.

Siguiendo dicha previsión, una primera concepción del término es aquella según la cual, la enfermedad mental es simplemente una enfermedad cerebral. Entonces, bajo tal idea, dichas patologías se identificarán mediante lesiones físicas en el cerebro. Es decir, una “enfermedad mental” no sería más que una enfermedad común, pero que se manifiesta a través de síntomas psíquicos. Históricamente, se ha tendido a asociarlas como si fueran de la misma especie. En ese sentido, Foucault ha mencionado que:

«Una patología unitaria que utilizara los mismo métodos y los mismos conceptos en el dominio psicológico y en el fisiológico entra actualmente en la categoría del mito, si bien la unidad del cuerpo y del espíritu está dentro de lo real.»⁹⁴

Foucault menciona al menos tres aspectos, por los cuales el tratamiento de las patologías no puede ser el mismo en los campos descritos. A saber:

«(L)a psicología no ha podido ofrecer jamás a la psiquiatría lo que la fisiología a la medicina: el instrumento de análisis que al delimitar la perturbación permite encarar la relación funcional entre la enfermedad y el conjunto de la personalidad (...) La línea de separación entre los hechos patológicos y los normales se ha ido desdibujando para la medicina; o más bien podemos decir que esta ha comprendido más claramente que los cuadros clínicos no eran una colección de hechos anormales (...) en psiquiatría la noción de personalidad hace singularmente difícil la distinción entre lo normal y lo patológico (...) La noción de totalidad orgánica hace resaltar, independientemente de esas prácticas, la individualidad del sujeto enfermo; permite aislarlo en su originalidad mórbida y determinar el carácter propio de sus reacciones

94 Foucault, M., Enfermedad mental y personalidad, 1991, p., 20

patológicas. En el campo de la patología mental la realidad del enfermo no permite semejante abstracción.»⁹⁵

Aunado a ello, existen una amplia gama de fenómenos que no provienen de alguna deformación o lesión cerebral, y se les etiqueta bajo este grupo de aflicciones. Por ende, la primera concepción de la frase utilizada, pareciera que se queda corta en relación con sus aspiraciones. Sobre ello, se ha explicado que:

«(P)ara quienes consideran los síntomas psíquicos como signos de enfermedad cerebral, el concepto de enfermedad mental es innecesario y equívoco. Si lo que quieren decir es que las personas rotuladas “enfermos mentales” sufren alguna enfermedad cerebral, sería preferible, en bien de la claridad, que dijeran eso y nada más.»⁹⁶

Los problemas que surgen de la falta de claridad aducida son evidentes. El punto es que se identificarán como lesiones neurológicas, comportamientos que provienen de comunicaciones con respecto a las cuales el observador es receptor directo y filtro de las mismas. Es decir, al equiparar los aspectos psíquicos con los orgánicos, se utilizan a su vez términos que pertenecen al dominio de este grupo para satisfacer demandas de aquel. Nótese que:

«En la práctica médica, cuando hablamos de trastornos orgánicos nos estamos refiriendo ya sea a signos (p. ej., la fiebre) o a síntomas (p.ej., el dolor). En cambio, cuando hablamos de síntomas psíquicos nos estamos refiriendo acerca de comunicaciones del paciente acerca de sí mismo, de los demás y del mundo que lo rodea. El paciente puede asegurar que es Napoleón o que lo

95 Foucault, M. Opus cit, pp., 20, 21, 22 y 23

96 Szasz, T., Ideología y enfermedad mental, 1970, p., 24

persiguen los comunistas; estas afirmaciones sólo se considerarán síntomas psíquicos si el observador cree que el paciente *no* es Napoleón o que *no* lo persiguen los comunistas.»⁹⁷

El segundo grupo de ideas, en razón de las cuales ha sido acuñada la terminología que nos ocupa, se refiere a:

«La enfermedad mental -como deformación de la personalidad, por así decir- es entonces considerada la causa de la falta de armonía entre los hombres. Implícita en esta concepción está la idea de que la interacción social es intrínsecamente armoniosa, y su perturbación solo obedece a la existencia de “enfermedad mental” en muchas personas.»⁹⁸

Como es visible sin demasiado esfuerzo, tanto este segundo grupo de ideas como el primero, parten de una desviación de la conducta con respecto a una norma. En la medicina, ello no representa un problema tan grave, ya que se puede medir y corroborar datos, estadísticas y estudios acerca de la normalidad de un organismo determinado. Sin embargo, como bien señala Foucault:

«Desde hace tiempo, un hecho es lugar común en la sociología y la patología mental: la enfermedad no tiene realidad y valor de enfermedad más que en una cultura que la reconoce como tal.»⁹⁹

Esto nos invita a pensar, que dentro de cada sociedad, existirán aspectos que señalen ciertas características como cualidades y otras tantas como defectos. Así, si nos encontráramos en alguna tribu en donde las peleas son vistas como

97 Szasz, T., Opus cit.

98 Szasz, T., Ibídem, p., 25

99 Foucault, Ibídem. nota 92., p., 83

signo de superioridad, una persona con tendencias agresivas será vista como alguien normal, mientras que si la misma persona se situara dentro de otro círculo social antagónico, sus otrora cualidades, serán ahora patológicas. En relación directa con esto, véase que:

«(L)a sociedad no se reconoce en la enfermedad; el enfermo se siente a sí mismo como un extraño, y, sin embargo, no es posible darse cuenta de la experiencia patológica sin referirla a estructuras sociales.»¹⁰⁰

Según se desprende claramente de estas ideas, existe en todo diagnóstico de trastorno mental, una “comparación” entre las ideas de quién es examinado y la concepción de mundo del examinador. En vista de ello, se pierde objetividad, ya que se debe comparar “creencias” presentes en ambos. Ello resulta particularmente problemático, si no se tiene en cuenta la distinción entre ambos tipos de trastornos a la cual se ha venido haciendo alusión, lo que llevaría a una confusión de paradigmas, luego métodos y finalmente resultados.

La confusión de métodos, no se agota en la distinción indicada. Las concepciones psiquiátricas se encuentran ampliamente ligadas a concepciones de carácter ético y jurídico, motivo por el cual, las referidas búsquedas por la inclinación delictiva no darán frutos nunca.

«(C)uando se habla de enfermedad mental, el apartamiento [de la norma] se mide respecto a un patrón *psicosocial* y *ético*. Pero, pese a ello, el remedio se busca en procedimientos médicos que, según se confía y supone, no pueden presentar grandes diferencias en materia de valores éticos. Por consiguiente, al

100 Foucault, *Ibidem*, p. 95

definición del trastorno está seriamente reñida con el modo en el que se busca su solución.»¹⁰¹

De acuerdo con lo anterior, parece ser que bajo la etiqueta descrita, se oculta algo mucho más perjudicial para la ciencia de lo que se pensaba en un primer momento. Ya se ha discutido previamente, que el carácter dogmático de una teoría la hace perder su naturaleza científica, como bien lo señalaba Popper. Pues bien, ahora nos enfrentamos, según lo dicho a uno de esos casos. Tanto Szasz como Foucault, consideran que la “enfermedad mental” responde más bien a una “estructura mítica” (Kolakowski). Con dicha creencia mítica, no solo se cubre un acervo prácticamente ilimitado de problemas cotidianos, sino que al hacerlo, nos apoyamos en la psiquiatría para imponer normas de carácter ético y jurídico.

En otras palabras, al ver en el enfermo al “extraño”, lo que se logra es imponerle una serie de concepciones éticas. El experto que lo analiza, toma lo que el “enfermo” le comunica y lo tamiza (ya sea de manera consciente o no) bajo sus propios preceptos de lo que es normal, de lo que es recto, de lo que es bueno. Sin embargo, la función que cumple el mito como legitimador de normas sociales no se agota ahí. Con su uso también se incurre en lo que se ha denominado en filosofía como “mala fe¹⁰²”, ya que se libera a las personas de llevar el peso de sus problemas sociales, llamándoles “enfermos”, haciendo de su actuar algo completamente involuntario. En las propias palabras de Szasz:

101 Foucault, *Ibidem*, p., 26

102 El término de mala fe fue acuñado por J.P. Sartre, para referirse a una actitud muy común, según la cual, las personas le atribuyen la responsabilidad de sus actos a causas “metafísicas” o externas a su voluntad. Puede verse claramente ejemplificado, en la actitud de Poncio Pilatos de “lavarse las manos”, librándose así de la responsabilidad y el peso moral que conlleva tomar una decisión como la que le correspondía, aún a sabiendas de lo que ocurriría. Otro ejemplo de lo anterior, se observa cuando un juez decide sentenciar a alguien, atribuyéndole la entera responsabilidad de su decisión a “la norma” o a “los principios generales del derecho”, siendo que finalmente, es él quien interpreta, valora y expresa aquellos.

«(E)l concepto {enfermedad mental} funcionaría como un disfraz: en vez de llamar la atención hacia necesidades, aspiraciones y valores humanos antagónicos, ofrece como explicación de los problemas de la vida una “cosa” amoral e impersonal: una “enfermedad” (...) La creencia en la enfermedad mental como algo diferente de los inconvenientes que tiene el hombre para llevarse bien con su semejante es la justa heredera de la creencia en los demonios y en las brujas.»¹⁰³

En concordancia con las ideas expuestas, nótese que existe toda una ciencia dedicada al estudio de la incidencia de ciertas “enfermedades mentales” en determinadas sociedades. Tal es la misión de la sociología de las enfermedades mentales. Además, algunas autoridades de la materia ya han descrito lo indicado líneas arriba:

«El Dr. Ey ha intentado deducir la ideología subyacente a esta “alienación” de los dementes. El enfermo mental, dice, el que pasa por extranjero en este mundo “es el hombre de otro mundo”; así, cuando las ideologías de la sociedad fueron ideologías religiosas, al no pertenecer el demente a nuestra sociedad, se le situaba en el mundo sobrenatural.»¹⁰⁴

En este punto, parece oportuno hacer un alto en el camino, a efectos de aclarar la postura que se ha venido sosteniendo sobre el tema. No se quiere de ninguna manera, negar la existencia de una serie de males que afecten la psiquis humana. Lo que se desea, es hacer notar que bajo la etiqueta de “enfermedad mental” se pueden agrupar una serie bastante amplia y diversa de concepciones (inclusive excluyentes entre sí). Tal situación, obliga a tomar medidas preventivas

103 Szasz, *Ibidem.*, p., 31

104 Bastide, R. *Sociología de las enfermedades mentales*, 2005 p.,308.

contra equívocos de índole epistemológico, lingüístico y valorativo. Así, se debe reconocer y mostrar las limitaciones de las ciencias que estudian tales “enfermedades”, a la vez que se señalan las implicaciones y alcances que conllevan ínsitas cada una de esas posturas.

En concordancia con lo anterior, ha de señalarse otro uso de la “enfermedad mental” al cuál hacía alusión Bastide como el de la ideología. Ya se ha dicho como para el simple diagnóstico, se contraponen y comparan normas de índole éticas y jurídicas, inclusive. Entonces, para aclarar ese aspecto es necesario definir previamente lo que se entenderá acá por “ideología”. Utilicemos de manera *estipulativa* la definición brindada por Bell, quién comenta que ideología es:

«(L)a conversión de las ideas en móviles sociales»¹⁰⁵

Si partimos de esa definición, entonces resulta particularmente importante definir el hecho de si la Psicología o la Psiquiatría son utilizadas de manera ideológica. Esto es, como verdaderos *móviles sociales*. Según lo que se puede observar en el día a día, estas dos disciplinas hermanas sí tienen una amplia influencia en decisiones sociales (y jurídicas). Al respecto, se ha mencionado que:

«Así como Dios y el demonio eran los símbolos principales de la ideología de la teología medieval, la salud y enfermedad mental son los símbolos principales de la actual ideología psiquiátrica.

La dicotomía del bien y del mal ha sido ahora reemplazada por la de la salud y la enfermedad mental.»¹⁰⁶

¹⁰⁵Bell, D., citado en Szasz, *Ibidem.*, p., 74

Y, es que basta con ver las misiones que se le endilgan al psicólogo y al psiquiatra por parte de los juristas en general, para comprobar que sus términos técnicos sobre la salud mental son verdaderos impulsores del engranaje social. El mismo autor indica que en ese sentido:

«El actual diálogo social entre los jueces (y legisladores), por un lado, y los psiquiatras (y psicólogos), por el otro, puede parafrasearse así: Los juristas declaran: “Hay dos tipos de delincuentes, unos mentalmente sanos, otros mentalmente enfermos. Solo ustedes, los psiquiatras y (psicólogos) pueden determinar quiénes pertenecen a cada una de esas categorías. Deben colaborar con nosotros y la sociedad cumpliendo esta importante obligación profesional”. Los psiquiatras replican: “Por supuesto, trataremos de cumplir esta importante responsabilidad social lo mejor que podamos”.»¹⁰⁷

Esta opinión tan difundida, termina de revestirse de ideología, cuando se le cuestiona. Es decir, si se ve puesta en entredicho, entonces se tacha al “cuestionador” de insensato (o enfermo mental, según sea el caso). He ahí la magia de la ideología. Por su carácter de “neblina” de la razón, impide cuestionamientos. Así como en un pasado, quién cuestionara la existencia de las brujas era puesto en el mismo banquillo de los acusados, ahora, quién cuestione las posibilidades reales de la Psicología y la Psiquiatría, en especial, en lo referente a procesos penales, se verá sometido al escarnio de los profesionales de la salud y del derecho que aceptan las recomendaciones y los diagnósticos como dogmas. Curiosa situación, en especial tomando en cuenta que el propio Freud, indicó que no era esta la tarea de los psicólogos y psiquiatras, y que más bien, el asunto de

¹⁰⁶ Szasz, T., *Ibidem.*, p., 78

¹⁰⁷ Szasz, T., *Ibidem.*, p., 82

los neuróticos, o pacientes patológicos eran «cuestiones de palabras» «meros convencionalismos» que en realidad no tienen ningún «valor científico.»¹⁰⁸

Por otro lado, y retomando lo que el prof. Szasz señala en cuanto a la particularidad de las normas de las cuales se aparta el “enfermo mental”, (a saber, normas de carácter ético y jurídico) una posible explicación se puede encontrar en la historia. Es decir, si se busca en el entramado histórico de los grandes “encierros de locos”, se encontrará que estos alienados eran confinados en un lugar común (*Hôpital Général*¹⁰⁹) que:

«(P)arecía asignar una misma patria a los pobres, a los desocupados, a los mozos de correccional y a los insensatos. Entre los muros de los internados es donde Pinel y la psiquiatría del siglo XIX volverán a encontrar a los locos (...) Desde la mitad del siglo XVII, la locura ha estado ligada a la tierra de los internados.»¹¹⁰

Asimismo, nótese que:

«Desde la creación del Hôpital Général, desde la apertura, en Alemania y en Inglaterra, de las primeras correccionales, hasta el fin del siglo XVIII, la época clásica encierra. Encierra a los licenciosos, a los padres disipadores, a los hijos pródigos, a los blasfemos, a los hombres que “buscan destruirse”, a los libertinos. **Y dibuja, a través de tantas confrontaciones y**

¹⁰⁸ Freud, S., citado en Wortis, J., Mi análisis con Freud, 1954, p., 55.

¹⁰⁹ Tal era la denominación que recibían en Francia, durante el S. XVII, centros de internamiento masivos donde se ubicaron, según se explica a los “locos” entre otros muchos personajes. El fenómeno encuentra sus equivalentes en toda Europa, así por ejemplo se habla de las *Zuchthäusern* alemanas o las *houses of correction* británicas.

¹¹⁰ Foucault, M., Historia de la locura en la época clásica, 1967, p., 47

extrañas complicidades, el perfil de su propia experiencia de la sin razón»¹¹¹ (Resaltado no es del original)

Entonces, es más sencillo imaginar el por qué se etiquetan unas ciertas conductas “indeseables” como “enfermedades mentales” y no otras. Es decir, se agruparán bajo tal grupo, aquellos comportamientos que sean socialmente nocivos, así como jurídicamente reprochables, estéticamente aborrecibles y/o éticamente indeseable. Ello es importante, aun y cuando los métodos psiquiátricos y sus definiciones hayan cambiado, ya que independientemente de ello (como ya se ha visto) siempre se necesitará de un tamiz subjetivo por parte del evaluador, quien no está exento de toda la historia que se arrastra en ese sentido.

Además, resulta interesante apuntar como la historia demuestra relaciones, ahora no con respecto a ciertas categorías normativas, sino, también, con el uso que el derecho ha hecho de la psiquiatría. En ese sentido, obsérvese que:

«El Hôpital Général no es un establecimiento médico. Es más bien una estructura semijurídica, una especie de entidad administrativa, que al lado de los poderes de antemano constituidos y fuera de los tribunales, decide, juzga y ejecuta.»¹¹²

Podría pensarse, que tal no es el caso en la actualidad, sin embargo, aún hoy, algunos doctrinarios (Vg. Zaffaroni) hablan de como se ha trasladado el poder del juzgador desde el juez hacia los peritos, quienes con su conocimiento técnico han encontrado un papel más que protagónico en el proceso penal actual. Además, nótese la relación existente entre el uso del poder como barra de medida

111 Foucault, M *Ibíd*em, p., 72

112 Foucault, M *Ibíd*em, p., 48

en cuanto a la locura y la advertencia (Szasz) en cuanto al uso de la psiquiatría como ideología. Ciertamente, se ha de reconocer que el “mal” uso de la psiquiatría no es tan gráfico o tan abrupto como lo señala Foucault en antaño. No obstante, sí pareciera sensato estar alertas en cuanto a abusos del poder, muy similares en su sentido a los de la época clásica, pero tal vez, un poco más sutiles. Quizás sea esto último lo que los reviste de una mayor capacidad de control.

De igual forma, puede verse que la locura se encuentra tan relacionada a nuestras normas sociales, que todo lo que hay de instintivo en el ser humano nos aleja de ella, siempre y cuando el medio lo permita. Como ejemplo de ello:

«La locura ha sido posible por todo lo que el medio ha reprimido en el hombre de su existencia animal. (...) A medida que el medio constitutivo alrededor del hombre y para el hombre se vuelve más espeso y opaco, aumentan los riesgos de la locura.»¹¹³

En otras palabras, es cuestionado desde dicha postura el hecho que pueda existir siquiera algo denominado locura, partiendo de un escenario ideal similar al de *estado de naturaleza* (Rosseau). Como ejemplo de ello, téngase en cuenta lo siguiente:

«La locura se vuelve entonces la otra cara del progreso: al multiplicar las mediaciones, la civilización ofrece sin cesar al hombre nuevas oportunidades de alienarse. Mathey no hace más que resumir el sentimiento general de los hombres del siglo XVIII cuando escribe en la época de la Restauración: “Las más profundas miserias del hombre social y sus incontables goces, sus sublimes pensamientos y su embrutecimiento nacen de la excelencia misma de su naturaleza, de su

¹¹³ Foucault, M., *Historia de la locura en la época clásica II*, 1967, p., 55-56

perfectibilidad y del excesivo desarrollo de sus facultades físicas y morales (...)»¹¹⁴

Se ve entonces, que el tema de la determinación de la salud mental en una persona, por parte de la psiquiatría, no es cosa tan sencilla como tal vez se avisaba previamente. Ya no solo se cuestiona la capacidad de la disciplina para lograr dicha tarea, sino que se cuestiona además, el sólo hecho de que exista algo que determinar. Sin embargo, para que no se piense que todas estas objeciones son cuestiones poco prácticas, puramente bibliotecarias, si se quiere, revisemos el panorama actual de las ciencias de la “salud mental.”

La preocupación por los aspectos que se han venido señalando, se ha visto materializada por la creación de la Comisión de Ciudadanos por los Derechos Humanos¹¹⁵ (CCDH). La CCDH es una organización no gubernamental que se encarga de velar por que se respeten los Derechos Humanos de los pacientes psiquiátricos. Su existencia misma, evidencia que hay actualmente una preocupación creciente por los métodos de la psiquiatría, y como se verá a continuación, los resultados de sus pesquisas no son nada alentadores para esta disciplina.

Hay que recordar las objeciones de Feyerabend en torno a la confianza en algunas ciencias a pesar de sus resultados.¹¹⁶ Como en ese caso, también puede dudarse de una ciencia que no ha dado muchas soluciones a los problemas que investiga, y cuyos métodos de enfoque a sus problemas no han sido los más ortodoxos:

114 Foucault, M *Ibidem*.

115 Establecida en 1969

116 En el caso de Feyerabend, hacía referencia a la improductividad de las investigaciones sobre el cáncer, no obstante lo cual, las personas (en general) continúan confiando en éstas, siendo que anualmente se destinan grandes sumas de dinero para su manutención, a pesar de la falta de resultados.

«Estos tratamientos han incluido palizas, latigazos, la aplicación de hormigas, escabros y punzadas con ortigas, remoción quirúrgica o cauterización del clítoris y remoción de los ovarios de la mujer. La masturbación, una vez considerada como enfermedad mental, se trataba con la circuncisión y la cauterización de la espina dorsal y los genitales.»¹¹⁷

Empero, aun dejando de lado el pasado¹¹⁸ tan oscuro que vio nacer a esta disciplina, pueden encontrarse opiniones que sustentan lo dicho por algunos de los autores aludidos:

«De acuerdo con el psiquiatra y autor David Kaiser, la “psiquiatría biológica” es una “ideología” en “su forma más perniciosa”. Propagando esta ideología están las secciones de desórdenes mentales de la Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD) y el Manual Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales (DSM) de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA).»¹¹⁹

Como se verá a más adelante (Infra Capítulo III), el ICD y el DSM son utilizados en nuestro país por la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense en sus labores diarias. Ello a pesar de que como se ha visto, son objetos de fuertes críticas en cuanto a su validez científica. Lo curioso del asunto, resulta en que a medida en que con cada edición del DSM, aumenta el número de “trastornos mentales”, han aumentado los fondos¹²⁰ que el gobierno estadounidense ha

117 CCDH, Psiquiatría, un abuso a los Derechos Humanos y un fracaso global, 2000, p., 7

118 No se piense que ese pasado data de hace siglos. Basta con recordar, por ejemplo, los hechos acontecidos entre 1963 y 1979 en el hospital psiquiátrico de Chelmsford en Sydney Australia, donde los pacientes eran inducidos a un estado de coma, posterior al cuál se les sometía a severos electrochoques. Ésta “terapia” era conocida como Tratamiento de Sueño Profundo (DST por sus siglas en inglés) y fue posteriormente prohibida.

119 CCDH, Ob. Cit., p., 9

120 Véase por ejemplo que para 1968 se contabilizaban 163 desórdenes mentales y los fondos para el NIMH superaban los 100 millones de dólares mientras. Mientras que para 1994, el DSM-IV acuña un total de 374 desórdenes mentales y los fondos del NIMH ascienden por encima de los 600 millones de dólares, según datos de la CCDH.

destinado al Instituto Nacional de Estados Unidos para las Enfermedades Mentales (NIMH, por sus siglas en inglés).

II.III Conclusiones generales del capítulo

Debe llamarse la atención a manera de cierre del presente capítulo, e introducción al próximo, sobre la inseguridad que ha existido y existe hoy en torno a la psicología, la psiquiatría y los alcances y limitaciones de ambas. Independientemente de que se esté de acuerdo o no con algunas de las opiniones aquí puestas en relieve, debe admitirse que el panorama no resulta muy alentador. Véase:

1. En primer lugar, se cuenta con una disputa abierta en el ámbito de la filosofía de la ciencia. Según la cual, el carácter de objetividad de la ciencia en general se pone en entredicho. Esto se hace desde la historia de la ciencia (Khun), desde los resultados arrojados por esta (Horkheimer) y desde las posibilidades reales de aplicación de un método que permita alcanzar cierta fidelidad (Feyerabend). Aun así, desde algunos otros que defienden las ciencias y sus posibilidades de éxito, se lanzan críticas a ciertos campos del saber que, a su manera de ver las cosas, no son considerados como científicos (Popper) como el Psicoanálisis.

2. Aun dejando de lado dicha disputa, la psicología (y la psiquiatría) encuentra severos problemas, ya no comunes a la ciencia en general, sino propios. Esto es así en cuanto a la falta de comunicación entre operadores jurídicos y psicólogos, diálogo entre sordos (Wittgenstein) que da como resultado una mala aplicación de los saberes psicológicos. Ello por cuanto se le solicitan aspectos que no le competen o por que se malinterpretan sus alcances.

3. Finalmente, en cuanto al problema de la delimitación de las capacidades mentales propiamente dicho, resulta sumamente llamativo como ni siquiera respecto a este punto hay un consenso. Ello por cuanto, no solo se duda que las ciencias de la salud mental sean capaces de determinar cuándo alguien es un “enfermo mental”, sino que se duda del concepto mismo en cuestión.

Con advertencias como esas, cuesta trabajo mantener la mente tranquila en el sentido de que se pueda fiar a la psicología y a la psiquiatría, un papel protagónico como ciencias auxiliares del Derecho penal. Después de todo, hay que recordar que de la ayuda de estas, seguirán resultados jurídicos concretos que tendrán consecuencias muy reales para los sujetos procesales. Así, dependiendo en parte de la psicología y la psiquiatría, se sabrá si una persona permanece en una cárcel o debe estar en un asilo mental, o si deberá permanecer recluida u otorgársele un beneficio de ejecución condicional, serán veinte o quince años su condena, etc. Estos son tan solo algunos ejemplos del uso real que se le da a la psicología en nuestro sistema penal.

Se pasará en el apartado final de este trabajo, a analizar los dictámenes forenses que emite la Sección de Psiquiatría y Psicología forense, no sin tomar en cuenta las previsiones que se han hecho en este capítulo. De nuevo, que sean estas ideas a considerar a la hora de hacer el posterior análisis global del estado de la cuestión que se investiga.

Capítulo III

Loco: Afectado por un alto grado de independencia intelectual, en desacuerdo con los parámetros de pensamiento, habla y acción derivados del estudio de los conformistas y contrarios a la mayoría; en breve, inusual.

(Ambrose Bierce)

Se abordará de lleno en este apartado, el tema que nos ocupa. Tal es en primer lugar, distinguir la misión que cumplen, dentro del proceso penal, los dictámenes psicológicos forenses. Para ello, se necesita, de previo, diferenciar la función que se les encomienda (función manifiesta) y la que cumplen de hecho (función latente). De ser el caso, que en efecto, esta y aquella no se correspondan, o aun haciéndolo, entonces se podrá pasar a la parte final del estudio. Dicha sección será dedicada a cotejar algunos de los elementos señalados de ciertas clases de Derecho penal de autor (*supra* Capítulo I) con los dictámenes aplicados a los imputados en un proceso penal cualquiera. De tal forma, se llegará a dar respuesta a la pregunta que da origen a esta investigación, cuál es, si existen componentes de derecho penal de autor en dichas pericias.

De ser afirmativo tal cuestionamiento, se deberá corroborar aun, si aquellos componentes a los cuales se hacen referencia, son compatibles con los presupuestos jurídicos del proceso penal costarricense. Se debe seguir esa línea, debido a que como se sabe, el nuestro, no es un derecho penal del acto puro, ya que tal cosa es prácticamente imposible de ver en la actualidad. Es claro que

existen matices entre ambas maneras de castigar, empero, ello no obsta para afirmar que sí es de una orientación predominantemente de ese tipo.

Hechas las advertencias del caso, queda aún por esclarecer el orden que se ha de seguir en la exposición. En un primer momento, se enfrentará el problema de la misión que se le encomienda a las pericias psicológicas. Posteriormente, se estudiarán los presupuestos actuales de las categorías dogmáticas de la culpabilidad. Tal estudio no va a ser de orden histórico, sino, más bien, una especie de estado de la cuestión, que para los fines que persigue esta investigación, es considerada más provechoso. Acto seguido, se procederá a analizar los dictámenes psicológicos forenses como tales, con una orientación en tres sentidos:

1. El primero, buscará, como ya se dijo, comparar la función manifiesta de aquellos, con su función latente.
2. Posteriormente, se les comparará en términos de compatibilidad con el estado actual de la categoría de culpabilidad (el problema de la imputabilidad).
3. Finalmente, se les analizará con respecto al Derecho penal de autor.

Con tales metas es que se aborda este capítulo final, siendo que no pretende ser sumamente extenso, sino más bien, puntual pero cáustico en cuanto a sus aspiraciones. Con ello en mente, se cree que se habrá cumplido satisfactoriamente el objetivo inicial, cuyo interés va más allá de la esfera académica, toda vez que los datos que se puedan desprender de las pesquisas realizadas, calan en lo más profundo de la praxis judicial.

Sección I. La función (manifiesta) de los Dictámenes Psicológicos Forenses.

Es menester verificar la misión que se les ha encomendado por parte de los operadores jurídicos del entorno nacional, de previo a cualquier consideración sobre la realidad de las pericias psicológicas. Tal es el objeto del presente apartado, ya que de esa manera, se tendrá una base firme para realizar una comparación posterior, con respecto a la tarea que efectivamente desempeñan. En ese afán, se hará un repaso por el sustento jurídico de su existencia, así como las decisiones jurisprudenciales que los respaldan, e, inclusive, las opiniones de los mismos expertos en el tema de la psicología y la psiquiatría forense.

De tal forma, es posible ver como el Código Procesal Penal, regula lo pertinente a los medios probatorios a partir del Título I del Libro III. De importancia para la investigación, se debe indicar lo referente al artículo 182 de la norma de rito, que en lo conducente reza:

«Libertad probatoria. Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley»¹²¹

Así mismo, el mismo cuerpo normativo indica que:

«Valoración. El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga

¹²¹ Código Procesal Penal de Costa Rica, artículo 182.

determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.»¹²²

Además, el mismo código indica más adelante, y ya propiamente más relacionado con en el tema central de la investigación que:

«Peritaje. Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.»¹²³

Además, para terminar de dar sustento a las pericias en cuestión, se indica que:

«Dictamen pericial. El dictamen pericial será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto a cada tema estudiado.»¹²⁴

Y finalmente, de gran importancia para los efectos del presente estudio, el Código también señala que:

«Examen mental obligatorio. El imputado será sometido a un examen psiquiátrico o psicológico cuando:

¹²² Código Procesal Penal de Costa Rica. *Ibidem*, artículo 184

¹²³ Código Procesal Penal de Costa Rica. *Ibidem*, artículo 213

¹²⁴ Código Procesal Penal de Costa Rica. *Ibidem*, artículo 218

- a) Se le atribuya la comisión de delitos de carácter sexual contra menores de edad o agresiones domésticas.
- b) Se trate de una persona mayor de setenta años de edad.
- c) Prima facie, se pueda estimar que, en caso de condena, se le impondrá pena superior a quince años de prisión.
- d) El tribunal considere que es indispensable para establecer la capacidad de culpabilidad en el hecho. »¹²⁵

Sobre este punto, anota con razón el Prof. Llobet:

«Es importante anotar que la Sala Constitucional ha dicho que el examen mental para determinar si el imputado padece de una enfermedad mental es potestativo y no imperativo, indicando al respecto que “(...)el legislador no utilizó lenguaje imperativo” (voto 5725-99 del 23-7-99.Cf. Llobet Rodríguez. Proceso penal en la jurisprudencia, T.i, pp., 265-266). Ese criterio no aparece acertado, puesto que el artículo es titulado “Examen mental obligatorio (el subrayado no es del original).»¹²⁶

Pues bien, de lo indicado en los artículos anteriores, se pueden extraer algunos puntos de importancia en cuanto a la razón jurídica de la existencia de los dictámenes psiquiátricos, psicológicos forenses. En primer lugar en cuanto a la libertad probatoria, es claro que las pericias psicológicas constituyen un elemento más en el haber prácticamente ilimitado, que acompaña al juez a la hora de

¹²⁵ Código Procesal Penal de Costa Rica Ibídem, artículo 87.

¹²⁶ Llobet, J., Código Procesal Penal comentado, 2009, p., 237

adquirir elementos de convicción. Aunado a ello, se ve que el Código en cuestión, regula el peritaje expresamente. Esto es importante, porque en efecto, se considera que la psicología al ser una rama del conocimiento especializada, escapa a las facultades informativas del juez, por lo que se hace necesario un perito que le auxilie en su labor.

Además, se ha visto que el Código faculta al juez, para asignarle el valor que este considere pertinente a cada uno de los medios probatorios, dentro de los que destaca, para efectos propios de esta investigación, precisamente el dictamen pericial, con todos los requerimientos exigidos legalmente. Por supuesto, la libertad del juez, encuentra sus limitantes en la sana crítica racional, que a grandes rasgos se compone de las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica y las reglas de la psicología.¹²⁷ En ese sentido, parece importante traer a colación el criterio de la Sala Tercera:

«Es cierto que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, existe una presunción general de imputabilidad de las personas mayores de edad sometidas a un proceso penal; correspondiendo entonces a la defensa demostrar cualquier limitación en ese sentido, o al Tribunal que aprecie que la inimputabilidad puede ser un factor, ordenar los peritajes correspondientes. Sin embargo, esa presunción no elimina el deber de fundamentación al momento de analizar el elemento de culpabilidad del delito. Los juzgadores siempre deben explicar las razones que respaldan su decisión. Este deber de fundamentación resulta todavía más importante, cuando existe prueba que sugiere la posibilidad de que el imputado sea inimputable o presenta una imputabilidad disminuida, como ocurre en este

¹²⁷ Esta formulación tan utilizada en el medio judicial, encuentra algunos problemas a la hora de ser analizada en cuanto a las partes que la componen. Así por ejemplo, cuando se habla de las reglas de la experiencia, se hace uso de un lugar común, el cuál sin embargo, se encuentra muy escaso de un contenido real y aguanta prácticamente cualquier significación que se le quiera asignar. Nuevamente, se ha de ver este tema en estrecha relación con los aspectos analizados sobre las *fórmulas vacías*, *términos bandera*, y otros similares.

asunto. Dicho de otra forma, si se hizo llegar prueba al proceso para demostrar la imposibilidad de culpabilidad del imputado, esta debe ser analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica (aunque sean peritajes científicos), y las conclusiones que se extraigan de ella deben estar motivadas con amplitud suficiente. En este sentido, aunque la prueba pericial suele ser la determinante en esta materia, el Tribunal no podría simplemente adscribirse sin más a un dictamen médico, sino que debe analizar dicha probanza a la luz de las otras existentes, y siempre justificando porque se adhiere o no al criterio de los peritos. Como bien señala Cafferata Nores: *“Está claro que como el perito no es un oráculo, ni hay ciencias, técnicas y artes ocultas, las conclusiones a que llegue el dictamen tienen que ser motivadas... La motivación consistiría en una explicación destinada a demostrar por qué el perito concluye como lo hace, fundada en principios, argumentos o deducciones de carácter científico, técnico o artístico, según el caso...”* (Cafferata N., José. (2008). **La Prueba en el Proceso Penal**. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 90). Por esta razón, porque los dictámenes científicos no son simples artilugios reveladores de la verdad, es que el artículo 218 del Código Procesal Penal establece que *“El dictamen pericial será **fundado**...”*, de manera que los peritos también deben fundamentar los dictámenes científicos, especialmente en materias como la psicología y la psiquiatría, en las que los resultados de los exámenes no presentan el grado de exactitud que pueden tener algunas pruebas biológicas o químicas. Es precisamente el Tribunal, como ente que decide sobre la prueba en general, quien está llamado a servir de contralor de la fundamentación de los peritajes, para determinar si se ajustan a las reglas de la sana crítica. *“A los fines de una correcta valoración de los dictámenes periciales, se ha enunciado una serie de pautas y advertencias: a) Se ha recomendado, desde el punto de vista subjetivo, la valoración ético-psicológica de la personalidad del perito... Se ha señalado también, como fuente de posibles errores del perito, los defectos de percepción de los hechos sobre los cuales basará sus conclusiones, sus deficiencias de raciocinio (las conclusiones lógicamente*

correctas pueden no ser verdaderas), su oscilación entre posiciones científicas diversas y el nivel de sus conocimientos. b) Desde el punto de vista objetivo, se han señalado como pautas de valoración la autenticidad de los hechos que fundan la conclusión... el sustento de los métodos científicos empleados; el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia, arte o técnica; **'si entre las premisas y conclusiones hay un necesario nexo lógico; si el informe es en sí mismo preciso o indeciso, coherente o contradictorio, concluyente o inconcluyente'**. También se podrá atender a la firmeza o calidad de los fundamentos la uniformidad o disconformidad de las conclusiones (si hubiese varios dictámenes) y los demás elementos de prueba obrantes en el proceso.” (Cafferata N., José. (2008).)»¹²⁸

Resulta claro entonces, que la Sala advierte algunos de los problemas que se han tratado, en relación con la psicología forense. Sin embargo, parece que tales posibilidades del juez para diferir del criterio de los especialistas, se encuentran coartadas materialmente por la escasez de conocimientos en dicha área. Es decir, si se ordena un peritaje, es precisamente, por el hecho de que el juez no posee conocimientos en el área de interés. Entonces, parece curioso pensar que el juez pueda llevar a la práctica la facultad de desconfianza del perito. Además, la Sala hace referencia a incongruencias manifiestas de los dictámenes, pero, parece dejar de lado las advertencias que se han hecho sobre aspectos mucho más inherentes a los peritajes psicológicos en general.

Lo dicho no es un aspecto novedoso, más bien se tiene como una verdad conocida por las personas cercanas al medio. Para corroborarlo, véase lo dicho por una de las especialistas de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense:

¹²⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 375 de las nueve horas con ocho minutos del ocho de abril de dos mil once.

«El asunto también es que yo siento que muchas de estas personas es por iniciativa propia que se han adoctrinado un poco en este sentido. Porque también tiene que haber un cierto compromiso, y es un poco difícil, de parte de nosotros los peritos, poder dejarles tan claro tan claro que puedan entender.»¹²⁹

Por supuesto, cómo podrá materialmente un juez, valorar los conocimientos de un perito psicológico, si son conocimientos de los que precisamente, él carece. Es sobre ese punto, que la opinión de la Sala Tercera queda debiendo, esto es, desde la perspectiva material. Nada se logra con que jurídicamente se tenga una posibilidad, si materialmente no se cuenta con los medios para ejercerla. No obstante, se ahondará más sobre este y otros aspectos problemáticos de las valoraciones psicológicas, más adelante (Infra Sección III). Por ahora, se analizará finalmente la función manifiesta de los dictámenes, complementándola con la función que la misma Sección de Psiquiatría y Psicología Forense, enuncia como suya:

« El objetivo primordial de la Sección es la realización de las pericias psiquiátricas (*sic*) y psicológicas, orientadas a lo solicitado por las Autoridades Judiciales.

Se emite la pericia, la que según criterio del despacho tramitador se le puede ampliar y/o adicionar.

Las pericias que en esta sección se realizan son las siguientes:

¹²⁹ Zeledón, C., Entrevista realizada el 11 de febrero de 2011 en la Sección de Psicología y Psiquiatría Forense, San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica.

- Diagnóstico de alteración de estado mental, para establecer responsabilidad penal o capacidad civil.
- Valoración psicológica y psiquiátrica de todo tipo de casos médico forense. Casos de farmacodependencia, violencia doméstica y delitos sexuales, secuelas de traumatismo.
- Participación en anticipos jurisdiccionales y asistencia a debates.
- Valoración de peligrosidad de imputados.»¹³⁰

Ya se ha comentado (*supra* Capítulo II), lo referente a lo problemático de aspiraciones como la de valorar la peligrosidad de un individuo. De momento, para efectos prácticos, se detendrá el análisis en la misión manifiesta de las pericias, para en un momento posterior confrontarlas con lo que se da en la realidad. Para los efectos de la presente investigación, resulta de vital importancia, el diagnóstico de la alteración del estado mental de los imputados. En otras palabras, es esta pericia en particular, la que dirá si un imputado es imputable o no. En esta línea, véase que:

« (E)l rol del psicólogo forense es de diagnosticar, pero no por el diagnóstico en sí mismo, sino para hacer las predicciones necesarias a fin de

¹³⁰ <http://intranet/ccf/DML/dml.htm>, página principal del dpto. de Medicina Legal, visitada el 17 de junio de 2011

contestar la pregunta psicolegal. El psicólogo forense no debe ser llamado nunca a contestar si el imputado cometió el delito o no.»¹³¹

Por otro lado, al ser la imputabilidad, una categoría jurídico penal, resulta importante llevar a cabo un análisis de la misma. Tal menester, no se podría realizar, sin un análisis previo de la culpabilidad, ya que aquella se encuadra dentro de esta. Tal será el análisis que se ejecutará a continuación, para pasar entonces, al análisis crítico de los dictámenes en cuestión.

Sección II. Apuntes básicos sobre la categoría de la “culpabilidad” y su exclusión.

Uno se pregunta, pensó el señor Darbedat, dónde comienza la responsabilidad o mejor aún dónde termina. Se analizaba siempre mucho, estaba todo el tiempo inclinado sobre sí mismo. ¿Pero esto era la causa o era el efecto de su mal?

(Jean Paul Sartre)

Previo a iniciar la discusión, debe hacerse una advertencia de orden lingüístico. Ella va encaminada a aclarar el hecho de que en todas las ocasiones en que nos refiramos acá a la palabra “culpabilidad” e inclusive “culpa”, lo haremos en relación con la categoría dogmática jurídico penal como etapa final de análisis en la teoría del delito. Nunca en relación con la culpa entendida como

¹³¹ Aguilar, M., y Morales, A., Opus cit. 2003, p., 282

“imprudencia”. Esto en razón de que en las líneas siguientes, se citarán algunos autores de origen alemán, que utilizan “culpa” y “culpabilidad” como sinónimos, siendo este un caso de inconmensurabilidad de las traducciones de sus textos al español.

La culpabilidad, es la etapa final que debe superar la “acción típica y antijurídica” para que su autor se haga acreedor a una sanción penal. Entonces, al analizarla, nos alejamos de los aspectos generales de la acción descrita típicamente en la ley, misma que se considera antijurídica formal y materialmente, para pasar a analizar a su autor. No se debe pensar, que hablamos acá de Derecho penal de autor, ya que en este caso, se requiere como se ha dicho, la exteriorización de los actos para que sean filtrados por las categorías anteriores de la teoría del delito. Entonces, el reproche a al autor, se le realiza por lo que este ha hecho, no por lo que este es.

En otras palabras, la culpabilidad es el «puente entre el injusto y la pena»¹³² y siendo ese puente algo tan controvertido, no pretende realizarse acá una revisión doctrinaria amplia de las diferentes posturas que se han sostenido a lo largo de la historia. Ello en especial porque:

« Todo depende de que se opte por: (a) un *derecho penal de acto o de autor*, y, además, (b) un *derecho personalista o transpersonalista*. Combinando ambas opciones surgen todas las variables contractivas del puente entre injusto y pena.»¹³³

¹³² Zaffaroni, *Ibidem* 1, p., 517

¹³³ Zaffaroni, *Ibidem*.

Según dicha explicación, partamos de que la exposición de la categoría de la culpabilidad que se hará a continuación, partirá desde las posiciones comunes actualmente sostenidas desde el derecho penal de acto y el derecho transpersonalista, como lo denomina Zaffaroni. Téngase en cuenta que ese último concepto, podría explicarse también, como consecuencia de la teoría de los fines de la pena¹³⁴ que respalda la «necesidad preventiva.»¹³⁵ Es decir, que para que se pueda emitir un *reproche* sobre un determinado autor, a parte de la culpabilidad, deberá exigirse una necesidad preventiva, que de acuerdo con la *política criminal* perseguida servirá de escarmiento para los demás destinatarios de la norma. Ello además, funciona como límite al poder punitivo estatal.

Pero ya ello nos obliga a aceptar la categoría más amplia de «responsabilidad¹³⁶» defendida por Roxin. Esto nos hace volver al punto de partida, es decir, la dificultad de recoger en la doctrina una posición dominante sobre la culpabilidad. Por ello, se harán unos breves apuntes sobre aspectos no tan controvertidos y con los que la mayor parte de dogmáticos podría estar de acuerdo, a expensas, eso sí, del ahondamiento profundo del tema.

Un primer acercamiento al concepto de culpabilidad, entrega de antemano una división primordial. Dicha división, arroja los conceptos de “culpabilidad formal” y “culpabilidad material”. Al respecto, se ha mencionado que la culpa formal es:

« (E) L contenido del reproche de culpabilidad, reproche que se presentará como resultado de la imputación dogmática de un hecho punible. Este reproche

¹³⁴ Como teoría positiva, relativa y de prevención general negativa de la pena.

¹³⁵ Roxin, *Ibidem.* nota 4, p., 792

¹³⁶ Roxin, *Ibidem.*

significa: si el autor se hubiese formado un motivo dominante para cumplir con la norma, entonces hubiera podido evitar su comportamiento antijurídico.»¹³⁷

Asimismo, se presenta como contrapartida complementaria de la anterior definición, la “culpa material” que viene a responder ciertas preguntas que se desprenden de la “culpabilidad formal”, por ejemplo:

« (E) I porqué la carencia del motivo para cumplir la norma es castigada, y además, el porqué el autor hubiese debido formarse un motivo para cumplir dicha norma.»¹³⁸

Sin embargo, no ha de pensarse que ambas categorías se encuentran separadas, ya que como el mismo autor menciona:

«(L)a constatación de la culpa material no es una fase del examen expresamente dogmático, se debe continuar entretejiendo la culpa material en el proceso formal de imputación. En otras palabras, el reproche formal de culpabilidad debe comprender, tácitamente, la culpa material»¹³⁹

La división mencionada, encuentra su sustento desde la actual teoría normativa de la culpabilidad. Tal es la vertiente normalmente difundida en nuestros días, que dejó atrás la teoría psicológica de la culpabilidad.¹⁴⁰ Ahora bien, en un

137 Kindhäuser, U., Derecho penal de la culpabilidad y la conducta peligrosa, 1996, p., 18.

138 Kindhäuser, U Opus cit.

139 Kindhäuser, U Ibídem., p., 18-19

¹⁴⁰ Según esta concepción, el dolo y la imprudencia eran considerados formas de culpabilidad. Algunos de los autores destacados que defendieron tal tesis son Von Liszt, Kohlsrausch y Radbruch. Gran parte del mérito en cuanto a la crítica de la teoría psicológica de la culpabilidad, se le debe a Frank, quién explicó cómo según ella no se puede sostener el estado de necesidad como excluyente de la culpabilidad ni la imputabilidad como parte de la culpabilidad, ya que en ambos casos, el sujeto activo obra con dolo. Al respecto puede verse su obra “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad” (1907).

intento por unir ambos conceptos en uno general, podemos partir de la siguiente definición:

«La culpabilidad es el tercer carácter específico del delito, consistente en un juicio que permite vincular en forma *personalizada el injusto a su autor, y de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre este, es decir, si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche.*»¹⁴¹

Como se puede ver, a pesar de que aún hoy se discute sobre la teoría normativa de la culpabilidad, y de que existen innumerables ramificaciones, sí se puede afirmar de que es la teoría dominante por cuanto como ya se ha dicho, supera las limitaciones de su antecesora (teoría psicológica de la culpabilidad) y, aunado a ello, debe reconocerse que sirve como base a la mayoría de posturas actuales. Es decir, al menos se ha de estar de acuerdo con ella en que:

«Conforme a esa nueva orientación, la culpabilidad penal dejará de verse como un nexo psicológico con el resultado de la conducta, pasando a convertirse en una valoración: es la *reprochabilidad* de la conducta antijurídica, la desaprobación que se sintetiza en un *juicio de reproche* (“Schuldvorwurf”)»¹⁴²

En total correspondencia con lo señalado, la jurisprudencia nacional ha señalado que:

¹⁴¹ Zaffaroni, *Ibidem*, en nota 1, p., 503

¹⁴² Fernández, G., *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, 2006, p., 24.

«Nuestra legislación y jurisprudencia son herederas de este tipo de pensamientos, en la raíz del numeral 71 del Código Penal y de la jurisprudencia nacional que le analiza yace el germen del principio de culpabilidad, cuyo propósito es el de contener o reducir la magnitud de las sanciones cuya competencia es prerrogativa estatal, el cual, partiendo del análisis del ilícito como hecho histórico y atado al sujeto en específico, busca dar con el monto del castigo preciso para cumplir las funciones de la pena no como una meta teórica, sino como una posibilidad buscada. Así, en el voto 295-2007 de las 12:00 horas del 21 de marzo de 2007 dictado por esta Sala de Casación, se estimó que *"IV. [...] La importancia de la culpabilidad está no sólo en que es un elemento más de la teoría del delito, sino que funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada ... La culpabilidad normativa, obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento del hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable... Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanta mayor reprochabilidad mayor pena.*»¹⁴³

Las diferencias doctrinales surgen a partir de ese punto, es decir, cómo habrá de hacerse ese juicio de reproche. Sin embargo, la importancia del cambio operado a partir de Frank y Goldschmidt, y, complementado por Freudenthal es de innegable importancia. El tema de la culpabilidad, independientemente de cómo se defina¹⁴⁴, se ha de relacionar con la imputabilidad. Tal es el aspecto que nos

¹⁴³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto número 109 de las 10 horas con 35 minutos del 11 de febrero de 2011.

¹⁴⁴ Roxin identifica al menos cinco vertientes dominantes para darle contenido real a la categoría de la culpabilidad, dentro de las que se esbozan: "la culpabilidad como 'poder actuar de otro modo', la culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada, la culpabilidad como deber responder por el carácter propio,

ocupa propiamente, ya que como se vio, es esa primordialmente la misión de los dictámenes psicológicos forenses. En este sentido, tal es una labor excepcional dentro del Derecho penal de adultos (a diferencia del Derecho penal juvenil), ya que la norma es que un adulto que comete un *injusto*, sea imputable. Nuevamente, la Sala se ha manifestado sobre tal punto, y en lo conducente ha señalado que:

«VII. [...] Sobre la ausencia del examen a que se refiere el artículo 87 del Código Procesal Penal, este nunca fue pedido por alguna de las partes. Así se constata al observar la declaración del encartado en la etapa de investigación, donde este fue asesorado por un defensor particular (Ver folio 8), durante la audiencia preliminar (folios 52 frente y vuelto) y, al celebrar el debate (Ver folios 69 al 74), que se haya alegado la inimputabilidad del acusado, ni de la prueba se desprende tal posibilidad, para que el examen resulte fundamental. Cabe indicar que el agraviado hizo ver que el acusado ya llevaba dispuesta un arma de fuego entre sus pertenencias, así como también, que procedió a deshacerse del arma luego de perpetrados los disparos, para finalmente, advertirle que no lo acusara con la policía y salir corriendo del vehículo evidenciando el conocimiento de la ilicitud del accionar desplegado. La sola omisión de la pericia extrañada por el recurrente, sin que se acredite su esencialidad, no resulta violatoria del debido proceso, según ha estimado la Sala Constitucional en la resolución 154-00, de las 16:12 horas, del 5 de enero de 2000. De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala, al respecto ha estimado que: *“Es necesario señalar que el examen previsto en el artículo 87 del Código Procesal Penal, tiene como fin contribuir a aclarar el nivel de culpabilidad del acusado. Pero en ningún sentido, se puede afirmar que dicha prueba resulta indispensable en todos los casos, pues la culpabilidad puede acreditarse por medio de cualquier elemento probatorio lícito, tal como lo dispone*

la culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales y la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”. (Roxin, como en nota 4, pp., 799-807 ss.

el artículo 182 del Código Procesal Penal. Además, la culpabilidad es algo que se presupone, siendo entonces incumbencia de quien alega causas excluyentes o atenuantes de la misma (como la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida), el demostrarlas. En este caso, el a quo, a folio 239, estableció la imputabilidad del acusado. Ello, aunado a que A. no ha alegado nunca que a su favor debe considerarse alguna causa eximente o atenuante de culpabilidad, evidencia que en el presenta asunto, el reclamo se formula para que se observe una forma simplemente por el afán de cumplirla, pero en ningún momento acredita que se le haya causado algún agravio por no efectuarse el examen contemplado en el artículo 87 del Código Procesal Penal...” (Sala Tercera. Voto 410-2006, de las 11:40 horas, del 5 de mayo de 2006). En esta misma línea, se observa que el a quo hizo todo un análisis para justificar la capacidad de culpabilidad que tenía en el enjuiciado, a folios 87 vuelto y 88 frente, donde cabe resaltar cuando expresa que: “ ... conforme a lo analizado, el acusado ha tenido el conocimiento de que su conducta , es contraria al ordenamiento jurídico y pudo determinarse de acuerdo con el mismo, ya que no existe prueba alguna que determine el desconocimiento que exige la norma por la que se le condenó...el imputado no es inimputable, tiene conservada su capacidad mental y no existió ningún error sobre el conocimiento de que sus acciones están prohibidas en las normas del ordenamiento jurídico....” (Ver folios 87 fte y 88 vto).» ¹⁴⁵

Como ya se ha dicho, tratar de esbozar una definición o siquiera una teoría unitaria actual de la culpabilidad, es tarea harto compleja, y, por lo demás, irrealizable. Ello en virtud de la gran cantidad de opiniones disidentes en la doctrina especializada. Por ello se ha tratado de apuntar algunos componentes básicos de la categoría alegada. En la misma línea, se indicarán a continuación una serie de elementos correspondientes también a la culpabilidad, pero esta vez

¹⁴⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto número 80 de las 16 horas con 16 minutos del 31 de enero de 2011.

más relacionados con su exclusión, o si se quiere, con la capacidad de culpabilidad. En ese sentido, se tratará de reforzar las opiniones de la jurisprudencia nacional, con criterios doctrinarios. Ello por cuanto el objetivo posterior es el de comparar los enunciados de los operadores jurídicos autorizados, con lo que se da en la realidad de los dictámenes forenses. Iniciando con esa nueva línea, resulta pertinente revisar el criterio de la Sala Tercera, que sobre ello ha mencionado que:

«La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho (...) Para poder formular un juicio de reproche a quien ha cometido un acto ilícito (típico y antijurídico), es necesario que el autor posea capacidad de culpabilidad, es decir, es necesario que el autor tenga una capacidad psíquica que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación.» (Sentencia No. 2010-0957, de las 16:30 horas, del 14 de septiembre de 2010). Al igual que en el precedente anterior, en este caso es el primer elemento de la culpabilidad en sentido estricto – la capacidad de culpabilidad (también llamada imputabilidad) –, el que tiene relevancia para el caso, y que no fue suficientemente analizado por él *a quo*»¹⁴⁶

Así mismo, se menciona que:

«Los encartados R., M. y Y. son personas mayores de edad, -de 32, 30, y 30 años de edad respectivamente para la fecha de los hechos-, plenamente responsables de sus actos, que no han mostrado ningún tipo de limitación para comprender la distinción entre lo lícito y lo ilícito, lo permitido y lo no permitido u otro tipo de limitación mental que hiciere suponer en estos inimputabilidad alguna, aspecto que en todo caso no ha sido objeto de controversia. El juicio de reproche de una persona que resulta ser imputable, debe ser visto en relación con el caso

¹⁴⁶ Sala Tercera, como en nota 124.

concreto, tomándose en cuenta las circunstancias que expresamente preceptúa el artículo 71 del Código Penal. Para los efectos de la culpabilidad y el juicio de reproche la doctrina señala, que: “La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo pueden darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella.” (Así Muñoz Conde, Francisco y otra, página 374).»¹⁴⁷

Tomando como referencia los criterios jurisprudenciales anteriores, es posible ver como el asunto de la imputabilidad es equiparado a un asunto de capacidad mental. Se puede ver a simple vista entonces, el por qué se ha echado mano de la psicología (y la psiquiatría, según sea el caso) para poder determinar ese aspecto. Ello, claro está, cuando existan elementos que hagan dudar de dicha capacidad. Sin ir en detrimento de lo anterior, conviene complementar la concepción expuesta por la Sala Tercera con la siguiente clasificación bipartita del concepto que nos ocupa:

«(P)ara nosotros la imputabilidad encierra una doble acepción: *objetiva*, en cuanto refiere el acto al sujeto, y *subjetiva*, en cuanto exige en el sujeto previa capacidad para esa referencia o imputación»¹⁴⁸

Según ello, se puede afirmar que la Sala hace referencia al concepto subjetivo de imputabilidad y, más aún, que es tal acepción, la que tendrá que valorar el perito psicológico en su momento. En otras palabras, cuando se realiza el estudio de la imputabilidad, en su sentido subjetivo, se hace en cuanto a la persona como tal. Al hacer dicho análisis, de entrada, no parece que se haga uso

¹⁴⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto número 367 de las 8 horas con 56 minutos del 8 de abril de 2011.

¹⁴⁸ Díaz, P., Teoría General de la Imputabilidad, 1965, p., 20.

de algo que se pueda etiquetar como “derecho penal de autor”, pero sí no se tiene el cuidado debido, otra podría ser la situación en la práctica, lo cual se analizará de seguido. Como muestra de lo anterior, véase que:

«Por ello introducimos el estudio de la imputabilidad en el tratado del delito, pero sin desconocer que a través de la imputabilidad se infiltra en el Derecho penal el estudio cada vez más vigoroso de la personalidad del delincuente, su perfil biológico o psicosomático»¹⁴⁹

Recapitulando lo dicho hasta el momento, se ha visto que una de las misiones primordiales de la psicología forense, es la de servir como auxiliar del juez para determinar la capacidad de culpabilidad o la imputabilidad (o inexistencia de esta) en un imputado, como parte de los presupuestos para poder emitir un juicio de reproche sobre este. Tal es la función manifiesta, que se le ha otorgado a los dictámenes psicológicos forenses. Además, se ha hecho mención de algunos apuntes del estado doctrinarios y jurisprudenciales actuales sobre tales cuestiones. Se inició de manera general con la categoría de “culpabilidad” para luego pasar a analizar aspectos más puntuales de sobre la imputabilidad. Finalmente, se puede seguir, entonces, con el análisis crítico de los mencionados dictámenes para poder constatar si se exceden de los límites impuestos por el derecho positivo (tanto sustantivo como procesal) y los principios jurídicos defendidos en Costa Rica por la jurisprudencia judicial.

¹⁴⁹ Díaz, P. *Ibidem*.

Sección III. Análisis crítico de los Dictámenes Psicológicos Forenses.

Los test psicológicos, la mayoría de ellos no están hechos para medir específicamente capacidades de entendimiento, se miden conducta, rasgos de personalidad, estados de ánimo, funciones mentales, manejo de control de impulsos, de estrés postraumático. No hay un test específico para una situación forense específica.

(Carmen Zeledón Grande)

Se analizarán, a continuación, algunos dictámenes psicológicos forenses, reales, que se han utilizado en procesos penales en Costa Rica. La función de los mismos, no será la de constituir un elemento de significativa importancia estadística, en virtud de que el tamaño de la muestra es bastante reducido. Tal situación es posible explicarla desde dos circunstancias puntuales. En primer lugar, el tipo de análisis de los dictámenes, no exige una gran cantidad de ellos, ya que su estructura (que es el aspecto de interés acá) es la misma en todos ellos, con requerimientos legales preestablecidos, como ya se vio. En ese sentido, se tratará de exponer con claridad la misma, y los fragmentos que se transcribirán, servirán de mero ejemplo.

En segundo lugar, se ha complementado el estudio con una entrevista¹⁵⁰ realizada a la Msc. Carmen Zeledón Grande, quién amablemente colaboró con la presente investigación, y ayudó ampliamente en el sentido de poder comprender realmente la estructura de las pericias y su confección. Al ser la mencionada profesional, psicóloga de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense, se considera que la obtención de una cantidad mayor de dictámenes se torna innecesaria, ya que en todo caso, estos servirían para engrosar los ejemplos posteriores, pero no aportarían nada en cuanto a la estructura y contenido de los mismos. Además, de todo esto, se reforzará la presente sección, con alguna doctrina especializada, por lo que se cree que se cubrirá el tema con las herramientas necesarias.

Finalmente, se realiza la aclaración en el sentido de que la mayoría de los dictámenes que se transcribirán corresponden a causas seguidas por delitos sexuales. Salvo tres de ellos, se elige el área sexual, en razón de que es donde mejor se puede ver ejemplificada la problemática por la exposición de la vida privada de los imputados en las pericias. En el caso de los que no pertenecen a ese grupo de delitos, se incluyen por constituir ejemplos bastante fértiles para el presente trabajo.

III.I Estructura de los dictámenes psicológicos (o psiquiátricos) forenses

Se inicia en el encabezado de los dictámenes con la denominación, “Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense”, o “Dictamen Pericial Psicológico Forense. Lo primero resulta curioso, ya que la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense, cuenta con un solo psiquiatra, quién es su jefe. El resto de los peritos son psicólogos. Ello es problemático en el sentido de que estas disciplinas son

¹⁵⁰ Ver nota 125.

complementarias, y no son pocos los casos en los que se requiere de un trabajo en conjunto de dichos profesionales. Tal situación la explicaba la Msc. Zeledón Grande al mencionar que:

«Inicialmente la sección trabajaba a nivel interdisciplinario, el psicólogo y el psiquiatra trabajaban juntos, aunque nos separaban los dictámenes (es decir este va para psiquiatría o este para psicología) siempre nos nutríamos unos a otros. Si era un caso en el que había una enfermedad física de por medio el psicólogo iba y se sentaba con el psiquiatra a conversar de ese caso y daba como un aporte que posteriormente iba a ser incluido en el dictamen donde se señalaba que hubo una inter-consulta y viceversa. Donde hay aspectos donde el psiquiatra no puede profundizar por que las técnicas no le pueden dar esos datos específicos como es un C.I. o donde hay dudas de si ese C.I. esta dentro de lo normal o era una patología o deficiencia entonces el psicólogo aplicaba las pruebas, hacía una observación clínica y podía rendir ese informe, igual para asuntos de trastornos mentales o rasgos de personalidad donde había una duda en ellos de algo entonces hacían la inter-consulta. O casos que eran de simulación, muchos de ellos se trabajaban inter-disciplinariamente. Hoy como cambió un poco la situación de la sección, nos hemos encontrado con esas deficiencias, no tenemos los otros colegas para abordar el tema. De psiquiatras solo tenemos al jefe. Ya ahora ya no están los psiquiatras, en ese tiempo podíamos trabajar inter-disciplinariamente, ahora sí hay que ser muy clara en la separación. A partir de este año fue que se tomó esas medidas de hacer muy clara la separación de qué es lo único que puede responder el psicólogo y a qué no puede responder el psicólogo¹⁵¹.»

¹⁵¹ Zeledón, C., como en nota 125.

Dicho señalamiento es realmente substancial, ya que se suma a la gran cantidad de advertencias en cuanto a las limitaciones que enfrenta cada dictamen en particular. En especial, si se toma en cuenta una segunda advertencia:

«Sería preferible, no necesariamente significa que el psicólogo no lo pueda ver, pero sería preferible que un caso de insania lo viera un psiquiatra, si de por medio hay enfermedades físicas y está bajo tratamiento. Este tipo de peritajes es preferible que lo vean los psiquiatras por que va a ver ciertos aspectos dentro del peritaje que no va a poder tocar el psicólogo, como si este tipo de medicación ese eficaz sí o no a largo plazo¹⁵².»

Desde ya surge entonces la pregunta, acerca de la funcionalidad de una Sección que debe emitir constantemente criterios sobre personas, que se sospechan, ostentan algún nivel de insania o “enfermedad mental”. Es decir, los imputados que son valorados por dicha Sección, presentan alguna sospecha sobre su capacidad mental, o “imputabilidad”, por lo cual resulta paradójico, que por las razones que sean, no existan los profesionales de la salud especializados en el campo de la insania. También es justo resaltar el hecho de que algunos dictámenes se rotulan como “psicológicos”, lo cual no libra de las objeciones anteriores, pero al menos, sí resulta más preciso.

Dejando de manifiesto dicho aspecto, es pertinente continuar con la estructura de las pericias. Entonces, se sigue al encabezado con los datos propios del proceso penal en particular. De seguido, se imponen las calidades del imputado que se valorará, así como la fecha en la cual se valoró el mismo. Se indica además, si viene sólo o acompañado por alguien a la entrevista. Además,

¹⁵² Zeledón, C Ibidem.

se deja una constancia que informa sobre la voluntariedad de la pericia.¹⁵³ Podría pensarse erróneamente, que al ser voluntaria la valoración, pierde algún sentido la presente investigación, sin embargo, tal afirmación se aleja de la realidad. Con el solo hecho de que exista la posibilidad de crear indefensión al imputado, se debe eliminar el portillo. Piénsese, que el defensor podría estar cometiendo un error al recomendar al encartado someterse a una pericia de esta especie, de confirmarse la hipótesis planteada en el presente trabajo.

Tales son los aspectos formales que se incluyen al inicio de cada dictamen. En algunos casos se transcribe el motivo de la referencia, mientras que en otros se omite. Propiamente, tal apartado no pertenece en sentido estricto a la pericia, ya que es el despacho en cuestión quién señala ese aspecto. A manera de ejemplo, véase este motivo de referencia:

«Valorar las habilidades funcionales, cognitivas, así como, emocionales y características personales del imputado, así como, los rasgos de la personalidad. Valorar el estado mental y emocional del ofendido de manera total, indicar si se encuentra perfectamente en su estado mental (...)»¹⁵⁴

Previo a pasar a la estructura evaluativa propiamente hablando, parece importante indicar que dentro de las calidades que se le consultan al evaluado/imputado, se incluye, a parte de las usuales (nombre, cédula de identidad, fecha de nacimiento, estado civil, escolaridad, etc.) también su religión. Ello es curioso, ya que prácticamente para ninguna otra diligencia en el proceso

¹⁵³ Usualmente, se utiliza el estribillo: “*Se le informa al evaluado acerca del carácter de voluntariedad de la actual valoración y de su derecho a que esté presente su abogado; enterado de sus derechos, contesta estar de acuerdo con la misma, a pesar de que su abogado no está presente*”. Evidentemente, la última frase podría variar según si estuviera el abogado defensor, sin embargo, no se estila tal práctica usualmente, en especial en casos de defensores públicos, los cuales rara vez acompañan a sus representados a este tipo de diligencias.

¹⁵⁴ Dictamen Pericial Psicológico Forense número SPPF-2011-0075, del 27 de enero de 2011.

penal se podría requerir tal información. Inclusive, en la juramentación de los testigos, la pregunta de estilo es “¿cree en Dios?”, pero nunca se consulta por la religión. Aunque parezca irrelevante, podría argüirse lo contrario, en especial si se toma en cuenta que el Estado costarricense ostenta una religión oficial. Piénsese en el ejemplo de un imputado que responda que profesa el “satanismo”. Desde entonces, la imagen que se formen los juzgadores de aquel, correrá un cierto peligro.

Entonces, continuando con la estructura del dictamen, siempre se deja constancia de la metodología empleada, en la cual se incluyen además, las diversas fuentes de información adicionales, test practicados y, en general, cualquier medio empleado para la obtención de la información necesaria. Sobre ello, procede acotar que:

«Una vez que esté presente, es el perito el que identifica cuanta información necesita para poder señalar. A veces, con solo la entrevista y el examen mental, porque resulta que ni siquiera pruebas, se le puede aplicar: la persona está tan deteriorada que ni siquiera una prueba se le puede aplicar, entonces con solo la observación conductual y la entrevista ya puede sacar información. En algunos casos entrevista, observación conductual y necesita la denuncia, las declaraciones. En otros necesita los expedientes clínicos. Los expedientes clínicos siempre tienen que venir de por sí, pero como te digo no hay una regla, eso lo establece el perito. Cada persona es un universo individual y diferente y hasta que el perito no lo ve, el perito no puede señalarlo y cada caso siempre va a ser diferente. Lo único que se necesita para todos es que la persona esté presente¹⁵⁵.»

¹⁵⁵ Zeledón, C., como en nota 125.

Según es posible extraer de lo anterior, el perito es quién valora la cantidad de información que se ha de plasmar en el dictamen, la cual es altamente variable. Continuando con la estructura general del informe, ha de ser dicho que estos contienen un sumario de los antecedentes patológicos, los cuales se dividen en familiares y personales, y estos a su vez, en médicos, psiquiátricos y/o psicológicos, sociales y legales. Seguidamente se incluyen las valoraciones del perito en la sección de la “observación conductual”, también denominada “examen mental” y “observación clínica”. Además, se suelen incluir los resultados de algún instrumento de medición psicológica o test, de ser el caso que fuera utilizado alguno. Asimismo, es posible ver como en ocasiones, se divide la observación conductual, y se deja constancia de la entrevista forense en un apartado aparte, para dar pie a la reseña de las discusiones profesionales y conclusiones.

III.II Análisis de las secciones que conforman el dictamen forense.

Tal es, de manera básica la estructura de los dictámenes psicológicos forenses. Es menester, entonces, ventilar cada una de estas divisiones, intentando encontrar elementos de interés para la investigación. En cuanto a la metodología, se ha dicho que dependerá del criterio del perito. Sobre tal aspecto, se han advertido algunas dificultades relacionadas con la gran variedad de corrientes psicológicas y sus diversos instrumentos de medición:

«(N)o existe una sola psicología sino que, dentro de la disciplina así denominada, hay varias corrientes que partes de diversas posiciones epistemológicas y que utilizan tantos instrumentos distintos, todos los cuales

presuponen una visión de mundo del terapeuta que puede ser cuestionada desde otros paradigmas.»¹⁵⁶

«Es que no podríamos hablar de una escuela psicológica en específico. Por ejemplo está el psicoanálisis, está el conductismo. La psicología forense es muy amplia»¹⁵⁷

Ya sobre el punto de la diversidad de escuelas en la psicología, se han realizado apuntes (*supra* Capítulo II.II) acerca de los posibles problemas que conlleva esto. Sin embargo, vale la pena resaltar el hecho de la posibilidad de una gran variabilidad de las mediciones realizadas según el perito. Sin embargo, continuando con el tema de marras, se han de analizar algunos ejemplos de los antecedentes que se consignan en la sección correspondiente de los dictámenes. Véase el siguiente caso de algunos antecedentes que se consignan:

«Psiquiátricos: refiere: “Estuve en IAFA hace como cinco años, porque estaba consumiendo drogas. Me vio una psicóloga de apellido Castillo, fue por seis meses, por un proceso que me habían quitado los niños porque me dijeron que yo tenía que recibir terapia.»¹⁵⁸

En dicho caso, al encartado se le sigue un proceso por abuso sexual contra menor de edad. Y, es posible observar cómo menciona un incidente en relación con sus hijos. Es acá donde surge un aspecto de interés, ya que como se ve, no sería difícil imaginar que un juez pudiera empezar a formarse una cierta imagen negativa del imputado en cuestión. Más adelante, se verá como este mismo

¹⁵⁶ Chan, G., et al., Violación de derechos fundamentales y criminalización secundaria en el sistema de justicia penal juvenil, 2003, p., 79

¹⁵⁷ Zeledón, C., como en nota 125.

¹⁵⁸ Dictamen Pericial Psicológico Forense número SPPF-2011-0154 del 18 de febrero de 2011

encartado relata historias que también podrían ser prejuiciosas para él en ese mismo sentido. Inclusive, continuando con los antecedentes en ese mismo caso:

«PANI: refiere: “Hace cinco años intervinieron la primera vez, porque yo fui agresor de mi esposa, discutíamos, eran gritos en la casa, pleitos, empujones, mi carácter ha sido horrible, y no corregía de una buena manera, con los niños cuando hacían cosas malas, y yo corregía a faja y la mamá no permitía y le molestaba que yo actuara y empezaba la discusión con ella (...)»¹⁵⁹

Declaraciones como la anterior, pueden ser determinantes a la hora de inclinar la balanza en una decisión judicial. En especial en materia de delitos sexuales, donde por la misma naturaleza delictual, las pruebas no son abundantes y peritajes como estos, pueden tener un peso enorme. Al respecto, sea dicho que el asunto de los antecedentes es ciertamente peligroso. Véanse estos otros ejemplos:

«Afirma haber sido agredido de niño tanto física como sexualmente pero refiere que no recuerda detalles y permanece en silencio cuando se le pregunta de forma específica (...) Abuso sexual: refiere que cuando niño fue violado pero no amplía »¹⁶⁰

No resulta difícil el caso de imaginar a una persona agredida sexualmente cuando joven, que intente reproducir dicho patrón. Entonces, es comprensible como una afirmación como la que se transcribió puede tomarse por parte del juez, como una pincelada en el retrato mental que este se forme del imputado. Esto, por supuesto, ocurre en un plano involuntario. Es decir, los seres humanos (¡jueces

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2007-2176 del 21 de septiembre de 2007

incluidos!) no están nunca exentos de prejuicios, emociones, impresiones, etc. Así que, aunque no se quiera dejarse influenciar por estos aspectos, es claro que cabe la gran posibilidad. Véase este caso a contrario *sensu*:

«Niega fugas de su casa, problemas legales a parte del investigado, abuso sexual infantil, deambulación, prostitución, pertenencia a una pandilla, maltrato a animales.»¹⁶¹

En esta oportunidad el encartado niega todos esos aspectos, pero ¿cuál sería el concepto que se podría formar un juzgador si por el contrario, los afirmara? De nuevo, la respuesta, aunque imposible de responder, sí tendría que inclinarse por el lado de lo problemático. En ese caso, nuevamente el defensor no se encontraba presente. Podría decirse que el encartado, atinó en sus respuestas. El tema y la preocupación por el mismo no son nuevos, y de nuevo el Prof. Chan, manifestaba su consternación al respecto:

«(L)a intervención de los profesionales en psicología del Poder Judicial en Costa Rica está cumpliendo una labor clasificatoria de los/as jóvenes, a partir de la imposición de etiquetas. En numerosas ocasiones dicha labor se realiza mediante el traslado llano y simple de los contenidos o tipologías que proveen los catálogos de normalidad»¹⁶²

El punto es que se utiliza una ciencia auxiliar del Derecho, como la psicología, que desde su óptica, realiza clasificaciones. Pero desde la óptica del Derecho impone etiquetas. Es decir, aunque el objeto de ambas ramas es el ser humano, los enfoques distintos de ambas, hacen que según la corriente jurídica y

¹⁶¹ Como en nota 151

¹⁶² Chan, G., Ob. Cit., p., 99

psicológica que se sigan, pueda darse el caso de que sean incompatibles. Otra opinión importante sobre ese aspecto indica que:

«(L)a pericia psiquiátrica permite doblar el delito, tal como lo califica la ley, con toda una serie de otras cosas que no son el delito mismo, sino una serie de componentes, maneras de ser que, claro está, se presenta en el discurso del perito psiquiatra como la causa, el origen, la motivación, el punto de partida del delito.»¹⁶³

Tal situación que Foucault advertía hace ya bastante tiempo, se puede ver claramente en los fragmentos de dictámenes que se han transcrito. Esto es, en la pericia se deja constancias de ciertas “maneras de ser” del encartado. Las mismas se hacen constar en el dictamen, precisamente por que llaman la atención del profesional, quién además, es el que guía el relato con sus preguntas, que, evidentemente, también denotan un juicio de valor sobre los temas que a su criterio pueden ser importantes.

En relación con la siguiente parte de los dictámenes, es decir, la evaluación forense, observación clínica o conductual, sucede también lo mismo. En primer lugar, se debe comprender en qué consiste dicha técnica:

«Es una serie de preguntas y de observaciones que se hacen del sujeto que estás valorando (...) Cada una de estas preguntas es una valoración a una capacidad del sujeto o a una característica psicológica del sujeto. Pero además, estás observando al sujeto, estás observando sus reacciones, estás observando su posición, estás escuchándolo, estás viendo caminar, como viste, etc. Y todo eso, va arrojando elementos, que vas a anotar y que vas a plasmar en la

¹⁶³ Foucault, M., Los Anormales, 2000, p., 28.

valoración. (...)Y la observación clínica, te la da a través de los años, la capacidad de poder identificar o hacer la re-lectura de algún elemento que estás observando te la da a través de los años (...) Y esta observación clínica va a ser parte de los datos o de la información que yo voy a tomar en cuenta para poder basar mis conclusiones.»¹⁶⁴

Nuevamente, surgen gran cantidad de dudas sobre un procedimiento con tanto riesgo de subjetividad. Anteriormente, se transcribió un voto en el cual la Sala Tercera afirmaba que no se podía pensar darle una validez absoluta a estas pericias, mucho más sujetas a la interpretación del perito que otras, como las de la Sección de Ingeniería Forense, por ejemplo. Sin embargo, probablemente la Sala no esté consciente de la magnitud de la interpretación que puede realizar el perito psicológico. Curiosamente, se justifica la técnica en este caso, desde la experiencia. Tal recurso, se criticó severamente al psicoanálisis desde Popper, quién lo tachó de “pseudo-científico” o “metafísico”. Es decir, no pasa la prueba propuesta por dicho autor para identificar un conocimiento científico, cual es la “testabilidad” o la “refutación”. A continuación algunos ejemplos:

«Usuario que llega deambulando por sus propios medios, vestido con una camisa de color verde y pantalón de mezclilla negro, sin tatuajes en áreas expuestas, utiliza un lenguaje claro, con voz y tono normales, globalmente orientado, cooperador. Afecto eutímico¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Zeledón, C., como en nota 125.

¹⁶⁵ Eutímico: Estado de ánimo dentro de la gama "normal", que implica la ausencia de ánimo deprimido o elevado. (Así en: http://www.psicomed.net/dsmiv/dsmiv_glosario.html, visitada el 24 de noviembre de 2011). Es importante aclarar que este y otros términos técnicos utilizados recurrentemente no se explican en el dictamen por parte de los especialistas.

(...) Con una memoria normal, con capacidad para reconocer la diferencia entre el bien y el mal, la verdad y la mentira, la realidad de la fantasía (...) Con un juicio crítico apropiado»¹⁶⁶

Sobre afirmaciones como la de reconocer la diferencia “entre el bien y el mal” no hace falta ser un fanático del pensamiento analítico, para advertir faltas de precisión de ese tipo. Es decir, ya se dejó en claro como en la sección anterior, que el concepto de imputabilidad sostenido por la doctrina y en la jurisprudencia en general, a pesar de no ser unitario, sí ha superado cuestiones de ese tipo. No se trata de distinguir entre el bien y el mal, sino de comprender el contenido de la norma y de los actos jurídico-penalmente relevantes en relación con esta. Además, conceptos como el de la “claridad del lenguaje” han sido ampliamente criticados, por ejemplo, por movimientos como el “realismo jurídico” o el “CLS.”¹⁶⁷ En ese sentido, cabe resaltar el hecho de que la claridad dependerá siempre y en todos los casos, del receptor del mensaje, lo cual torna sumamente difícil ubicar dicha categoría como un aspecto objetivo.

Otros ejemplos:

«Su vestimenta y apariencia es acorde con su sexo y edad cronológica. No muestra descuido en su apariencia.»¹⁶⁸

«X se presenta con vestimenta sucia pero adecuada a su edad y género (...) Se expresa con vocabulario popular y adecuado tono de voz.»¹⁶⁹

¹⁶⁶ Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2007-0716 del 13 de abril de 2007.

¹⁶⁷ Critical Legal Studies.

¹⁶⁸ Dictamen Pericial Psicológico Forense número SPPF-2010-1473 del 22 de noviembre de 2010.

¹⁶⁹ Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2010-1433 del 11 de noviembre de 2010.

De lo transcrito, se puede afirmar que la observación clínica, parece compartir las características de la observación común. Esto es, se observa a un sujeto y a partir de ahí se vierten ciertos juicios de valor acerca de su “normalidad” basados, (como no puede ser de otra forma) en los parámetros personales sobre lo que puede constituir una determinada conducta o característica como “normal” o “anormal”. Con un poco de acidez, Bierce captura el escepticismo de este tipo de evaluación, cuando hace mofa de una categoría como la de “absurdo”:

«Absurdidad: Un grado de creencia manifiestamente contradictorio con nuestra propia opinión.»¹⁷⁰

A pesar del humor crítico con el que el autor intenta plasmar la idea, esta no por ello debe pasarse por alto. Todo lo contrario, se ajusta como anillo al dedo, a lo que sucede en el caso de la observación clínica. Es decir, será algo absurdo (o insensato) lo que al evaluador le parezca como tal. Igual suerte correrá lo que sea calificado por parte del mismo como sensato o “normal”.

Finalmente, con respecto a las conclusiones de los dictámenes, a continuación se muestran algunos ejemplos:

«En relación con la presente causa, menciona que cometió el delito porque quería conseguir drogas y que desde que se encuentra privado de libertad no ha vuelto a consumir.»¹⁷¹

¹⁷⁰ Bierce, A., El Diccionario del Diablo, 2005, p., 17.

¹⁷¹ Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2008-1505 del 20 de octubre de 2008

«Se trata de un sujeto que mantiene, desde el punto de vista pericial psicológico, clínico y forense sus capacidades mentales superiores para reconocer el carácter y consecuencia de sus acciones.»¹⁷²

«En conclusión, en la pericia psiquiátrica forense realizada hoy, se encuentra que el usuario no tiene síntomas ni signos de enfermedad psiquiátrica.»¹⁷³

«Además, según menciona el señor D., él ha consumido tanto licor como drogas, utilizando parte del presupuesto familiar para solventar su vicio, además, menciona que ha mantenido relaciones sentimentales con otras mujeres, al mismo tiempo que mantenía relaciones con su esposa (...)»¹⁷⁴

Es posible observar entonces, que en la segunda y tercera citas, a pesar de que se limita el perito a indicar la capacidad mental del encartado, ya ha dejado constancia de mucho más que eso. Además, se ha notado que en algunas conclusiones, como la primera y la cuarta, se refieren nuevamente aspectos personales algo llamativos y negativos de los imputados. Entonces, en relación con el objetivo principal de la investigación, cual es, saber si los dictámenes forenses aportan elementos del Derecho penal de autor, incompatible con el ordenamiento jurídico costarricense, ha de responderse que tal vez.

Aunque parezca paradójico, no lo es tanto, por las razones expuestas en relación con la información necesaria de cada dictamen. En efecto, podría darse según el caso que en alguno de ellos se incluya demasiada información, mientras que en el otro, no sea este el caso. Además, la posibilidad expresada en el “tal

¹⁷² Como en nota 165.

¹⁷³ Como en nota 163.

¹⁷⁴ Como en nota 155.

vez” que se ofrece como respuesta, va a depender también de la cabeza del juez, que es quién finalmente valorará las pericias brindadas, asignándoles el valor que considere prudente.

Empero, se puede tratar de comparar los dictámenes con las corrientes revisadas sobre el Derecho penal de autor (*supra* Capítulo I). En aras de ellos, procede indicar que en cuanto al Nacional Socialismo, no parecen existir rastros localizables en las pericias de interés. Ello en razón de que aquella corriente ideológica, era muy fuerte en cuanto a su carácter de discriminación arbitraria, por la que no se echaba mano, ni siquiera de una justificación de alguna ciencia para imponer castigos y divisiones a placer.

En cuanto a Von Liszt y al Derecho penal del enemigo de Jakobs, aunque no guardan relación directa con las etiquetas que puedan surgir de los dictámenes forenses, sí resulta más plausible pensar en la utilización de medios psiquiátricos y psicológicos para identificar los tipos de delincuente, en el primer caso, y, posibles “enemigos” en el segundo. Sin embargo, no se puede atribuir tal empresa ni a dichos autores ni a las pericias psicológicas forenses. Queda tan solo en una posibilidad. Aún así, es claro que la labor que cumplen las pericias psicológicas, trasciende la simple determinación de las capacidades mentales del sujeto, ya que al brindar elementos de su vida privada, sesgan inevitablemente el criterio que del imputado se pueda formar un juez.

Sección IV. Conclusiones

Independientemente de que se esté de acuerdo con algunas de las impresiones personales que se han plasmado anteriormente, se deberá estar de acuerdo con el hecho, de que si lo que se busca con un dictamen psicológico (o

psiquiátrico) forense, es enterarse de las capacidades mentales de un sujeto, al margen de las posibilidades reales de dicha empresa, se logra mucho más. No es posible imaginar la confección de este tipo de peritajes, sin una gran cantidad de información personal del encartado. Dicha información, será requerida por el profesional en psicología para emitir sus conclusiones acerca de la sanidad mental del encartado. Empero, la cantidad de información reunida, que debe además, ser plasmada en el dictamen que verá el juez, dice muchísimo acerca de quién es el imputado.

Esa imagen que se forme el juzgador del juzgado, podrá repercutir en su decisión, lo quiera aquel o no. La situación empeora cuando se toma en cuenta, que en la práctica judicial los encausados asisten a este tipo de valoraciones sin la asistencia de su defensor. Está claro que es un derecho que este se encuentre presente, pero no una obligación, dándose el caso que al menospreciar el alcance de los dictámenes, no son pocos los defensores que faltan a tal práctica judicial. A la sazón de lo dicho, nótese que en todos los dictámenes aquí revisados, ningún defensor asistió a la realización de los mismos.

Al margen de lo dicho acerca de la posibilidad real de relacionar los dictámenes estudiados con alguna de las posiciones expuestas sobre el Derecho penal de autor, lo más preocupante del asunto resulta ser lo siguiente:

1. Por una parte, al ser tan variables los métodos utilizados para valorar al encartado, así como la cantidad de información personal que ha de revelar este a su evaluador (y al resto de actores del proceso, una vez emitido el dictamen) se deja al azar el alcance del instrumento en cuestión. En palabras simples, en algunos casos se dirá que el dictamen cumple con lo requerido y el juez no se enfrenta a la posibilidad de verse viciado. En otros casos, será todo lo contrario.

2. De la mano de lo anterior, el asunto de la subjetividad en la observación clínica deja una serie de dudas en cuanto al peso final del criterio de los profesionales de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense. En virtud de lo anterior, sus dictámenes han de ser necesaria y abiertamente reconocidos uno (o varios) grados por debajo, en la escala de credibilidad de las pericias. Esto muy por detrás de otros peritajes como los de la Sección de Biología Forense, Química Analítica o Pericias Físicas.

Conclusiones Finales

La primera conclusión general ha de ir encaminada a responder el objetivo general planteado al inicio de la investigación. Es por ello que después de haber analizado la estructura de los dictámenes psicológicos (o psiquiátricos) forenses, se considera que no puede hablarse de que sea posible relacionar estos con alguna vertiente de derecho penal de autor puro. Esto es así, porque siempre se parte de la existencia de una acción externa, que haya vulnerado en alguna medida un bien jurídico. Entonces, en sentido estricto, se está frente a una “intromisión” de un cierto elemento clasificatorio o individualizante del autor, pero siempre en relación con su acto.

Inicialmente, de manera precisa, en la justificación de esta investigación, se ha mencionado el aspecto de que en realidad no existen sistemas penales que sean exclusivos de una u otra vertiente (de autor o de acto, según corresponda). De hecho, existen zonas grises del Derecho penal de autor y el sistema penal costarricense, claramente perteneciente a la vertiente contraria.¹⁷⁵ Inclusive, pareciera que incluso el legislador ha considerado necesario una leve existencia del mismo para que nuestro proceso penal pueda operar de manera eficiente. Así es, como en el mismo Código Penal vigente, se encuentran figuras como las de la “reiteración”, la “habitualidad” o la “profesionalidad”:

«(E)s reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme del país o del extranjero (...)»¹⁷⁶

¹⁷⁵ Esto es, Derecho penal del acto.

¹⁷⁶ Código Penal, artículo 39.

«(S)erá declarado delincuente habitual quién después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir.»¹⁷⁷

«(S)erá declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.»¹⁷⁸

Ahora bien, aunque en principio podría hablarse de que la “historia de la vida” del imputado, la cual como se vio puede contener elementos llamativos para el juez (en una manera negativa, claro está) se puede clasificar junto con figuras como las anteriores, tal afirmación tampoco parece ser adecuada. Tal es el caso, debido a que las figuras jurídicas de la reiteración, habitualidad y profesionalidad, son etiquetas que se imponen de manera ciertamente más objetiva. Es decir, para ser catalogado dentro de alguna de ellas, se han de tener juzgamientos que así lo sustenten.

Por el contrario, en el caso de los dictámenes forenses, la intromisión a la vida del encartado, viene dada por la subjetividad de un evaluador, que consigna unos elementos y no otros, en razón de su “criterio profesional”. En ese sentido, según se comprobó, debido a la estructura del dictamen, se registran ciertas circunstancias vitales que pueden hacer que el encartado encaje dentro de un determinado “perfil criminal”, mismo que puede ser, personal del juez o, inclusive, uno estatuido ya en los manuales policiales. Por ello, no podría hablarse de una igualdad de condiciones entre aquellos y estos elementos propios del Derecho penal de autor.

¹⁷⁷ *Ibidem*, artículo 40.

¹⁷⁸ *Ibidem*, artículo 41.

De lo dicho se sigue, que los dictámenes psicológicos forenses pertenecen a una categoría *sui generis* dentro del Derecho penal costarricense. No podrían catalogarse como incompatibles de entrada, pero tampoco como “intromisión de Derecho penal de autor inocua”. Aunque con dichos elementos, se podría confirmar o desechar la hipótesis planteada, se debe tomar en cuenta un aspecto más.

Tal aspecto tiene que ver con lo investigado en la segunda sección del capítulo II. En tal apartado, se repasó la problemática que ha de enfrentar la psicología como ciencia. Y de acuerdo con lo encontrado, parece ser que la psicología no alcanza aún el grado de madurez que se espera de ella por parte del Derecho. Así las cosas, se debe considerar limitar su utilización en el proceso penal, fijando las fronteras de su accionar a las áreas en las cuáles esta ciencia se encuentre más desarrollada, y no, como se quiere hacer, en las áreas donde más se le necesite. Vg., el conductismo se vislumbra como un asistente de mucho valor para los legisladores, sin embargo, el psicoanálisis no parece ser tan bondadoso como analizador de peligrosidad de imputados¹⁷⁹.

Otro escollo lo representa la falta de comunicación existente entre los diversos actores procesales, en torno a los aspectos básicos que se han señalado en la investigación. Aunque esta objeción, viene a ser más de orden práctico no debe dejarse de tomar en cuenta como un elemento más para la confirmación o refutación de la hipótesis, según sea el caso. Entonces, con estas precisiones hechas, es menester indicar que se debe responder afirmativamente la hipótesis, para los casos en los que la información consignada en los dictámenes sea excesiva, o se interprete de manera inadecuada por los juzgadores. Es decir, aunque no se puede confirmar como norma en todos los casos, sí se puede

¹⁷⁹ Ambas afirmaciones a manera de ejemplo, en ambos casos se necesitarían de mayores fuentes de información para poder afirmar una u otra de manera responsable.

confirmar como posibilidad de exceso punitivo, o vulneración de principios del Derecho penal, como la presunción de inocencia.

Tal afirmación es posible respaldarla, en cuanto a la señalada estructura de los dictámenes, y su confección. No obstante, siendo el caso de que existe la posibilidad de excederse por parte del aparato punitivo, en relación con la decisión judicial que se tome en torno al imputado, debería elegirse la no utilización de los mismos hasta que no se realicen las modificaciones correspondientes para un uso más seguro. Estos es, si el proceso penal ha de utilizar instrumentos auxiliares de otras disciplinas para averiguar la “verdad real” de los hechos, estos instrumentos deberían ser lo más precisos posible.

Considerase en consecuencia, que existe una discusión ausente (¡pero necesaria!) en la agenda de la política criminal del país, y sin que antes sea resuelta la misma, no se podrá obtener seguridad contra posibles excesos en la fuerza punitiva, o, inclusive, faltantes en la misma. Ello por la poca seguridad que ofrecen los instrumentos periciales estudiados.

Entonces, con lo dicho hasta ahora, debe valorarse la hipótesis planteada al inicio de la investigación. Sobre el asunto, valga decir, que se descarta parcialmente la misma. En principio, al no poder ubicar las pericias psicológicas dentro de una vertiente pura del DPA, no puede hablarse de una incompatibilidad manifiesta con el proceso penal costarricense. No obstante, sí podría hablarse de elementos discrepantes con el orden jurídico bajo estudio. Ello se comprobaría según cada caso particular.

Sin embargo, como se menciona líneas arriba, el punto no es comprobar individualmente, si a partir de las respuestas dadas por el encartado, y, lo que se

decida consignar por parte del perito en su dictamen, se vulnera algún derecho del imputado. Toda vez, que lo realmente importante, es que, en efecto, existe un portillo por medio del cual, se puede dar dicha situación.

En cuanto a los objetivos puntuales de cada capítulo, es posible descartar el primero de ellos. Ya que, en efecto, se exploraron vertientes importantes del DPA sin obtener resultados positivos en la comparación realizada con los dictámenes. Se puede sostener esto, desde posiciones moderadas como la de Von Liszt, como desde posturas más radicales como el Nacionalsocialismo.

Seguidamente, se lograron examinar algunas de las posturas más representativas de ambos bandos, en cuanto a la discusión sobre la ciencia y su confiabilidad. Inclinarsse por un parcial, elude los fines de este trabajo. Pese a ello, no se puede evitar caer en cuenta, de que la Psicología no es uno de los campos del saber que se pueda librar con mayor soltura de las críticas de los detractores de la ciencia. Más aún, es una disciplina que acaece aún de la fortaleza necesaria para sobrellevar el peso de las peticiones jurídicas más frecuentes.

Finalmente, en cuanto al último de los objetivos puntuales de la tesis, resulta importante enfocar la importancia de reconocer las limitaciones señaladas de la Psicología. Esto porque, en los casos de delitos sexuales, por su misma naturaleza, los medios de prueba no abundan. Entonces, para no vulnerar los derechos del encartado, como los principios procesales preponderantes, no debe recargarse el peso de una decisión jurídica, sobre los hombros de los profesionales en psicología. No se puede pensar, de ninguna manera, que sus dictámenes, vendrán a constituir una bola de cristal del proceso.

Lo que sí se debe hacer, es concientizar a los operadores jurídicos de las posibilidades reales del perito psicológico forense, así como de sus limitaciones. Al mismo tiempo, sería conveniente capacitar de manera dual a los profesionales jurídicos y psicológicos, para tratar de que se comuniquen en el mismo lenguaje, ya que según se observó, ese no es el caso.

Para concluir, ha de mencionarse que lo más relevante que se ha alcanzado con este breve trabajo, no es lo que se encuentra escrito propiamente en él. Por el contrario, lo más notable es aquello que apenas se insinúa, lo que se dejó latente y la discusión pendiente. Todo lo cual forma parte de una agenda postergada (o ignorada) en una materia tan trascendente como la vida misma, ya que es eso y no otra cosa, lo que se juzga detrás de cada sumaria.

Bibliografía

Libros

1. Bastide Roger. (2005). Sociología de las enfermedades mentales. 12ª edición, Buenos Aires (Argentina): Siglo XXI editores S.A.
2. Bunge Mario. (1967). La Ciencia, su Método y su Filosofía. 1ª edición, Distrito Federal (México): Ediciones Quinto Sol, S.A.
3. Bierce Ambrose. (2005). El Diccionario del Diablo. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Longseller.
4. Cancio Meliá M. y Gómez-Jara Diez C. (2006). Derecho Penal del Enemigo. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Edisofer S.L.
5. Chan Gustavo et al. (2003). Violación de derechos fundamentales y criminalización secundaria en el sistema de justicia penal juvenil. 1ª edición. San José (Costa Rica): Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
6. Citezens Comission on Human Rigths. (2000) Psiquiatría un abuso a los Derechos Humanos y un fracaso global, 1ª edición, Estados Unidos.

7. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. (Sin año). Ensayos sobre justicia penal juvenil. (sin número editorial), San Salvador (El Salvador): Sección publicaciones.
8. Díaz Palos Fernando. (1965). Teoría General de la Imputabilidad. 1ª edición, Barcelona (España): Bosch Casa Editorial.
9. ----- El penalista liberal. (2004). 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Hammurabi.
10. Fernández Gonzalo. (2006). Culpabilidad y reproche en el Derecho penal. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): B de F Ltda.
11. Feyerabend Paul Karl. (1990). Diálogo sobre el método. 1ª edición, Madrid (España): Ediciones Cátedra S.A.
12. Foucault Michel. (1991). Enfermedad mental y personalidad. 3ª edición, Barcelona (España): Paidós.
13. ----- (1967). Historia de la locura en la época clásica. 1ª edición, Distrito Federal (México): Fondo de Cultura Económica.
14. ----- (2002). Historia de la locura en la época clásica II. 9ª edición, Distrito Federal (México): Fondo de Cultura Económica.
15. ----- (2000). Los Anormales. 1ª edición, 4ªreimpresión. Buenos Aires (Argentina): Fondo de Cultura Económica.

16. Gómez Martín Víctor. (2007) ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal? 1ª edición, Nicaragua. INEJ, impreso por Servicios Gráficos.
17. Haba Müller Enrique. (2008). Elementos Básicos de Axiología General. 1ª edición, San José (Costa Rica): Editorial UCR.
18. Hassemer W. y Muñoz F. (2001). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. 1ª edición, Valencia (España): Tirant Lo Blanch.
19. Hitler Adolf. (2002). Mi Lucha. 2ª edición, Maracaibo (Venezuela): Ediciones Obelisco.
20. Jiménez Meza Manrique. (1993). Nietzsche, la cuestión Judía y el Nazismo, 1ª edición, San José (Costa Rica): Litografía e imprenta Talentos S.A.
21. Kindhäuser Urs. (1996). Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. 1ª edición, Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia.
22. Kuhn Thomas. (1985). La estructura de las revoluciones científicas. 6ª edición, Distrito Federal (México): Fondo de cultura económica.
23. Llobet Rodríguez Javier. (2009). Proceso Penal Comentado. 4ª edición, San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental.
24. ----- (2004). Justicia Penal en el Estado Arbitrario. 1ª edición, San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental.

25. Mira y López Emilio. (1972). Manual de Psicología Jurídica. 2ª edición, Buenos Aires (Argentina): El Ateneo.
26. Horkheimer Max. (1969). Crítica de la Razón Instrumental. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Imprenta de los Buenos Aires.
27. Popper Karl. (1972). Conjeturas y Refutaciones. 4ª edición, Buenos Aires (Argentina): Paidós Ibérica.
28. Roxin Claus. (1997). Derecho Penal: Parte General, Tomo I. 1ª edición, Madrid (España): Civitas.
29. Szasz Thomas. (1970). Ideología y enfermedad mental. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Amorrortu editores.
30. Soria Verde Miguel Ángel. (2010). Manual de Psicología Jurídica e Investigación Criminal, 3ª edición, Madrid (España): Ediciones Pirámide.
31. Urra Javier. (2002). Tratado de Psicología Forense. 1ª edición, Madrid (España): Siglo XXI de España Editores S.A.
32. Von Liszt Franz. (1990). Tratado de Derecho Penal Tomo Segundo. 4ª edición, Barcelona (España): Bosch Casa Editorial.
33. ----- (1984). La idea de fin en el Derecho. 1ª edición, Valparaíso (Chile): Edeval.

34. Wortis Joseph. (1954). Mi análisis con Freud. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Librería Oscar Machi.

35. Zaffaroni Eugenio Raúl. (2005). Manual de Derecho Penal: Parte General. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Ediar.

36. ----- (2009). El estado actual de las ciencias penales. 1ª edición, Buenos Aires (Argentina): Hammurabi.

Trabajos Finales de Graduación

1. Aguilar M. y Morales A. (2003). La valoración judicial de la prueba en los delitos sexuales. Tesis de graduación para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Campus: Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica, 2003

Revistas

1. Houed Vega Mario. (1980). "Algunas nociones sobre el Derecho y el Estado según Carl Schmitt". Revista de Ciencias Jurídicas. 40, 73-80, enero-abril.

2. Saborío Valverde C. y Viquez Hidalgo E. (2006). "Mitos en torno a la evaluación psicológica forense en casos de agresión sexual contra menores de

edad: la necesidad de un cambio de paradigma". Revista de Medicina Legal de Costa Rica. 23 (2): 51-85, setiembre.

Leyes

1. Código Penal de Costa Rica.
2. Código Procesal Penal de Costa Rica.
3. Constitución Política de la República de Costa Rica.

Jurisprudencia

1. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto número 109 de las 10 horas con 35 minutos del 11 de febrero de 2011.
2. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto número 80 de las 16 horas con 16 minutos del 31 de enero de 2011.
3. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 375 de las nueve horas con ocho minutos del ocho de abril de dos mil once.

4. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto número 367 de las 8 horas con 56 minutos del 8 de abril de 2011.

Páginas Web

1. Poder Judicial de Costa Rica. (2011).
<<http://intranet/ccf/DML/dml.htm>> [Consulta: 17 de junio de 2011]

2. Psicomed. Net. (2011)
<http://www.psicomed.net/dsmiv/dsmiv_glosario.html> [Consulta: 24 de noviembre de 2011]

3. Periódico La Nación. (2011). <<http://www.nacion.com/2011-0512/Opinion/ColumnistaDelDia/Opinion2775437.aspx>> [Consulta: 12 de mayo de 2011]

4. -----(2011).<<http://www.nacion.com/2011507/Opinion/Foro/Opinion2770475.aspx>> [Consulta: 6 de mayo de 2011]

5. Periódico Diario Extra. (2011).
<<http://www.diarioextra.com/2011/mayo/09/opinion05.php>> [Consulta: 9 de mayo de 2011]

Entrevista:

1. Zeledón Grande Carmen. (2011). Estructura de la evaluación psicológica forense. Entrevista: Sección de Psicología y Psiquiatría Forense, ubicada en San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica. 11 de febrero.

Peritajes Forenses

1. Dictamen Pericial Psicológico Forense número SPPF-2011-0075, del 27 de enero de 2011.

2. Dictamen Pericial Psicológico Forense número SPPF-2011-0154 del 18 de febrero de 2011.

3. Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2007-2176 del 21 de septiembre de 2007.

4. Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2007-0716 del 13 de abril de 2007.

5. Dictamen Pericial Psicológico Forense número SPPF-2010-1473 del 22 de noviembre de 2010.

6. Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2008-1505 del 20 de octubre de 2008.

7. Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense número SPPF-2010-1433 del 11 de noviembre de 2010.

Anexo.

Entrevista realizada a la psicóloga forense Msc. Carmen Zeledón Grande, el día 11 de febrero de 2011, en San Joaquín de Flores, Heredia.

1. ¿Cuál es la diferencia entre la aplicación psicología y la psiquiatría forense?

La diferencia entre ambos va dirigida hacia el tipo de conclusión, el psicólogo y el psiquiatra pueden ver el mismo caso. Las técnicas y métodos de abordaje son distintas. Pero las conclusiones van a estar desarrolladas y dirigidas de diferente forma. Sería preferible, no necesariamente significa que el psicólogo no lo pueda ver, pero sería preferible que un caso de insania lo viera un psiquiatra, si de por medio hay enfermedades físicas y está bajo tratamiento. Este tipo de peritajes es preferible que lo vean los psiquiatras porque va a ver ciertos aspectos dentro del peritaje que no va a poder tocar el psicólogo, como si este tipo de medicación ese eficaz sí o no a largo plazo. Estamos hablando de tratamiento de medicamentos. Los efectos que pueda tener la enfermedad física sobre el sujeto a nivel mental, dependiendo de cada enfermedad, eso no lo podemos tocar (los psicólogos). Entonces lo que vamos a encontrar es que para asuntos en los que hay de por medio una enfermedad física y hay un tratamiento psiquiátrico, esos aspectos no los va a tocar el psicólogo, porque van a quedar vacíos que no todos los va a poder responder. Entonces son dictámenes que van a quedar con huecos. Esto no quiere decir que el psicólogo no va a poder decir si tuvo efecto la medicación puesto que se la dio el psiquiatra en algún momento pero al momento de la valoración no hay secuelas o no hay síntomas... puede ser que el ambiente o el tratamiento le pudieron haber dado un efecto. Profundizar más allá de esto no vamos a poder señalarlo (los psicólogos). También es que hay algo que no se

toma en cuenta. Inicialmente la sección trabajaba a nivel interdisciplinario, el psicólogo y el psiquiatra trabajaban juntos, aunque nos separaban los dictámenes (es decir este va para psiquiatría o este para psicología) siempre nos nutríamos unos a otros. Si era un caso en el que había una enfermedad física de por medio el psicólogo iba y se sentaba con el psiquiatra a conversar de ese caso y daba como un aporte que posteriormente iba a ser incluido en el dictamen donde se señalaba que hubo una inter-consulta y viceversa. Donde hay aspectos donde el psiquiatra no puede profundizar por que las técnicas no le pueden dar esos datos específicos como es un C.I. o donde hay dudas de si ese C.I. esta dentro de lo normal o era una patología o deficiencia entonces el psicólogo aplicaba las pruebas, hacía una observación clínica y podía rendir ese informe, igual para asuntos de trastornos mentales o rasgos de personalidad donde había una duda en ellos de algo entonces hacían la inter-consulta. O casos que eran de simulación, muchos de ellos se trabajaban inter-disciplinariamente. Hoy como cambió un poco la situación de la sección, nos hemos encontrado con esas deficiencias, no tenemos los otros colegas para abordar el tema. De psiquiatras solo tenemos al jefe. Ya ahora ya no están los psiquiatras, en ese tiempo podíamos trabajar inter-disciplinariamente, ahora sí hay que ser muy clara en la separación. A partir de este año fue que se tomó esas medidas de hacer muy clara la separación de qué es lo único que puede responder el psicólogo y a qué no puede responder el psicólogo. En situaciones de incapacidades, el psicólogo no puede rendir el tiempo de incapacidad, pero sí se puede señalar que el sujeto bajo las condiciones en las que esta sería muy difícil que pueda ir a trabajar, o pudiera asumir un cierto rol o una cierta responsabilidad social, pero no podemos señalar tiempos de incapacidades, igualmente, las insancias cuando hay una cuestión médica de por medio.

Quien tiene la experticia para señalar cual caso se va a ventilar dentro de cada rama es el psicólogo propiamente. Eso se hace directamente en ventana. Por eso se pide todo el historial clínico para efectos de tener más clara la distinción. Hay casos en los que la línea es muy débil. A veces lo identifica el mismo perito cuando está valorando. Entonces se debe aclarar en las conclusiones del dictamen que esos aspectos no se pueden tocar o se le hace la consulta a la jefatura para que se tome una decisión. Antes sí se le podía consultar al psiquiatra, ahora incluso se puede devolver por completo el paciente, porque no tenemos ese lado de la teoría. El jefe de la sección es quien decide administrativamente cuales casos son los que se ventilarán por psicología y cuales por psiquiatría. Ni siquiera el perito, el perito lo que puede hacer es una sugerencia. Pero el perito no es el que lo señala.

2. ¿A qué escuela psicológica se adscribe actualmente la psicología forense en Costa Rica?

Es que no podríamos hablar de una escuela psicológica en específico. Por ejemplo está el psicoanálisis, está el conductismo. La psicología forense es muy amplia, puede ser psicólogo forense el que trabaje en los penales, el que trabaje en la DEA, en los Equipos interdisciplinarios, el que trabaje en familia, en la policía. Entonces dependiendo de las exigencias, del rol que se asuma, la gente se va acomodando a sus teorías y a sus preferencias. El asunto es que a nivel de peritajes, no puede estar regido por una corriente en específico, porque en el momento en el que vayamos dirigidos hacia una corriente en específico, esto se va a ver reflejado en los dictámenes entonces ya va a estar parcializado. Va a estar dirigido hacia un conocimiento x, en función de ese conocimiento x. Puede ayudar a dar un extra explicativo de lo que se está poniendo pero no pueden estar fundamentadas las conclusiones a partir de esa corriente. Entonces no es una

corriente en específico. Yo te diría que es un poco como positivista, otros me dirían que no. Es más filosófico que desde una corriente de la psicología propiamente. Hay quienes dicen que la psicología forense tiene que ser psicoanalista, (los argentinos) entonces estarán hablando del yo del súper yo, del inconsciente, del Edipo no resuelto con la madre, etc. Pero hoy en día Costa Rica nosotros sabemos que no puede estar dirigido en ese sentido, porque ahí no hay nada que se pueda medir, nada que se pueda observar, no hay una evidencia tangible. Tendemos a ser un poco más científicas, donde lo podamos medir, un poco más experimentalistas, más positivistas, pero no dentro de una corriente específica. Por que inclusive, somos más como investigadores científicos que a través de métodos de investigación más experimentales obtenemos información, o datos o evidencias que después tenemos que plasmarlas dentro de una conclusión propiamente.

Detrás de cada test siempre hay una teoría que los avalan, sobre todo los test de personalidad, hay millones de teorías de la personalidad, desde las gestalt, desde el conductismo, desde el psicoanálisis para explicar la personalidad y los test están basados en esas teorías. Lo que se utiliza son varios tipos de test que puedan extraer esa información para no dar esa inclinación. Igualmente, como dije somos más científicos en el sentido o positivistas, en el sentido de que lo que se está midiendo tiene que estar visible. Ejemplo, en una prueba vos encontrás que esta persona es muy ansiosa o nerviosa, y la prueba te lo está señalando y una de ellas está basada en el psicoanálisis y la otra prueba está basada en el conductismo. Ambas pruebas te dicen que el sujeto está ansioso y son dos teorías completamente diferentes. Pero, aparte de eso, yo tengo que ver que ese sujeto está ansioso, a través de la observación clínica y aparte de eso yo tengo que tener documentos que señalen que esa conducta se externó. Que pudo ser observada y visto por otros y anotados. Y eso va más allá de una corriente. Utilizamos todo

pero no lo utilizamos, no podemos basarnos solamente en una. Hay que tomar en cuenta que sí, las pruebas psicológicas tienen una base que las antecede y que es la base de cada una de esas pruebas y hay que conocer cuál es la base de cada una de esas pruebas, pero por eso se utilizan varios tipos de pruebas y varias fuentes de información para que no se sesgue la información, que no se nos haya olvidado que hay otras formas explicativas, otras corrientes filosóficas que también explican la naturaleza del ser humano de otras formas, vistas desde otras ópticas.

3. ¿Podría darse el caso de que un test conductista arroje resultados distintos sobre la capacidad de entendimiento de un imputado a los que arrojaría un test psicoanalista?

Los test psicológicos, la mayoría de ellos no están hechos para medir específicamente capacidades de entendimiento, te miden conducta, rasgos de personalidad, estados de ánimo, funciones mentales, manejo de control de impulsos, de estrés postraumático. No hay un test específico para una situación forense específica, como conocemos test forenses, inclusive los que hay que puedan haber en el mercado, no son costarricenses, la mayoría son norteamericanos y las traducciones de algunos son argentinas, españolas y mexicanos. No están adaptados ni estandarizados para el país, entonces en eso hay que tener mucho cuidado. Es decir, no todo lo nuevo, lo bonito lo innovador, lo último que salió en el mercado es funcional para nosotros y el que no se utilice eso último, nuevo y bonito no quiere decir que uno esté desactualizado, no.

Es que estamos en un ambiente judicial, en un ambiente legal y los instrumentos que se utilicen tienen que ser para la población entonces hay que trabajar con lo que se tiene, partiendo de ahí. Lo que uno hace, es que cuando hace dos test psicológicos, a una misma persona sobre personalidad y esos dos

test te dan resultados distintos, que puede pasar, eso lo que te está arrojando más que 'este me está midiendo esto, pero este me está midiendo esto otro, ¿qué paso?' pero ambos me pueden medir la ansiedad y la depresión y este me está diciendo que está ansioso y que está deprimido y este me está diciendo que no, que no está ansioso ni deprimido. Las conclusiones de los dictámenes periciales no pueden estar basadas en un único test, o sea, los test te están ayudando a decir algo está pasando puede ser que lo tenga, puede ser que no lo tenga. ¿Cómo voy a corroborar eso? A través de otras fuentes de información.

Si hay fuentes de información que me señalan que sí está ansioso y deprimido pero esta prueba me dijo que no, pero esta otra me dijo que sí, yo tengo que aplicar otras más, más la fuente de información para corroborar eso. Y la que dijo que no, queda descartada. No es que queda descartada por qué no sirve es que queda descartada a nivel del diagnóstico, pero me da un señalamiento que tengo que ver si hay simulación de por medio por que algo está pasando. Entonces se aplican, y se tira también la búsqueda a nivel de simulación entonces se aplican ciertas pruebas a nivel de simulación y si ya descartaste completamente que hay simulación entonces sabés, que este instrumento no sirvió para medir esta situación. Que este otro instrumento sí te sirvió, porque hay otras fuentes de información que señalan que sí había ansiedad y que sí había depresión igual para cualquier otra patología o alteración psicológica. Sí nos pasa, hubo un caso en el que tuve que pasar tres de personalidad, a un mismo muchacho, era de penal juvenil por que los dos primeros me daban datos completamente diferentes, se tuvo que pasar un tercero y el tercero dio datos completamente diferentes. Dos eran adaptados para la población de CR y uno no. Pero era población similar (población mexicana) entonces uno dice bueno tal vez por el tipo de población. ¿Cómo se pudo identificar qué era lo que estaba pasando con eso? Porque eso lo que te da es una señal de que algo está pasando, no

solamente a nivel de teoría, sino también a nivel de sujeto, puede ser que este foco, o esta perspectiva de señalar como se puede medir la depresión sea insuficiente.

Hay algunos test que se complementan, algunos test que aunque tengan corrientes distintas, hay ciertas áreas o ciertos temas que valoran muy similares o muy semejantes. Entonces, ¿cómo se puede hacer la diferenciación? Bueno, a través de más entrevistas, a través de otras pruebas psicológicas, a través de identificar simulación, es que podemos identificar por qué hay esas diferencias. Cuando los test dan muy similares y además, tenemos la información por otros lados entonces se concluye así. Ahora bien, también puede existir que los dos test, de personalidad o los dos test de inteligencia, te estén señalando que el sujeto está bien, o que el sujeto está mal. Pero no tenés ningún otro dato que no te diga nada más, no lo viste así, no tenés, historia clínica del sujeto, las personas que lo acompañan no señalan eso, la entrevista que vos tenés con él no identificas que dio la prueba esté presente, entonces no puedes concluir a través de las pruebas aunque sean solo dos. ¿Por qué? Porque no tenés otra forma de cómo sostener eso que las pruebas señalan.

Las pruebas son instrumentos de ayuda, tan importante como los otros, pero es un instrumento más. Por eso te decía, bueno tienen corrientes teóricas que las avalan y por eso hay que tener cuidado, no puedes basar las conclusiones solamente, y decir que un test psicológico es como la bolita de cristal, que lo que dice el test eso es, y de verdad eso es, no. También tienen sus márgenes de error y eso va a depender de cada uno de los test y de qué tan adaptado esté para el país.

4. ¿Cómo funciona la observación clínica?

Es el examen mental, lo que se llama examen mental. Es una serie de preguntas y de observaciones que se hacen del sujeto que estás valorando. Muchas de las preguntas pueden ser como: “¿Sabes qué día es hoy?”, eso es un dato. “¿Sabes si es de día o es de noche?” “te voy a decir tres palabras y me las tienes que repetir después de que termine, más adelante te las voy a volver a preguntar” “¿cuál es la semejanza entre una mesa y una silla?” “voy a decirte un refrán, ¿qué significa este refrán?”. Cada una de estas preguntas es una valoración a una capacidad del sujeto o a una característica psicológica del sujeto. Pero además, estás observando al sujeto, estás observando sus reacciones, estás observando su posición, estás escuchándolo, estás viendo caminar, como viste, etc. Y todo eso, va arrojando elementos, que vas a anotar y que vas a plasmar en la valoración.

La observación clínica o el examen mental va a medir: empezamos con memoria, con pensamiento, lenguaje, atención y concentración, capacidad de cálculo, juicio y capacidad de abstracción. Puede estar incluido cálculo, capacidad de abstracción y juicio, el C.I., la capacidad intelectual. Y la observación clínica, te la da a través de los años, la capacidad de poder identificar o hacer la re-lectura de algún elemento que estás observando te la da a través de los años. Donde vos identificas si ese conjunto de datos que estás extrayendo de este sujeto, a partir de lo que me cuenta, a partir de lo que veo y observo, me va dirigiendo a un diagnóstico, posible diagnóstico o posibles diagnósticos. Entonces yo lo voy a anotar. Y esta observación clínica va a ser parte de los datos o de la información que yo voy a tomar en cuenta para poder basar mis conclusiones.

Ahora bien, muchas veces vos dirás: “ah pero es como muy subjetivo, es como una cuestión muy intuitiva de lo que el perito está dando.” Cuando después de muchos años de hacerlo, es como el médico. Ya cuando llega el paciente (no

quiere decir que no se equivoque) pero cuando llega el paciente, ya sabe más o menos qué es lo que tiene con lo primero que dijo. Parecido a lo que nosotros hacemos. No es que vas a sacar un juicio de valor a priori, pero ya vos estás viendo un poco de que se trata esto y qué es lo que hay de fondo. Igualmente la observación clínica, hasta te puede ayudar para simulación: donde lo ves caminando, lo ves renqueando, te dice que no se aguanta, te dice que está a punto de llorar pero no le sale ni una sola lágrima, te dice esto y te dice lo otro, pero empiezas a explorar a través de las preguntas dentro del examen mental, vos sentís algo que no coincide, que a nivel clínico no es esperado, o que hay una exageración expuesta por esta persona o más bien una minimización (la otra parte) de un síntoma o de algo que está presentando, o no hay una conciencia. Cuando ves todos esos síntomas se anotan, y eso es información que también va a confirmar, corroborar o descartar lo que vayas encontrando en las otras fuentes de información.

5. ¿Cuáles son los test que se aplican actualmente a los imputados?

Hay varios. No hay una batería específica de test. Eso va a depender. Inclusive, cuando llega la información antes de ver el paciente, cuando nos da chance, vemos qué es lo que tiene y empezamos a ver qué es lo que señala (por eso es importante la documentación previa), entonces ya empezamos a señalar: “ah, este sujeto de tal edad”, va a depender de la edad, va a depender de la escolaridad, va a depender del sexo, va a depender de muchos factores socio-ambientales y personales del sujeto la escogencia del test. Entonces cuando vos lo ves, vos decís bueno: “voy a pasarle tal prueba, tal prueba y tal prueba” porque además, me voy a fijar qué es lo que están solicitando, que son capacidades mentales. Entonces “voy a pasarle tal prueba, tal prueba y tal prueba”, y resulta que para una misma causa, un adulto de la misma edad, masculino, que puede

llegar, e igualmente entra otro igual, le tendría que pasar unas pruebas diferentes. ¿Y qué va a hacer la diferencia? Hay situaciones específicas y particulares que van a ser la diferencia y eso está en el perito.

También tiene que ver mucho en el perito, la confianza que le dé a la prueba. Hay peritos (yo no te puedo decir que no los hay) que confían en ciertas pruebas que otros peritos no confiarían. ¿Por qué? ¿Qué hace la diferencia? Bueno, hace la diferencia un poco los resultados que le hayan dado a cada perito a lo largo de su práctica x o tales pruebas. O también la forma explicativa de hacer las conclusiones. Una prueba puede arrojarte tantos y tantos y tantos datos, y al final vos decís: “bueno eso yo no lo necesito para ponerlo en las conclusiones”, “me gusta esta prueba por que es más directa para este tipo de conclusiones”.

¿Qué pruebas hay? Bueno, pruebas de capacidad intelectual, que hay varias: hay para niños, para adolescentes, para adultos. Hay pruebas para personas que no pueden hablar, hay pruebas para personas que tienen baja escolarización, ¿verdad? Porque es diferente pasarle una prueba a un muchacho universitario, que pasarle esa misma prueba a una persona des- escolarizada con su mismo sexo y su misma edad. Hay que adaptarle también otro tipo de pruebas que pueda tener a su comprensión. Entonces, tenemos desde el “WAIS”, el “WISC-R” el “WIPSY”, bueno, el “WIPSY” ya no se usa tanto, el “TONI” y hay otras pruebas más. Una de las que yo sí siento que uso, en compañía de otras pruebas, pero uso por que está estandarizada para la población tica, que es la escala especial, que aunque se diga: bueno es que tiene mucho tiempo de estar esta escala aquí, sí es cierto, hay pruebas milenarias. Pero el que sean milenarias no significa que no sean útiles. Esta prueba está estandarizada para el país, y es para la población. Por cierto la muestra que se utilizó, es población imputada, dentro de los penales y a nivel de los peritajes. Fue hecha por un psicólogo que

trabajó en Adaptación Social y que trabajó en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense. Entonces está también esta prueba de capacidad intelectual.

Después hay pruebas como te dije de manejo de la impulsividad, manejo del enojo, hay otras pruebas que dan elementos de organicidad o psico-organicidad cerebral que puede ser el “BENDER”, puede ser la figura “REICH”, pruebas de capacidades mentales, como para saber cómo está de memoria, como está de lenguaje, como está de capacidad de abstracción, capacidad de juicio, que son las pruebas neuropsicológicas. La que más se usa porque es como más global, más cerca de la población de nosotros es “NEUROPSI”. Si se tiene que especificar en algún área específica que se está dis-funcionando, valga la redundancia, a nivel de capacidades mentales, entonces se escoge alguna prueba específica para valorar eso, como es inteligencia, o memoria, si en realidad lo que nos interesa es la memoria de este sujeto, entonces se busca una prueba específica que mida memoria, pero además, se utilizan otras pruebas, donde los “subtest” es decir, las pequeñas pruebitas que están dentro de esa prueba, midan memoria. Entonces, agarro lo que es memoria únicamente y le valoro memoria. Dependiendo de cada caso, se pasa el de personalidad, una prueba de personalidad, ya sea el “MMPI abreviado” el “16-22 sub-factores de personalidad” que también es una prueba que se hizo aquí para la población costarricense.

Están los “Millon” también de personalidad, hay otra prueba que se utiliza que es el test de Barranquilla, el “Barsit” que se utiliza pero muy poco, que es de inteligencia. Va a depender muchísimo, no solo de las características propias, sino también de lo que se esté solicitando. Porque hay imputados, yo tuve uno, que lo que se pedía, era si tenía secuelas, y era imputado. Pero de por medio, había una contrademanda. Entonces igualmente, también hay pruebas para medir eso,

entonces hay que medirle no solamente sus capacidades, sino también a nivel de secuelas. Hay imputados que quieren ver sus capacidades.

Hay una prueba muy bonita también, el "RORSCHACH" que no solamente tiene que ver con pensamiento, sino que identifica. Puede ayudar a identificar, no es una "bolita de cristal" pero arroja datos sobre simulación y también es una prueba que puede medir un poco si el sujeto está psicótico, si no está psicótico, si tiene adecuado contacto con la realidad sí o no.

6. ¿Qué tan calificados se encuentran en general, según su opinión, los jueces, fiscales y defensores para entender de manera integral un dictamen rendido por ustedes?

Te podría decir desde mi punto de vista, por lo que yo me he encontrado, pero no sé si se hace regla o norma a nivel de todos los compañeros.

7. Entonces, reformulo la pregunta en estos términos: ¿qué tan técnico es el nivel del dictamen final que se le envía a una fiscalía o a un juzgado?

Te voy a decir dos cosas, he encontrado gente, jueces y fiscales, defensores no tanto, no sé porque defensores no. No es que haya algo en contra de la defensa porque he trabajado a veces... bueno no es que trabajo, porque soy imparcial, pero alguno de mis dictámenes le ha favorecido a la defensa. Pero he visto más capacitados del lado de los jueces y un poco al lado de la Fiscalía, un poco. El asunto también es que yo siento que muchas de estas personas es por iniciativa propia que se han adoctrinado un poco en este sentido. Porque también tiene que haber un cierto compromiso, y es un poco difícil, de parte de nosotros los peritos, poder dejarles tan claro tan claro que puedan entender. Por que uno

siente y cree que ha intentado dejarlo lo más claro posible, pero nos cuesta un poco salir ya de los tecnicismos, de utilizar tanto término psicológico, de intentar describir eso tan psicológico de otra forma y a veces aunque más lo intentes, y creíste que lo pusiste, pero a veces cuando lo leen no lo entendieron.

Ahora bien, es cierto que en el dictamen se tiene que poner todo, pero a veces no se puede poner todo, no porque no se quiera, sino porque es tantísimo que hay que poner tomos de dictámenes, entonces es un libro entero lo que hay que poner. Entonces, hay cosas que uno da por un hecho: “lógico”, “obvio” o “evidente” dice uno, uno piensa que ni siquiera voy a explicarlo porque es algo evidente, pero queda la duda. Queda la duda del lado de la Fiscalía, de la defensa y donde uno pensó que era obvio para uno, porque para el psicólogo era obvio, resulta que no era obvio para la defensa, para el fiscal o para el juez. ¿Esto con qué tiene que ver? Tiene que ver un poco con que estamos muy apartados, estamos muy separados. Hace muchos años, yo no soy de esa camada como digo yo, estaba la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense en los edificios de San José y yo sabía que para ellos era, en aquel tiempo era bonito, en el sentido de que si había una duda, inmediata de la defensa, del fiscal o del juez, simplemente se comunicaban ahí en ese preciso momento. Y la duda se aclaraba, entonces era más expedito, ya los dictámenes se sabía más o menos como iba a salir, ya iban las dudas resueltas.

En el momento en el que se trae toda la gente aquí, y también, no sé que es... no tengo la palabra para describirlo, no sé si es el mismo proceso o qué, quedamos todos como despartados. En cierta medida, entiendo, que tiene que ver con la no contaminación de nosotros. Porque nosotros somos un departamento que no trabajamos en función, ni de la Fiscalía, ni de la defensa. Eso nos queda a nosotros muy claro, pero también, el traernos aquí implicó el no

podernos comunicar mucho, el no poder hablar de ciertos temas, no poder señalar: “bueno resulta que aquí vamos a dar un charla sobre tal tema” y resulta que de esa charla nadie más se dio cuenta. Nadie pudo tener el acceso a esa charla, entonces vamos teniendo nosotros el conocimiento y va existiendo esa desventaja del lado de la Fiscalía y de la defensa. Eso por un lado, los jueces que he visto, sí he visto jueces que sí saben pero yo siento, como te dije, que es por algo personal.

Ahora bien, no tienen... o sea, yo no creo que el Fiscal tenga que hacerse psicólogo, pero tiene que tener los conocimientos básicos. Pero también eso tiene la raíz en, que yo tenga entendido, ellos reciben cursos de la Escuela Judicial, entonces ahí debería de estar cubierta esa área, pero como te digo, no sé. Ahora bien, la psicología clínica forense de la Sección, no está estancada. Lo que se daba hace cinco años, no es lo que se está dando hoy por hoy. Entonces muchos de esos fiscales viejos, defensores viejos, jueces viejos que se quedaron con aquello, se quedaron perdidos.

Yo sí puedo señalar, y quizás con orgullo lo podría decir, que sí nosotros estamos avanzando y nunca nos quedamos estancados en las teorías, pero sí son muy pocos los profesionales de otras áreas que entienden que nosotros no nos quedamos estancados, y ahí hay un problema muy serio, que muchos de los casos sobre todo en delitos sexuales, tienen años de estar guardados. Donde se llevan los juicios, seis años, ocho años después. Una teoría de seis años, ocho años, ya está descontinuada. Entonces se va a ir a hablar en juicio, ocho años, cinco años después, de teorías descontinuas, donde te van a cuestionar con teorías actuales. No está mal lo que se dijo antes, pero hay otras cosas. Entonces eso yo creo que no es justo ni para el proceso, ni para las personas que están involucradas en el proceso, ni para los ofendidos, ni para los mismos imputados.

Y eso también uno lo ve en los juicios. Cuando uno va al juicio le empiezan a hablar de tales o cuales instrumentos, sí, pero es que el dictamen se hizo en tal fecha, donde se utilizaron y habían conocimientos de estos instrumentos. En el año tal y tal, se sacaron estos instrumentos que son los que ustedes están cuestionando actualmente, porque hay reformas posteriores a la valoración ¿verdad? Y no se va a volver a hacer. Se está trabajando con lo que se utilizó hace ocho y seis años, con teorías de hace ocho y seis años, o procedimiento también. Y esa es la queja de muchos de nosotros, no dudo que ninguno de nosotros lo señale, que muchos de los juicios a los que vamos estén completamente desactualizados, por el tiempo que ha transcurrido.

8. ¿Cuál es el mínimo de información necesaria, para que el psicólogo pueda emitir un juicio sobre la capacidad de comprensión de la norma del imputado, es decir, si es imputable o no?

Eso va a depender de cada caso, y eso lo va a establecer el perito por qué lo escogió así. Yo no te puedo decir cuál es la mínima, la mínima es que esté presente, a partir de eso se puede empezar a rendir un dictamen. El que esté presente es lo mínimo para todos, si no está presente, no. El dictamen que se emitió sin que un imputado que no esté presente no es un dictamen, y no tiene validez alguna. Y además, es antiético para el Colegio de Psicólogos, no puedes emitir un informe de alguien que nunca viste, como últimamente lo están haciendo los peritos de la defensa. Emiten el dictamen, puede ser del imputado, y emiten un dictamen de la víctima que nunca entrevistaron. A través de otra pericia, o de otro dictamen, o a través de otras informaciones. Mínimo tiene que estar presente.

Una vez que esté presente, es el perito el que identifica cuanta información necesita para poder señalar. A veces, con solo la entrevista y el examen mental,

porque resulta que ni siquiera pruebas, se le pueden aplicar: la persona está tan deteriorada que ni siquiera una prueba se le puede aplicar, entonces con solo la observación conductual y la entrevista ya puede sacar información. En algunos casos entrevista, observación conductual y necesita la denuncia, las declaraciones. En otros necesita los expedientes clínicos. Los expedientes clínicos siempre tienen que venir de por sí, pero como te digo no hay una regla, eso lo establece el perito. Cada persona es un universo individual y diferente y hasta que el perito no lo ve, el perito no puede señalarlo y cada caso siempre va a ser diferente. Lo único que se necesita para todos es que la persona esté presente.