

Contenido

DOCTRINA PRÁCTICA	EDISON CARRASCO JIMÉNEZ / FRANCISCO MAFFIOLETTI CELEDÓN: Problemas conceptuales y terminológicos en el tratamiento del “trastorno mental” por el artículo 10.1 del Código Penal chileno	92
DOCTRINA PRÁCTICA	JORGE B. HUGO ÁLVAREZ: Reflexiones contemporáneas sobre la crisis del derecho penal	127
DOCTRINA PRÁCTICA	JUAN PABLO MONTIEL: Breve introducción al <i>criminal compliance</i>	140
NOS PREGUNTAN Y CONTESTAMOS	CONSULTA N.º 1: ¿Cuáles son los requisitos del estado de necesidad justificante?	154
	CONSULTA N.º 2: ¿Qué es una medida de seguridad?	155
RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA	El error de tipo vencible en el delito de violación sexual de menor de edad (R. N. N.º 2196-2014 Lima Sur)	156
	El miedo insuperable como causa que exime la responsabilidad penal (R. N. N.º 1055-2014 Lima)	160



DOCTRINA PRÁCTICA

Problemas conceptuales y terminológicos en el tratamiento del “trastorno mental” por el artículo 10.1 del Código Penal chileno

Edison Carrasco Jiménez*

Universidad de Concepción

Francisco Maffioletti Celedón**

Universidad Diego Portales

SUMARIO

1. Previsión metodológica
2. Los términos usados en el Código Penal chileno como referencia a los problemas mentales y su utilización en el artículo 10.1 como causal para eximir de responsabilidad penal. En la búsqueda de la determinación de un “concepto” dogmático de “problema mental”

* Abogado por la Universidad de Concepción (Chile). Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España).

** Psicólogo por la Universidad Diego Portales (Chile). Máster en Psicología Clínica, Legal y Forense por la Universidad Complutense de Madrid. Doctorando en Psicología en la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Psicología Jurídica de la Universidad Diego Portales.

3. La doctrina penal chilena en referencia a los términos legales en comentario. Observaciones y críticas
4. La legislación penal comparada sobre el particular
5. Concepto de “trastorno mental” desde las “ciencias de la mente” (psicología/ psiquiatría)
 - 5.1. Concepto de “trastorno mental” utilizado en documentos institucionales relevantes
 - 5.2. La respuesta científica a la pregunta jurídica: trastorno mental y *juicio crítico de realidad*
6. Propuestas de *lege ferenda*
 - 6.1. La necesidad de la modificación de los términos usados por el artículo 10.1 del Código penal para referirse al “trastorno mental”
 - 6.2. Necesidad de términos que cumplan funciones comunicativas adecuadas
 - 6.3. Necesidad de términos que puedan ser “llenados” conceptualmente de significados sociales/ científicos
 - 6.4. Economía textual con la reducción de términos
 - 6.5. Propuesta de redacción de una disposición normativa para la exención de responsabilidad penal por problema mental
7. Referencias bibliográficas

1. Previsión metodológica

Para abordar el siguiente estudio es necesario hacer una previa distinción metodológica entre *término* y *concepto*, entendiendo y aplicando lo que Saussure colegía por *significante* y *significado* respectivamente. Así, *término* habría de



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo exponer los problemas conceptuales y terminológicos observados en la regulación del término “trastorno mental” en el **Código Penal chileno**, en especial, aquellos derivados del **artículo 10.1**, referido a las conductas exentas de responsabilidad penal. La problemática radica tanto a nivel dogmático, como en su relación con la realidad social que se pretende regular. Con este objeto, los autores realizan un examen dogmático-jurídico y desde las disciplinas abocadas a la salud mental del concepto de “trastorno mental”, revisando los pronunciamientos de los documentos institucionales internacionales más importantes, señalando el estado de la cuestión y alcanzando la respuesta científica a esta cuestión jurídica. Finalmente, y a modo de conclusión, brindan una propuesta de *lege ferenda* orientada a la redacción del tenor de una disposición normativa que regule las conductas que eximen de responsabilidad penal por trastorno mental.



PALABRAS CLAVE

Alteraciones en la percepción / Demencia / Enajenación mental / Grave alteración de la conciencia / Inimputabilidad / Juicio de realidad / Trastorno mental

Recibido: 20-05-16

Aprobado: 07-06-16

Publicado *online*: 04-07-16

ser el “signo lingüístico” y en tanto “material” para la percepción; en cambio,

concepto se aviene con el “significado”, en cuanto abstracción¹.

Este es el sentido que ha de comprenderse cuando se hable de los términos “loco” o “demente” y del concepto de “trastorno mental”, por ejemplo.

¿SABÍA USTED QUE?

El concepto de trastorno mental tiene una extensión genérica para su uso con relación a toda la gama de cuadros de naturaleza psíquica —no física—, aun cuando puedan estar determinados, influidos o causados por una noxa de origen biológico.

2. Los términos usados en el Código Penal chileno como referencia a los problemas mentales y su utilización en el artículo 10.1 como causal para eximir de responsabilidad penal. En la búsqueda de la determinación de un “concepto” dogmático de “problema mental”

El Código Penal usa los términos de “loco” o “demente”, “privación de razón” y el de “enajenación o trastorno”—según veremos— para hacer referencia a los problemas mentales o patologías de ese orden. Para ello se hará necesario revisar dichos términos y exponer aquello que inferimos de su relación semántica en el Código.

1 SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, traducción de la 24.^a edición, prólogo y notas por Amado Alonso, Buenos Aires: Losada, 1945, pp. 91 y 92.

Así, el primero que surge de su lectura es el de “loco”, el cual se encuentra utilizado en el Código Penal, en su primitiva redacción de 1874, en las siguientes dos disposiciones: en el artículo 10.1, como causal de exención de responsabilidad penal, y en el artículo 496.16, que sanciona como falta al “encargado de la guarda de un loco o demente que le dejare vagar por sitios públicos sin la debida seguridad”. Luego encontramos el término “demente”, igualmente proveniente de la primitiva redacción y conservado en disposiciones introducidas con posterioridad: como resultado de las lesiones “graves gravísimas” del delito de lesiones del artículo 397.1 e igual delito en el artículo 268 *quater* pero con sujeto pasivo especial (fiscal del Ministerio Público o a un defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones); en la pena accesoria impuesta para el ofensor de lesiones graves gravísimas para pagar la curación de la víctima que queda demente y a dar alimentos a él y a su familia, del artículo 410.2; “enajenación o trastorno”, como circunstancia de la cual se vale el sujeto para cometer la violación del artículo 361.3.

Todos estos apuntarían, desde un sentido de interpretación lógico gramatical del Código, a un estado grave de trastorno del sujeto. Ello porque, en primer lugar, hace a la enajenación o trastorno mental equivalente en entidad —por el carácter de tipo con pluralidad de hipótesis o tipo mixto alternativo— a la fuerza o intimidación del artículo

361.1, como circunstancia que anularía o vencería de modo completo la voluntad del sujeto pasivo. En segundo lugar, porque el estupro del artículo 363 es un delito considerado por el Código Penal de menor gravedad que la violación, lo que es posible colegir por la penalidad que el texto asocia al delito², el cual excluye como circunstancia de comisión a la enajenación o trastorno (art. 363.1) por estimarla —*contrario sensu per verba sententia* “por su menor entidad” — de mayor entidad³. En tercer lugar, por su equivalencia en entidad del resultado a la

inutilidad (permanente) para el trabajo, a la impotencia, a la inoperatividad de algún miembro importante, o a la deformación notable.

Con esto se comienza a dar indicios de una explicación dogmática sobre la razón de la exención de responsabilidad penal del artículo 10.1. Los artículos referidos apuntan a una anulación de la voluntad del sujeto o perturbación de su cognición en términos graves. El Código además estimaría, según nuestra opinión, que tal perturbación produce un descontrol del sujeto. Ello porque, en el listado de faltas del artículo 496, solo dos números hacen penalmente responsables al cuidador por la probabilidad de daño (riesgo) de quienes tiene bajo cuidado y que los dejare sueltos o dejare vagar: al loco o demente (art. 496.16) y al animal dañino (art. 496.17). Para este caso, el Código Penal equipara el loco o demente con el animal dañino como fuentes de riesgo, por los eventuales perjuicios que puedan producir a consecuencia de falta de control de un custodio, con lo cual es la falta o ausencia de control lo que aportaría otro significado para el término loco o demente. En suma, una polisemia en el significado: ausencia de control/fuente de peligro.

Esto podría verse refrendado, además, si se revisa la historia de la ley. En efecto, el primitivo Código Penal de 1874 contemplaba los incisos 2 y 3, los cuales aplicaban medidas de seguridad de reclusión en hospitales psiquiátricos (“hospitales destinados a enfermos de esa clase”) en casos de delitos graves o

2 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6.ª ed., traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 2004, p. 402; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid: Edersa, 1999, p. 279; LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 178.

3 Con esto último no estamos diciendo que el legislador considere como *ratio legis*, para penalizar la figura, a la entidad de la anomalía mental sin consideración a la menor edad del sujeto pasivo, lo cual es relativamente entendible si pensamos en el enunciado del artículo 363 del Código Penal. Tanto la asociación de la pena de menor entidad a un menor trastorno, como la exclusión a que nos referimos más atrás, es inferida en términos de lógica: para el primer caso, como una relación de proporcionalidad directa (a menor pena, menor entidad del trastorno) que importa una significación lógica en el texto y no una diferenciación de entidad en razón del injusto; en el segundo caso, la exclusión opera en términos de lógica formal y como una relación de identidad (menor entidad excluye mayor entidad).

reincidencia de simples delitos y, en los otros casos, entregado a la familia “bajo fianza de custodia”. Es decir, el Código Penal eximía de responsabilidad criminal y a la vez sometía a medida de seguridad, lo cual podría leerse —a falta de mayor mención sobre el particular en actas⁴—, como la consideración de su regulación debido a su peligrosidad, ya que en aquellos casos —por exclusión— de simples delitos o faltas, la familia debía afianzar la vigilancia sobre él, bajo la “sanción” de la pérdida de lo afianzado si reincidía. Si coordinamos esta disposición con la del artículo 496.16, apreciamos que la familia era doblemente “sancionada”: con la pérdida de la fianza y porque el custodio (familiar) era penalmente responsable por una falta. Además, si el “loco” era reincidente de un simple delito, se encontraba afecto a una medida de seguridad en un hospital psiquiátrico. Esto, básicamente, apunta a que el Código tiene como objetivo reforzar la seguridad sobre el “loco” o “demente” por estimación de su peligrosidad.

Posteriormente se reforma el Código suprimiendo los incisos 2 y 3, pero no el artículo 496.16, con lo que la “lógica” detrás del tratamiento del “loco” o “demente”, no deja de persistir del todo.

4 Ello porque el artículo en comento es tomado del artículo 8 del Código Penal español sin mayor debate y, en la posterior “revisación”, aprobado sin alteraciones. Véanse las sesiones 5.^a, del 7 de mayo de 1870, y 121.^a, del 24 de marzo de 1873, en *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, Santiago: Edeval, 1974, pp. 252, 253 y 465.

El “espíritu” de la legislación aún gime arrastrando sus cadenas. Ahora, no se presentan razones para la exclusión del sonambulismo en el artículo 10 en conjunto a las del “loco” o “demente”, según lo sentado en actas de la Comisión, no obstante su propuesta de inclusión en dicho artículo⁵. Si bien esto puede entenderse desde la ciencia penal como la consideración de la ausencia de acción, carencia de acción final, acción sin significado social, etc., lo cierto es que puede desprenderse una segunda lectura que se abre con dos significados.

El primero, si consideramos la sesión de la Comisión como una suerte de “psiquismo integrado” (diversos miembros de una comisión = diversidad psicológica en relación e interacción) y si interpretamos lacanianamente que aquello que quedó reducido a una disposición normativa es lo que se ha querido decir y lo que quedó fuera de ella —el sonámbulo— es como un “cortocircuito”, algo que quedó fuera del “desfiladero del significante” y que no se ha “querido” decir, pero que igual se ha dicho, entonces donde se quiso por la ley decir “loco” también se quiso decir “sonámbulo”. Si es así, el significado de “ausencia de control” que representa el sonámbulo, es también significado para un concepto de “loco” o “demente”. El segundo, que lo que se ha querido decir como significado es peligrosidad para el

5 Sesión 5.^a del 7 de mayo de 1870, en *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, ob. cit., pp. 252 y 253.

significado de “loco” o “demente”, y que lo que no se ha “querido” decir, esto es, el sonámbulo, se ha excluido, se debería —según nuestra interpretación— a lo siguiente: el sonámbulo solo es peligroso para sí mismo, raramente para otros.

IMPORTANTE

La ciencia psicológica ha entendido por *juicio crítico de realidad* a la noción realista que un sujeto logra de sí mismo y de su entorno (realidad externa). A este juicio se le denomina “crítico” en tanto se encuentra implícito en el que ha alcanzado la noción de sí mismo y del mundo mediante un complejo proceso de discernimiento, contrastación y análisis, para luego lograr una síntesis unificadora de esa imagen en principio atomizada de los diversos elementos propios y ajenos.

Ahora bien, el artículo 10.1 agrega además como causal de exención “el que, por cualquier causa independiente de su voluntad se halla *privado totalmente de razón*”. En un sentido similar se dirige el artículo 363.2 al contemplar la circunstancia en la que la víctima se halla “privada de sentido” en la violación. Con esto, el loco, demente, trastornado, enajenado mental, parece apuntar a una condición de sujeto, a diferencia de la privación de sentido o razón “total” que indicaría más bien un estado en el que se pueda encontrar cualquier persona. El primero pareciera apuntar, según lo inferido del Código Penal y dicho en términos criminológicos, más bien a una “tipología

de criminal”, si se quiere y, utilizando un concepto del derecho penal pero para eximirlo de responsabilidad penal, al “autor”, a un “tipo de autor”. En el caso de la privación de sentido o razón, ya no considera al “autor” sino más bien a una persona bajo la producción de un efecto, en términos semejantes a lo que se “describe” en el Código sobre la atenuante del artículo 11.5 de “obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación”.

En el primer caso habría que indicar a un sujeto que pierde el control de sí mismo como si fuese otra persona y, por ello, entendemos que se haga utilización del término “enajenado”, donde parece ser que, como versifica Rimbaud, *je est un autre* (“yo es otro”). Si *je est un autre*, entonces el control no me pertenece. Por ello, no existen alusiones dogmáticas a la voluntad o a la cognición al tratar terminológicamente al “loco”, “demente” o la “enajenación” o “trastorno”, sino solo el uso de los términos, porque entendemos que estos indican una situación límite, un techo, que absorbe conceptualmente cualquier pérdida de facultad humana (voluntad, cognición, etc.), porque las considera a todas ellas. Manifestar que alguien no tiene control de sí, bastaría para significar su situación. Y como es una tipología de sujeto, importaría una situación permanente de descontrol de sí.

Todo lo dicho procede igualmente con términos como los de “privación de sentido” o “de razón”, con la salvedad de que para este caso, el Código parece más

bien apuntar a la esfera de la conciencia. Mientras los términos loco/demente/enajenación/trastorno indican un completo desajuste del sujeto, la privación de sentido o razón indica a un aspecto más puntual, y ello para comprender el estado y la “tipología” de trastorno mental.

Bajo estos presupuestos, y en el sentido del artículo 10.1, la irresponsabilidad penal por el trastorno mental en términos dogmáticos operaría cuando el sujeto actúe realizando una acción u omisión voluntaria penada por la ley (art. 1, Código Penal), encontrándose en un completo descontrol de sí y cuando se encuentra privado de las facultades mentales a nivel de la conciencia. Esto es lo que hemos denominado como “tipología de sujeto” y como “estado”.

3. La doctrina penal chilena en referencia a los términos legales en comento. Observaciones y críticas

Si bien parte de la doctrina nacional en general los entiende como términos poco adecuados, sobre todo los que apuntan a la “locura” o “demencia”⁶, también otros, como Cury, entienden el que se haya utilizado “vocablos con contenidos coloquiales susceptibles de ser determinados, mediante una interpretación teleológica, permite acomodar

mejor el derecho a los progresos de las ciencias causal-explicativas, que en este punto se encuentran aún en pleno desarrollo”⁷.

Por su parte, Garrido Montt estima que dichos términos no son expresiones médico-siquiátricas, sino que están tomadas en el Código Penal en su sentido “normativo”⁸. Cousiño entendía que las expresiones fueron usadas en un sentido “común y vulgar”⁹, y en esta dirección también lo expresa Ectheberry refiriéndose al “sentido natural y obvio”¹⁰, donde para ambos no se adoptó una “nomenclatura psiquiátrica”¹¹ o el de una determinada “ciencia o arte”¹². Por otro lado, Politoff, Matus y Ramírez manifiestan que dichos términos aunque se pueden caracterizar adecuadamente como “de contenido coloquial”, no carecen de eficacia expresiva, ya que “una contraposición entre las actitudes populares o *vulgares* hacia la locura y las

6 CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, p. 414; POLITOFF, Sergio; Jean Pierre MATUS y M.ª Cecilia RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, 2.ª ed., Santiago: Editorial Universitaria, 2005, p. 297.

7 CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 414.

8 GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 217. En idéntico sentido BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Santiago: Librotecnia, 2014, p. 218.

9 COUSIÑO MAC-IVER, Luis, *Derecho penal chileno*, t. III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 133 y 134.

10 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, t. I, 3.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 280.

11 COUSIÑO MAC-IVER, *Derecho penal chileno*, t. III, ob. cit., p. 133.

12 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, t. I, ob. cit., p. 280.

actitudes *técnicas* y cultas no es siempre justificada”¹³.

Náquira considera que los términos “loco” o “demente”, son “términos jurídicos sinónimos que engloban todo trastorno, perturbación o enfermedad psíquica grave que destruya, *anule* o desordene psicopatológicamente, en forma más o menos permanente, las facultades o funciones psíquicas superiores (inteligencia, voluntad, conciencia) en grado tal que elimine en la persona su imputabilidad”¹⁴. El autor entiende por el concepto de “imputabilidad” una “capacidad general de carácter virtual, es decir, implica la existencia de una posibilidad cierta y razonable de que el sujeto en quien presume puede, en término generales, comprender el carácter injusto de cierto obrar, o bien de *autocontrolarse* conforme a derecho”¹⁵. Señala además que una interpretación así permite “una adaptación teleológica-progresiva a la evolución de la ciencia o al cambio de su nomenclatura, todo lo cual es inevitable y, de esta forma, no se obstaculiza la administración de justicia en el diario vivir”¹⁶.

13 POLITOFF *et al*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, ob. cit., p. 207.

14 NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, “Artículo 10 N.º 1”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y Luis ORTIZ QUIROGA (dirs.); Jean Pierre MATUS ACUÑA (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 104. (El resaltado es agregado).

15 NÁQUIRA RIVEROS, “Artículo 10 N.º 1”, art. cit., p. 101. (El resaltado es agregado).

16 *Ibid.*, p. 104.

La interpretación de Cousiño nos parece adecuada. En efecto, para nosotros, el término así está tomado en su sentido “natural y obvio”, el de la *vulgata*, el general de las personas, pero no para dar esa significación con consecuencias jurídico-penales, porque ello implicaría que el juez pudiera determinar, con prescindencia total de la necesidad de conocimiento científico, sobre quién actúa estando “loco” o “demente”, o quien sufre una enajenación o trastorno mental, ya que usaría el significado “natural y obvio”. Aquí, el sentido “natural y obvio” del término es un *indicatum*, una orientación legal sobre qué realidad habría que “recortar”¹⁷ o a qué campo de objetos de la realidad social la ley habría de referirse con los términos *loco*, *demente*, *enajenación* y *trastorno*. Para su intelección no requiere de conocimientos especiales, a diferencia de términos como, por ejemplo, “radiaciones ionizantes” del artículo 342 del Código Penal español.

Si se nos permite “importar”, a modo explicativo, los conceptos desde la *teoría de los elementos del tipo* —ya que obviamente en este caso no hablamos de tipo—, no habría de ser un concepto *teórico* o *cognoscitivo*, sino más bien uno *descriptivo*. Pero su diferencia con este, es que no son solo términos que describen “hechos” —en términos wittgensteinianos—, como “zapato” o

17 ZEMELMAN, Hugo, *Uso crítico de la teoría. En torno a las funciones analíticas de la totalidad*, 2.ª ed., México D.F.: Instituto Politécnico Nacional, 2009.

“perro”, sino que son términos que se abren conceptualmente a la significación socio-científica, para luego ser valorados jurídico-penalmente. Dicho de otro modo, establecen un puente semántico: el término invoca el conocimiento vulgar sobre los *hechos* a los que “describe” o se refiere, para orientarnos y ubicarnos acerca de a qué *hechos* la ley está apuntando con su referencia (una persona “loca”). Pero, como luego el término usado está directamente relacionado con un “recorte” de una “realidad” compleja (no como un “zapato” o un “perro”) que cae bajo el espectro de disciplinas que estudian su significado en esa complejidad, es que no puede prescindirse de este significado, de lo contrario, el término no podría “absorber” un significado completo.

Y si bien la expresión de “loco” o “demente” pudiese sonar denostativa y hoy entendemos inadecuada —de lo que ya nos haremos cargo en los análisis de *lege ferenda*—, al menos orienta en la *vulgata*, posibilitando a ser completado de contenido significativo en el orden científico, todo ello para una mejor valoración jurídico-penal. El término así, debiera entenderse solamente como un marco de referencia. Dichos *términos*, claro está, no se toman en un sentido científico, pero tampoco pueden entenderse como “normativos”¹⁸, como lo expresa Garrido Montt, porque la ley misma no está definiendo el término.

18 GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, ob. cit., p. 217; BALMACEDA HOYOS, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 218.

¿SABÍA USTED QUE?

El que un sujeto padezca un trastorno mental no significa que inmediatamente se asuma que presenta una patología asimilable a la locura o a la enajenación mental, dado que son muchos los síndromes que no implican una pérdida del juicio de realidad.

Si bien Cury igualmente va en el sentido de su uso natural y obvio, por la referencia suya a términos “coloquiales”, introduce la “interpretación teleológica” —al igual que Náquira, aunque este la combine con la *progresiva*— como forma de adecuarlas a los “progresos” de la ciencia. Dos cosas sobre lo dicho. En primer lugar, en estricto rigor, el significado de adaptación del derecho a la ciencia está más bien ligado a la *interpretación progresiva*, no a la teleológica. En segundo lugar, no entendemos cómo una *interpretación teleológica* se vincula a términos como los expuestos, ya que si por *telos* o fin se apunta a la finalidad del legislador, la historia de la ley nada contiene (como se expuso atrás), y si aquel se habría de inferir del sistema jurídico o jurídico-penal (“espíritu de la legislación”), ello nos remite más bien a lo entendido por “interpretación sistemática”. Ahora, si por *telos* o fin debiésemos entender la interpretación desde el bien jurídico, tampoco se entiende. Si por *telos* se refiere a que era la “finalidad” del legislador que se usara un término “adaptable” a las definiciones científicas o al cambio social sobre el contenido

conceptual, mejor decir en su lugar —y bastaba—, “interpretación progresiva”.

De ahí que comprendemos que es la *interpretación progresiva* la que mejor calza al abordar los términos en comento, ya que aquella y en términos generales, se pliega sobre la *elasticidad* de un término al que una ciencia/técnica dota de contenido significativo¹⁹, pero en el entendido que, y como ya se dijo, no estamos aquí ante términos estrictamente “técnicos” en sí mismos (como “ionizante”), sino ante conceptos “puente”, en que se toman con un uso natural y obvio, pero cuyo contenido es interpretado progresivamente para la plenitud de su significado.

Ahora bien, sobre lo planteado por Politoff, Matus y Ramírez respecto a la contraposición entre lo vulgar/culto, no estamos en acuerdo. Conviniendo en que no es el mejor de los términos posibles en lo relacionado con “loco” o “demente” —como ya anunciamos—, aunque algo mejor con “enajenación” o “trastorno”, términos vulgares como aquel, cumplirían una mejor función comunicativa sobre el contenido de la prohibición cuando se ubican en el tipo penal (arts. 361.3, 397.1, etc.), o sobre el contenido de la inimputabilidad como es del caso en la especie, lo que se enriela en el sentido de lo exigido por el principio de legalidad y, en términos

político-criminales, por la función preventiva del tipo cuando dicho término esté obviamente incluido en él.

El legislador entreverado nomográficamente tiene una tarea titánica, aunque no lo sepa: tratar de compatibilizar la historia del lenguaje con la materialidad histórica de las relaciones sociales. La ley es el punto donde ambos pretenden dicha coherencia de modo “normativo”, en el sentido que es una imposición para una necesidad social. Pero, en términos lacanianos, la historia del lenguaje tiene su “historia” paralela, que para el caso es en alteridad de la historia material de las relaciones sociales. Existen términos, como los estudiados, que en la ley pretenden ser una inscripción y son a su vez significantes que, como si fuera un “código” (en términos de Jakobson/Lacan), cumplen la función de absorber lo que más se pueda de sentido por los “desfiladeros del significante”²⁰. Dicha función desde la esfera de las relaciones sociales se hará más posible utilizando una referencia vulgar a referencia técnica no definida, porque en términos metodológicos se acerca no a lo más abstracto sino a lo concreto, y, en términos de la materialidad social, está más cerca del derecho vivo o infraestructura que del derecho formal o superestructura²¹. Por ello no se entiende el porqué de la con-

19 Vid. NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Madrid: Siglo XXI, 1975, p. 207; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires: Losada, 1950, p. 474.

20 LACAN, Jacques, *Seminario. XI. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis*, Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 98.

21 GURVITCH, Georges, *Sociología del derecho*, traducción y prólogo de Ángela Romera Vera, Rosario: Editorial Rosario, 1945.

traposición descrita por Politoff y otros, habría de ser no conveniente, y aún de existir aquella, la contradicción siempre debiera ser resuelta para casos como el expuesto, en favor de la vulgata.

En cuanto a lo expresado por Náiquira y que hemos resaltado de lo extractado más atrás, cuestiones tales como “autocontrolarse” o el que se “anule [...] funciones psíquicas superiores”, van en similar sentido de lo que pudo inferirse de lo expresado en la dogmática para los términos “loco” o “demente”.

4. La legislación penal comparada sobre el particular

En referencia al *trastorno mental*, para eximir de responsabilidad penal, se recogen aquí once disposiciones pertenecientes, a su vez, a once Códigos Penales de Sudamérica y algunos países europeos²².

22 Artículo 34.1 del Código Penal argentino de 1984: “El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.
 Artículo 20.1 del Código Penal peruano de 1991: “El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.
 Artículo 17 del Código Penal boliviano de 1972: “Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia no pueda comprender

la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión”.

Artículo 30 del Código Penal uruguayo: “[Locura.-] No es imputable aquel que en el momento que ejecuta el acto por enfermedad física o psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación, se halle en tal estado de perturbación moral, que no fuere capaz o solo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según su verdades apreciación. Esta disposición es aplicable al que se hallare en el estado de espíritu en ella previsto, por influjo del sueño natural o del hipnótico”.

Artículo 23.1 del Código Penal paraguayo de 1997: “[Trastorno mental.-] No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento”.

Artículo 33 del Código Penal colombiano del 2000: “[Inimputabilidad.-] Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural o estados similares”.

Artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador del 2014: “Trastorno mental.- La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad”.
 Artículo 26 del Código Penal brasileño: “Inimputáveis. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarse de acordo com esse entendimento”.

Artículo 20.1 del Código Penal español de 1995: “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración

Los términos ocupados por los cuerpos normativos señalados, son los siguientes:

- “Trastorno mental” (art. 33, Código Penal colombiano; art. 36, Código Penal Orgánico Integral del Ecuador; art. 20.1, Código Penal español; § 20, StGB [si entendemos *seelischen Störung*, como “trastorno mental”]).
- “Enfermedad mental” o solo “enfermedad”²³ (art. 17, Código Penal boliviano; art. 88, Código Penal italiano; art. 26, Código Penal

brasileño [*doença mental*]; art. 30, Código Penal uruguayo).

- “Perturbación de la conciencia” (art. 17, Código Penal boliviano; art. 23.1, Código Penal paraguayo; § 20, StGB [“*tiefgreifenden*”: *profunda*]).
- “Anomalía” o “alteración psíquica” (art. 20.1, Código Penal español; art. 20.2, Código Penal portugués).
- “Alteración” [“morboza”] de las “facultades”, de la “conciencia” o de la “siquis” (art. 34.1, Código Penal argentino; art. 20.1, Código Penal peruano; § 20, StGB).
- “Alteraciones en la percepción” que “afecta concepto de realidad” (art. 20.1, Código Penal peruano).

psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

Artículo 88 del Código Penal italiano de 1930: “Vizio totale di mente. Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere”.

Párrafo § 20 del Strafgesetzbuch: “Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen. Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln”.

Artículo 20.1 del Código Penal portugués de 1995: “Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída”.

23 En este caso, el contexto obviamente se refiere a lo mental.

Todos estos términos son más “avanzados” que solo el de “loco” o “demente” de nuestro Código Penal, lo mismo que el de “privación de razón”, aunque el de “enajenación o trastorno” sí se encuentra mucho más cercano a los términos de los Códigos seleccionados que el anterior. Ello sin duda se debe a que los Códigos seleccionados son casi en su totalidad —excepto el Alemán— cuerpo normativos de finales del siglo pasado o de este siglo (todos superiores en fecha a 1970) y, por ende, nuevos.

Fuera de lo dicho, a algunos de estos términos, se le añade como adjetivo calificativo el de “grave” (art. 20.1, Código Penal peruano; art. 17, Código Penal boliviano; art. 23.1, Código Penal paraguayo; § 20, StGB [*schweren*]; art. 20.2, Código Penal portugués).

Otro grupo de términos se encuentran en referencia al *retardo mental*, tales como “facultades insuficientes” (art. 34.1 del Código Penal argentino), “insuficiencia inteligencia” (art. 17, Código Penal boliviano), “desarrollo psíquico incompleto o retardado” (art. 23, Código Penal paraguayo); “desenvolvimiento mental incompleto ou retardado” (art. 26, Código Penal brasileño); “Schwachsinn” [retardo/debilidad mental] (§ 20, StGB).

De este tópico, el Código Penal chileno no se hace cargo directamente, aunque en la expresión “se halla privado totalmente de razón”, pudiera entenderse, pero en una interpretación muy a la fuerza y para no excluir casos que por justicia así debería ser entendido. La doctrina, en todo caso, nunca dejó de considerar los casos de retardo mental, pese a que el Código Penal de modo frontal, no se refiriese a este caso²⁴.

Fuera de lo dicho, se debe comprobar la relación semántica entre los términos, a nivel penal, en la legislación comparada del ramo. En efecto, en los códigos penales respectivos se determina la existencia de un sujeto por quien se preceptúa la exclusión de responsabili-

dad penal (“el que”, “quien”, “aquel”, “la persona”), una afección mental (trastorno mental, perturbación síquica, etc.) y que, por dicha afección, le impida comprender el injusto o dirigirse según tal comprensión (“actuar”, “conducirse”, “determinarse”) que podríamos concentrarlo en los conceptos de “conocimiento” y “voluntad”, los elementos intelectivos y volitivos propios del derecho penal.

De lo expresado es posible detallar ciertos elementos comunes que surgen: a) existencia de una patología psíquica en un sujeto; b) patología psíquica como “causa” de una interferencia cognitiva en la comprensión del injusto; c) patología psíquica como “causa” de una interferencia volitiva para autodeterminarse por esa comprensión del injusto. Tales elementos responden, a nuestro entender, correctamente con las modernas exigencias del derecho penal como determinación de la inimputabilidad por una patología psíquica y aún con las antiguas²⁵.

24 COUSIÑO MAC-IVER, *Derecho penal chileno*, t. III, ob. cit., p. 97, pp. 111 y 112; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, t. I, ob. cit., p. 281; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, t. II, ob. cit., p. 218; NÁQUIRA RIVEROS, “Artículo 10 N.º 1”, art. cit., p. 104; POLITOFF *et al*, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, ob. cit., p. 300; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 414; BALMACEDA HOYOS, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 218.

25 “Señaladas personas son las que se pueden escusar de non recibir la pena que las leyes mandan [...] así como aquel que fuese loco de tal locura, que non sabe lo que se hace [...]” [Ley XXI, Título I, Partida I, en ALFONSO X, *Las siete partidas*, glosadas por el licenciado Gregorio López, en Salamanca, por Andrea de Portonaris, 1555]. La Ley 3, Título 8, Partida VII, por su parte, expresa: “[...] Otrosí decimos que si algunt home que fuese loco [...] matase a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe nin entiende el yerro que face” [ALFONSO X, *Las siete partidas*, glosadas por el Licenciado Gregorio López, en Salamanca, por Andrea de Portonaris, 1555].

IMPORTANTE

Tener en consideración una mirada más longitudinal de la vida del sujeto, más allá del hecho puntual que constituye el delito, posibilita conocer la naturaleza de su cuadro, su gravedad, las diversas áreas que abarca y, en definitiva, esta visión histórica del desarrollo de la patología permite descartar o afirmar que estamos ante una simulación, vale decir, ante un sujeto que echa mano de un cuadro conocido para justificar su conducta e intentar por esa vía lograr una exculpación penal o, al menos, una atenuación de su responsabilidad.

Las contraposiciones entre un “concepto” de patología psíquica que surge del Código Penal chileno, como pérdida de control/peligrosidad, y de los códigos penales comparados, como problemas mentales provocadores del efecto de afección a la cognición y volición en relación al injusto, son evidentes. Además, se hace posible visualizar que la legislación comparada es más “depuradora” de una “tipología de autor” en la que cae el Código Penal chileno, según ya vimos.

5. Concepto de “trastorno mental” desde las “ciencias de la mente” (Psicología/Psiquiatría)

Los términos específicos a que hemos hecho referencia, a saber “loco”, “demente” y “enajenación”, son susceptibles de ser englobados, dentro de la perspectiva *psicológico/psiquiátrica*, bajo

la rúbrica general del concepto de “trastorno mental”, en tanto esta “categoría” que es universal, generalizable y transversal —como podrá verse— considera la variabilidad de categorías y conceptos relativos a las afectaciones de los sujetos en el ámbito del *psiquismo*.

5.1. Concepto de “trastorno mental” utilizado en documentos institucionales relevantes

En la esfera de la salud mental, los manuales internacionales más utilizados sobre los trastornos mentales son el *Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales* (DSM) de la *Asociación Psiquiátrica Americana* (APA), que va en su quinta edición (año 2013); y la *Clasificación internacional de las enfermedades* (CIE), de la *Organización Mundial de la Salud* (OMS), en su décima versión. El objetivo de ambos manuales es, desde la óptica de sus facturadores, intentar definir de forma clara y precisa los trastornos y síntomas relativos a los *trastornos mentales* mediante las categorías propuestas, con el objetivo de aportar a lo siguiente:

- a) facilitar la práctica médica y las acciones de salud pública a través de la construcción de un lenguaje común, consensuado por sus protagonistas;
- b) facilitar la comunicación sobre los trastornos mentales y poder tomar decisiones racionales sobre el cuidado de la salud;
- c) proveer un marco de trabajo para la investigación en la naturaleza de los trastornos mentales, y

- d) simplificar y mejorar la comunicación entre los técnicos, así como entre estos y otros trabajadores involucrados en la asistencia y la evaluación de la salud mental.

Ambos manuales, en tanto “comparten criterios y resultados de la investigación científica y muchos de los investigadores”²⁶, poseen una definición del concepto de *trastorno mental* muy similar:

Es un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental. Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o una discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes. Una respuesta predecible o culturalmente aceptable ante un estrés usual o una pérdida, tal como la muerte de un ser querido, no constituye un trastorno mental. Un comportamiento socialmente anómalo (ya sea político, religioso o sexual) y los conflictos existentes principalmente entre el individuo y la sociedad no son trastornos mentales salvo que la anomalía o el conflicto sean resultado de una disfunción del individuo, como las descritas anteriormente²⁷.

26 Prólogo de la edición española del CIE-10, realizada por el Prof. J. J. López Ibor, en ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud*, 10.^a revisión, v.ºs 1-3, Washington D. C.: OMS, 1995, pp. xi.

27 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, Washington D. C.: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, Sección I, p. 5.

Si bien ambos manuales, y algunos documentos clínicos internacionales, manifiestan prevenciones en cuanto al uso del concepto de *trastorno mental*, en definitiva les resulta más adecuado que el de “enfermedad mental”, el cual procuran evitar²⁸.

Por su parte, la CIE-10 utiliza el concepto “para implicar la existencia de un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociado en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia con el funcionamiento personal. La desviación social o

La definición de trastorno mental del DSM-IV-TR es muy similar, y para efectos ilustrativos, la reproducimos en esta nota: “síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., dolor), a una discapacidad (p. ej., deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o a un riesgo significativamente aumentado de morir o de sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad. Además, este síndrome o patrón no debe ser meramente una respuesta culturalmente aceptada a un acontecimiento particular (p. ej., la muerte de un ser querido). Cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica. Ni el comportamiento desviado (p. ej., político, religioso o sexual) ni los conflictos entre el individuo y la sociedad son trastornos mentales, a no ser que la desviación o el conflicto sean síntomas de una disfunción” [AA. VV., *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-IV-TR*, traducción de Tomàs de Flores i Formenti *et al*, Barcelona: Masson, 1995, p. XXIX].

28 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2006, p. 23. Recuperado de <bit.ly/1ys6t4b>.

el conflicto, tomados aisladamente y sin estar ligados a disfunciones personales, no deberían incluirse en la noción de ‘trastorno’, tal como se la define aquí (OMS, 1992)²⁹.

¿SABÍA USTED QUE?

El criterio más claro e inequívoco para hacer una distinción y poder discriminar entre los diversos cuadros o síndromes mentales sea el que los sujetos activos presenten, o no, conservada la capacidad de *juicio crítico de realidad*.

En cuanto a este tipo de rótulos, el DSM hace una distinción importante al aclarar que, más que clasificar a las personas en tanto sujetos, lo que pretende es clasificar los diversos cuadros que estos pueden padecer. Por tanto, más allá de ser meramente una clasificación de individuos, constituye una taxonomía de signos y síntomas que estos pueden presentar y de algún modo padecer.

Sin embargo, se debe tener en consideración que el término *trastorno mental* usado en los manuales citados, si bien posee una connotación de compromiso y afectación generalizada en el sujeto que lo padece, engloba afectaciones de muy diversa índole y gravedad. En este sentido, los referidos manuales internacionales describen bajo el concepto de

trastorno mental afecciones tan diversas como por ejemplo: el retraso mental (discapacidad intelectual), las adicciones, los trastornos sexuales, los trastornos de personalidad, los trastornos del neurodesarrollo, los trastornos del estado del ánimo, los trastornos psicóticos (por ejemplo la esquizofrenia), los trastornos de ansiedad; y un sinnúmero de otras afectaciones de disímil gravedad. Por ende, no están exentos de críticas sobre el respecto³⁰.

30 Cfr. las críticas al DSM, entre otros, ADRIÁN, Tamara, “Cuadrando el círculo: despatologización vs derecho a la salud de personas TRANS en DSM- 5 y CIE-11”, en *Comunidad y Salud*, vol. 11, n.º 1, Maracay: enero-junio del 2013, pp. 60-67, recuperado de <bit.ly/1t4RWRD>; ÁLVAREZ, Armando Alonso, “Valoración crítica de las actuales clasificaciones de los trastornos mentales”, en *Psicología.com*, vol. 11, n.º 1, La Habana: 2007, pp. 1-8, recuperado de <bit.ly/1sQmWnP>; ECHEBURUA, Enrique; SALABERRIA, Karmele y Marisol CRUZ-SÁEZ, “Aportaciones y limitaciones del DSM-5 desde la psicología clínica”, en *Terapia psicológica*, vol. 32, n.º 1, Santiago: abril del 2014, recuperado de <bit.ly/22B8YTis>; FRANCES, Allen, “Preparémonos. Lo peor está por venir: el DSM-V: una pandemia de trastornos mentales (Críticas al DSM-V, publicadas por el autor del DSM-IV). Abriendo la Caja de Pandora las 19 peores sugerencias del DSM-V”, en *Asociación para la Promoción de la Salud de Niños y Adolescentes, Bilbao [Haur eta Nerabeen Osasunaren Sustapenerako Elkarteak, Bilbo]*, pp. 1-6, recuperado de <bit.ly/1Pr7wkq>; GARCÍA MALDONADO, Gerardo; Atenógenes H. SALDÍVAR GONZÁLEZ; ARTURO LLANES CASTILLO e Indira Guadalupe SÁNCHEZ JUÁREZ, “El DSM-V. Luces y sombras de un manual no publicado. Retos y expectativas para el futuro”, en *Salud Ment*, vol. 34, n.º 4, México D. F.: julio-agosto del 2011, pp. 367 y 378, recuperado de <bit.ly/22CGskk>; KARDEFELT-WINTHER, Daniel, “A critical ac-

29 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación*, ob. cit., p. 23.

Otra distinción relevante que merece ser destacada acerca de la utilización del DSM-V es que su principal objetivo consiste en “ayudar a los profesionales de la salud en el diagnóstico de los trastornos mentales de los pacientes [...] como parte de la valoración de un caso [...]”³¹ y, en este sentido, se desaconseja que sea utilizado por personas sin la formación adecuada. Si el objetivo del manual se vincula con la advertencia de que “para establecer un diagnóstico de trastorno mental no basta con comprobar la presencia de los síntomas citados en los criterios de diagnóstico”³², queda manifiestamente claro que más que un conjunto de síntomas y criterios respecto de los cuales se debe constatar su existencia, el diagnóstico implica una tarea valorativa que *solo puede y debe ser* realizada por un profesional de la salud, entiéndase psicólogo o psiquiatra y que incluso para este no pasa de constituir un dato relevante y un punto de parti-

da para cualquier tipo de intervención posterior.

Del mismo modo, en el apartado *Declaración cautelar para el empleo forense del DSM-V*, el manual aclara que la definición de *trastorno mental* se redactó “para satisfacer las necesidades de los clínicos, los profesionales de la salud pública y los investigadores, antes que para las necesidades técnicas de los juzgados y los profesionales que prestan servicios legales”³³, insistiendo en que la aplicación del DSM-V debe ir acompañada de la advertencia sobre los riesgos y limitaciones de su utilización en cuestiones forenses, ya que al utilizar categorías, criterios y descripciones textuales del manual con fines legales se corre el riesgo de que la información se use o entienda de forma incorrecta. Sin perjuicio de dicha explicación, el mismo documento señala que el buen uso de la información sobre el diagnóstico, puede ayudar a los profesionales de la ley en el proceso de toma de decisiones, en tanto permite la comprensión de las características relevantes de los trastornos mentales.

En la guía de estilo *Salud mental y medios de comunicación* de la *Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental* (FEAFES) que agrupa desde 1983 a las federaciones y asociaciones de personas con enfermedad mental de todo España y a sus familiares, se define

count of DSM-5 criteria for internet gaming disorder”, en *Addiction Research and Theory*, vol. 23, n.º 2, Londres: julio del 2014, recuperado de <bit.ly/24mvr5P>; LÓPEZ-SANTÍN, Jose M.; Ferrán MOLINS GÁLVEZ y Lia LITVAN SHAW, “Personality disorders in DSM-5. A critical approach”, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 33, n.º 119, Madrid: julio-setiembre del 2013, pp. 497-510, recuperado de <bit.ly/25EGJsc>; URIBE, Carlos Alberto, “La controversia por la cultura en el DSM-IV”, en *Revista Colombiana de Psiquiatría*, vol. 29, n.º 4, Bogotá: octubre-diciembre del 2000, pp. 345-366, recuperado de <bit.ly/20XIJX0>.

31 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, ob. cit., Sección I, p. 3.

32 *Ibid.*, p. 3.

33 *Ibid.*, p. 13.

un *trastorno* o enfermedad mental de la siguiente manera:

Una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o del comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, el aprendizaje, el lenguaje, lo cual dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en que vive y crea alguna forma de malestar subjetivo³⁴.

Habiendo ya intentado exponer las definiciones de trastorno mental desde el ámbito de las disciplinas abocadas a la salud mental, no podemos dejar de hacer una salvedad y, con ese objeto, citaremos el prólogo a la edición española de la *Clasificación de los trastornos mentales y el comportamiento* de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-10), publicado por la Organización Mundial de la Salud, en la cual se señala que:

[Las] clasificaciones de las enfermedades son el fruto de un conocimiento científico limitado y de un consenso entre investigadores y clínicos. La limitación tiene como consecuencia que hayan existido, y existen, clasificaciones hechas con criterios y desde perspectivas muy diferentes, unas veces etiológicas, otras evolutivas, otras psicopatológicas y otras, como el DSM-IV y la CIE-10, sintomáticas. [...] Un consenso es un compromiso en aras de una aplicación práctica y de un lenguaje común. Suele ser el mejor de los mundos posibles o, si se

quiere, los dos mejores mundos, si tomamos en cuenta a la CIE-10 y el DSM-IV. [...] Sin embargo, hay varias diferencias entre ambas clasificaciones que ponen de manifiesto diferencias “políticas” o decisiones no basadas en la evidencia científica. [...] El desarrollo de una clasificación basada en síntomas tiene el peligro de psiquiatrizar estados, o comportamientos, no patológicos y diagnosticar de enfermos a personas que presentan algún síntoma aislado o un rasgo poco frecuente. Para evitarlo, la clasificación norteamericana exige dos condiciones, un sufrimiento importante y una discapacidad significativa³⁵.

Estas consideraciones y prevenciones, más allá de relativizar ambas clasificaciones internacionales y el valor consensual que ellas importan, no hace más que justificar que sea un experto en salud mental quien realice los diagnósticos de las categorías construidas en los referidos manuales, en tanto este no solo tomará como referencia la información diagnóstica reunida mediante la entrevista con el evaluado y las categorías propuestas en los mencionados manuales, sino que podrá agregar un *plus* de *expertise* en la valoración respecto de si un determinado cuadro psicopatológico ha podido haber influido en un sujeto que ha cometido delito o desplegado una conducta asimilable a este³⁶.

34 CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL (FEAFES), *Salud mental y medios de comunicación. Guía de estilo*, 2.ª ed., Madrid: Feafes, 2008, p. 24. Recuperado de <bit.ly/1xIHRqx>.

35 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Guía de bolsillo de la Clasificación CIE-10. Clasificación de los trastornos mentales y el comportamiento*, Madrid: Panamericana, 2000, p. IX.

36 No entraremos en el presente artículo en la discusión respecto de si un “loco o demente” puede cometer delito, o si una vez que lo comete el sistema de justicia lo exime de sus consecuencias. En otras palabras, si situamos la inimputabilidad

5.2. La respuesta científica a la pregunta jurídica: Trastorno mental y juicio crítico de realidad

Como hemos visto, el concepto de trastorno mental tiene una extensión genérica para su uso con relación a toda la gama de cuadros de naturaleza psíquica —no física—, aun cuando puedan estar determinados, influidos o causados por una *noxa* de origen biológico. Para estos efectos, y con fines meramente ilustrativos, citaremos a los más claros ejemplos que lo constituyen: las demencias debidas a infartos o accidentes vasculares; los trastornos mentales debidos al consumo de sustancias psicotrópicas (como en el caso de las drogas, o de la derivación del alcohol —*delirium tremens*—); trastornos mentales asociados a disfunciones fisiológicas (ej.: psicosis puerperal); las discapacidades intelectuales (retraso mental) debidas a trisomías cromosómicas; entre otros.

Por tanto, entendemos que cuando el artículo 10.1 del Código Penal alude a la causal de exculpación por la presencia de algún cuadro psicopatológico en el autor del hecho delictivo, deberíamos circunscribir estos a aquellos, en tanto y en cuanto sean asimilables *a estados de perturbación de la normal comprensión de la ilicitud de los actos*, o bien, a aquellos en los cuales, manteniéndose dicha capacidad intelectual valorativa, esta no presenta un correlato conductual en las acciones

en la antijuricidad, o bien derechamente en la culpabilidad.

del sujeto por presentar una *alteración de la capacidad volitiva de actuar en concordancia con dicha concepción*. Este es el sentido en que modernamente *debiese* entenderse dicho artículo, aunque convenimos en que del *concepto* de patología mental que puede desprenderse del Código, como ya vimos, no hace posible entenderlo de ese modo. En otras palabras, la doctrina penal y la práctica de los tribunales hacen “calzar” un *concepto* nuevo para *términos* que indican un *concepto* obsolecente.

Por otro lado, e intentando seguir la lógica detrás del articulado alusivo a ese estado mental o condición del sujeto activo que podría tener como consecuencia la exención de su responsabilidad en el hecho que comete, los cuadros psicopatológicos que podrían tener aplicación son más bien limitados, descartándose *a priori* muchas de las afectaciones descritas por el DSM y la CIE bajo el título de *trastornos mentales* (ya definidos teóricamente en otro apartado de este documento).

De hecho, quizás el criterio más claro e inequívoco para hacer una distinción y poder discriminar entre los diversos cuadros o síndromes mentales sea el que estos presenten, o no, conservada la capacidad de *juicio crítico de realidad*. Entrar en la definición del *concepto* “juicio crítico de realidad” siempre trae aparejado, necesariamente, una explicación del papel que este juega en la cosmovisión de un sujeto y, a la vez, en cómo este juicio crítico se encuentra anudado y determinado por un

sin número de procesos intrapsíquicos que dicen relación con como el sujeto incorpora al mundo externo e interno en su experiencia vital.

IMPORTANTE

La exageración de cuadros clínicos, la no concordancia con la sintomatología habitual o esperada, el correlato emocional o vivencial discrepante, son algunos de los indicadores de estar frente a este tipo de simulación de padecer una enfermedad que no es tal. Quizás el elemento más decidor en este tipo de casos es la concordancia entre el hecho delictivo y el inicio del cuadro psicopatológico que se esgrime (o al menos el inicio a la referencia de su existencia).

En efecto, un fenómeno tan esencial y cotidiano como la creencia compartida de que vivimos en un mundo o sociedad que nos es común a todos, ya significa un gran logro para el aparato psíquico³⁷.

37 Ejemplo de lo dicho, puede estimarse en lo postulado por las teorías: *Freudiana* en general (particularmente las tópicas primera y segunda, el concepto de proyección, y algunas consideraciones entre realidad interna y externa en *tótem y tabú*); *aperceptiva* de Bellak; *constructivista* de Paul Watzlawick (y la distinción entre “realidad de primer orden” y “realidad de segundo orden”); en alguna medida el criticismo de Immanuel Kant (en especial la *Crítica de la razón pura*, al encontrarse compartidos por los seres racionales “juicios” de la misma especie —analíticos/sintéticos— y mismas limitaciones a la cognición); *posracionalistas* de la construcción de la realidad, por comprender que la realidad social es “construida” en conjunto con una comunidad, o el “sentido común” que es lo que se

Este proceso se inicia en lo que llamamos la percepción, que no resulta de la simple incorporación de los estímulos externos, sino que traduce un complejo fenómeno de inscripción de la realidad externa a la interna mediante la integración de la experiencia sensorial, a través de su reconocimiento mediante procesos de análisis, síntesis y contrastación crítica de la información adquirida por los sentidos, la atribución a esta de un significado (personal y social), donde entra en juego el contexto histórico en que se desenvuelve el sujeto, y las nociones de temporalidad y espacialidad que terminan por integrar una experiencia sensorial al continuo vital y la propia identidad. Este proceso personal activo, crítico y ordenador, le permite al sujeto sostener una suerte de coherencia entre su mundo interno y el externo (social), conllevando con este último una noción de realidad compartida. Dicho resultado, que —insistimos— puede parecer evidente o garantizado, significa todo un logro desde la perspectiva del desarrollo humano, permitiendo la comunicación y comunión con los semejantes.

comparte con los otros en las “rutinas normales y autoevidentes” de la vida cotidiana [BERGER, Peter y Thomas LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia Zuleta, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001, pp. 10 y 41]; o el sentido que “encontramos que un individuo aislado nunca puede ‘significar’; se exige otro que complemente la acción y darle así una función en la relación” [GERGEN, Kenneth J., *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, traducción de Ferran Meler Ortí, Barcelona: Paidós, 1996, p. 222]; entre otras.

La ciencia psicológica ha entendido por *juicio crítico de realidad* a la noción realista que un sujeto logra de sí mismo y de su entorno (realidad externa). A este juicio se le denomina “crítico” en tanto se encuentra implícito en el que ha alcanzado la noción de sí mismo y del mundo mediante un complejo proceso de discernimiento, contrastación y análisis, para luego lograr una síntesis unificadora de esa imagen en principio atomizada de los diversos elementos propios y ajenos.

Asimismo, el *juicio crítico de realidad* puede entenderse de modo operativo como aquella capacidad del sujeto que le permite distinguir entre el origen intrapsíquico del origen extrapsíquico de sus percepciones, sensaciones o vivencias, distinguir entre el yo y el no-yo, demostrando poder evaluar la realidad de una forma realista. Cuando dicho *juicio crítico de realidad* se encuentra alterado, algunos sostienen que el evaluado o paciente incluso parece vivir “otra realidad” distinta a aquella social compartida. En este punto muchos podrán pensar que lo que a menudo se observa en la mayoría de los sujetos es que cada una de estas significa sus experiencias y vive su propia realidad, planteándose cual sería la diferencia con la distinción recién descrita respecto del psicótico. Ello es verdad hasta cierto punto.

¿En qué se diferencia esa realidad personal del psicótico, respecto del neurótico? La respuesta a esta pregunta es sencilla, aún cuando implica establecer

una serie de distinciones respecto de ciertos criterios que, en su caso, permitirán al experto establecer un diagnóstico diferencial entre uno y otro cuadro. En primer lugar, en algunos casos de psicosis la alteración en el juicio crítico de realidad se hace evidente en tanto este presenta fenómenos productivos positivos del tipo *alucinaciones* o *delirios*. Para Capponi³⁸, la alucinación no es más que “una percepción sin objeto real, sin el estímulo externo correspondiente” y sin juicio de realidad. Los delirios por su parte corresponden a afirmaciones “absurdas, apodícticas, incorregibles por la experiencia invalidatoria, y de origen patológico”³⁹. Para Jaspers⁴⁰, los delirios se caracterizan por poseer una certeza subjetiva incomparable, que traducen una convicción extraordinaria, pues no son influenciados por la experiencia ni por conclusiones o evidencia irrefutable, y además su contenido es imposible. Asimismo, para Mesa Cid⁴¹ los síndromes psicóticos pueden también acompañarse de trastornos del lenguaje, descompensaciones profundas del estado del ánimo, aislamiento social grave y prolongado, trastornos psicomotores graves, y conductas desviadas —extrañas o aberrantes—.

38 CAPPONI, Ricardo, *Psicopatología y semiología psiquiátrica*, Santiago: Editorial Universitaria, 1987, p. 72 y ss.

39 *Loc. cit.*

40 JASPERS, Karl, *Psicopatología general*, Buenos Aires: Beta, 1966.

41 MESA CID, Pedro, *Fundamentos de psicopatología general*, Madrid: Pirámide, 1999.

Ahora bien, dada la limitación que presentan las clasificaciones sintomáticas, basadas en la presencia de signos y síntomas observables en el sujeto y su conducta, resulta necesario recurrir a otros tipos de clasificaciones que posibiliten pesquisar otros aspectos de la conducta del sujeto que resulten relevantes a la hora de establecer la presencia o no de un cuadro psicótico y poder diferenciarlos de los demás cuadros psicopatológicos cercanos. Asimismo, y dado que nos encontramos inmersos en un contexto judicial de toma de decisiones, tener en consideración una mirada más longitudinal de la vida del sujeto, más allá del hecho puntual que constituye el delito, posibilita conocer la naturaleza de su cuadro, su gravedad, las diversas áreas que abarca y, en definitiva, esta visión histórica del desarrollo de la patología permite descartar o afirmar que estamos ante una simulación, vale decir, ante un sujeto que echa mano de un cuadro conocido para justificar su conducta e intentar por esa vía lograr una exculpación penal o, al menos, una atenuación de su responsabilidad.

Para lograr dichos fines, y acceder a los elementos más permanentes de la personalidad del sujeto, recurriremos a la teoría del famoso psiquiatra y psicoanalista Dr. Otto Kernberg, quien, desde una mirada estructuralista, logra distinguir lo contextual de lo permanente en los sujetos estudiados. Dicho autor desarrolla una clasificación de los trastornos de la personalidad que combina los criterios dimensional y

categorico, estableciendo diferencias y similitudes en aspectos cuantitativos (mayor o menor gravedad) y cualitativos (ausencia/presencia), detectables en las organizaciones de personalidad a través de lo que llama “entrevista estructural”⁴².

El *diagnóstico estructural* resulta útil no solo para clasificar al paciente, sino también, y sobre esa base, establecer su pronóstico (como evolucionará) y su tratamiento (como se curará, estrategias terapéuticas diferenciadas). Este busca la comprensión de las características estructurales intrapsíquicas de las personas. Las estructuras son configuraciones o modos de organización relativamente estables o duraderas de los procesos mentales. Dentro de las estructuras hay subestructuras —como por ejemplo las defensas, las relaciones objetales internalizadas, etc.— y, desde un punto de vista dinámico, dentro de las estructuras hay conflictos. Por tanto, uno de los objetivos de la entrevista estructural es efectivamente poder acceder a determinar cómo se presenta el *juicio de realidad* en el sujeto evaluado. Para Kernberg, el *juicio de realidad* está mantenido en las estructuras neuróticas y limítrofes y no así en las estructuras psicóticas, por lo que resulta el criterio diferenciador entre las estructuras psicóticas y las estructuras limítrofes (y neuróticas).

42 KERNBERG, OTTO, *Trastornos graves de personalidad*, México D. F.: Manual Moderno, 1987, Capítulo 2.

De acuerdo a Gomberoff⁴³, quien hace una extraordinaria síntesis de la teoría de Otto Kernberg, la evaluación de este criterio se hace en tres etapas:

- a) *Presencia/ausencia de alucinaciones o ideas delirantes.* Si en ese momento las tiene significa que el juicio de realidad esta perdido. Si ha tenido estas manifestaciones se pregunta por el significado de ellas, “¿qué le parece lo que le pasó?”. Si el paciente responde que no lo entiende y teme estar perdiendo la razón significa que recobró el sentido de realidad (lo que puede ocurrir en las estructuras limítrofes); por el contrario, si lo describe como algo natural, el juicio de realidad aún esta perdido.
- b) *Mantenición de criterios sociales.* Si el paciente nunca ha tenido alucinaciones ni ideas delirantes se evalúa, mediante la observación o análisis del discurso, lo más extraño o absurdo de la conducta del paciente o de los afectos. Después de tener claro esto se le pregunta “yo quisiera hablar con usted de algo que he observado en nuestra interacción, ¿me permite que le señale algo que me llamó la atención y que me tiene al o sorprendido, que no entiendo?, [...] yo vi que usted estaba haciendo esto o reacciona de tal forma y esto me pareció raro, ¿usted entiende que a mí me haya parecido extraño o es un problema mío?” Un paciente con

el juicio de realidad mantenido entiende que al entrevistador le resulte extraño lo que le señaló y explica la situación mejorando el entendimiento de este. Por el contrario, el juicio de realidad se denota perdido si el paciente no puede ver por qué a otra persona le resulte extraño cierto comportamiento.

- c) *Identificar en la interacción mecanismos de defensa primitivos e interpretarlos.* Este paso es el más difícil. Se debe tener una visión global del paciente, tomar en cuenta su comportamiento y cómo responde a las preguntas del entrevistador. Las reacciones defensivas primitivas comienzan a aparecer en las estructuras limítrofes y psicóticas al pedirle al paciente que se describa y continúan apareciendo en el transcurso de la entrevista estructural. Ante las defensas del paciente, interpretar en el presente y ver la reacción de este. Los pacientes limítrofes mejoran con esta intervención, los psicóticos empeoran⁴⁴.

Para la psicología y la psiquiatría, el *juicio de realidad* es uno de los criterios centrales, si no el principal, para poder arribar a un diagnóstico de psicosis (entiéndase locura). Como hemos señalado este concepto alude a la capacidad del sujeto para percibir y diferenciar de forma adecuada la realidad, en la medida en que este logra distinguir entre el origen interno o externo de sus vivencias, y

43 GOMBEROFF, Luis, *Otto Kernberg. Introducción a su obra*, Santiago: Mediterráneo, 1999.

44 KERNBERG, *Trastornos graves de personalidad*, ob. cit., p. 20.

diferenciar adecuadamente la fantasía de la realidad. Ambas capacidades, respectivamente, se expresan clínicamente en la posibilidad de distinguir el “yo” del “no/yo”, y en la ausencia de fenómenos positivos como las alucinaciones o los delirios.

El *juicio de realidad* se elabora a partir de la percepción del mundo externo, pero el ser humano también convive con su mundo interno de fantasías, imaginaciones y ensueños. Un individuo sano y con el pleno uso de sus facultades es capaz de delimitar con precisión y claridad las fronteras que separan la realidad interna y externa, aceptando integrar de forma dialéctica lo real y lo irreal. En otras palabras, el juicio de realidad es la capacidad de un sujeto para evaluar de forma consensual la realidad, tal como lo hace la mayoría de la población. En este sentido, implica la capacidad para mantener criterios de realidad socialmente aceptados.

Ahora bien, esta valoración no se limita a consignar la presencia, o no, de fenómenos psicóticos (alucinaciones, voces, ideas delirantes o extrañas, entre otros), sino que en su presencia hay que establecer si efectivamente lo son, o más bien corresponden a fenómenos de similares características sin la entidad suficiente o las cualidades para constituirse en verídicas muestras de pérdida del juicio de realidad. Esto lo podemos observar en las falsas/alucinaciones o en losseudodelirios, en los cuales el sujeto “aparece” como si padeciera esas ideas,

pero al ser auscultado diagnósticamente se puede determinar que ello no es así.

IMPORTANTE

Existe la posibilidad de que un sujeto con un adecuado *juicio de realidad*, debido a poderosas influencias externas (drogas, intoxicación alcohólica, situaciones altamente impactantes o estresantes, entre otras), atraviese por un momento o período transitorio de “pérdida del juicio de la realidad”, lo cual afectará su normal comprensión de las situaciones sociales y del valor de su propia conducta.

Mención aparte merecen los cuadros de simulación de patología mental, en los cuales el evaluado refiere padecer graves alucinaciones o delirios vinculados a los hechos (ej.: una voz que le ordena “¡mata!”), los cuales obedecen a esfuerzos o estrategias autoexculpatorias respecto de los hechos. La exageración de cuadros clínicos, la no concordancia con la sintomatología habitual o esperada, el correlato emocional o vivencial discrepante, son algunos de los indicadores de estar frente a este tipo de simulación de padecer una enfermedad que no es tal. Quizás el elemento más decidor en este tipo de casos es la concordancia entre el hecho delictivo y el inicio del cuadro psicopatológico que se esgrime (o al menos el inicio a la referencia de su existencia). En esta línea también se deberán tener presentes, y descartar según sea el caso, los cuadros ficticios (ej.: *Síndrome de Munchausen*).

Por otra parte, existe la posibilidad de que un sujeto con un adecuado *juicio de realidad*, debido a poderosas influencias externas (drogas, intoxicación alcohólica, situaciones altamente impactantes o estresantes, entre otras), atraviese por un momento o período transitorio de “pérdida del juicio de la realidad”, lo cual afectará su normal comprensión de las situaciones sociales y del valor de su propia conducta. Por ello, existen cuadros descritos por el DSM-IV-TR que incorporan esta causa externa como gatillante de una pérdida del juicio de realidad. Entre otras, las más típicas son: los trastornos psicóticos secundarios, producidos por el consumo de alguna sustancia (alcohol, anfetaminas, alucinógenos, cocaína, inhalantes, entre otros) o por los efectos del no consumo de las mismas en casos de dependencia, que genera el síndrome de abstinencia (ej.: *delirium tremens*); y el caso del trastorno psicótico breve (de causa reactiva) o trastorno mental transitorio (ej.: *psicosis puerperal* [postparto]).

Aún cuando aparezca como algo relativamente sencillo, por lo bien definidos que se encuentren los cuadros psicopatológicos, llegar a determinar el modo en que se encuentra el *juicio de realidad* en determinado sujeto resulta una tarea del todo compleja. Con todo, y para añadir una dificultad adicional, una vez realizada la evaluación “puede resultar [el diagnóstico] totalmente ineficaz si tras ello no se emiten otro tipo de consideraciones, con relación al tema legal que se trate”⁴⁵.

Por ello, en este campo específico del trabajo del psicólogo y del psiquiatra, se requiere de ellos no solo un alto nivel de especialización en sus respectivas áreas, sino que también un dominio y comprensión del contexto legal en el cual su evaluación e intervención es requerida y, en lo posible, una interacción y complementación en sus experticias. Como se puede observar, el que un sujeto padezca un trastorno mental no significa que inmediatamente se asuma que presenta una patología asimilable a la locura o a la enajenación mental, dado que son muchos los síndromes que no implican una pérdida del juicio de realidad.

Una vez establecido qué es el *juicio de realidad*, lo que definitivamente instaura una distinción diagnóstica taxativa entre los cuadros psicóticos y las demás organizaciones estructurales de personalidad en los sujetos, resulta oportuno introducir lo que para las legislaciones modernas constituye el *criterio mixto* en la valoración de la capacidad de responsabilidad penal de los infractores. Esbec señala al respecto que “la fórmula española constituye una fórmula mixta, bio/psicopatológico-psicológica (STS 12-3-96), es decir, exige una base patológica (alteración, anomalía, etc.) y un efecto psicológico (alteración de la conciencia o voluntad) [...] en consonancia con la repetida doctrina jurisprudencial y

45 CARRASCO, Juan José y José Manuel MAZA,

Manual de psiquiatría legal y forense, 2.ª ed., Madrid: La Ley, 2003, p. 142.

la tendencia legislativa internacional [...]”⁴⁶.

En cambio, nuestra legislación nacional, a diferencia de las que asumen dicho criterio mixto en que se requiere la patología y el efectos en las capacidades (cognitivas o volitivas) del sujeto al momento del hecho delictual, establece un parámetro más simple, pero a la vez más caprichoso (confuso) en su valoración. En efecto, el artículo 10.1 del Código Penal chileno nada dice de la afectación en las capacidades del sujeto, sino que sencillamente se limita a establecer la *presencia del trastorno o patología al momento del hecho*, en tanto incorpora como excepción a la causal de exculpación que dichos cuadros hayan estado atravesando por un “intervalo lúcido” al ejecutar esta la acción (u omisión). Lo anterior no obsta para que el abordaje doctrinal de todos modos considere, y no pueda dejar de hacerlo, que en definitiva en los referidos cuadros de “locura o demencia” deba exigirse la vieja fórmula de la afectación de la capacidad cognitiva (intelectual valorativa) o la capacidad volitiva, en términos de poder actuar conforme a la comprensión del hecho.

Por tanto, y para concluir, la propuesta resulta muy sencilla, la causal de exculpación por trastorno mental debe considerar la afectación del *juicio crítico de realidad* (propio de los cuadros psicóticos) respecto del hecho, con la

subsecuente afectación “sobre las distintas funciones psíquicas y especialmente cómo afecta, incide o modifica aquellas que son la base de lo que se considera como conducta adecuada, libre, responsable, autodeterminante y, en definitiva, las bases del comportamiento libre y autodeterminado, o las que se encuentren en relación concreta con el objeto de la prueba pericial”⁴⁷.

6. Propuestas de *lege ferenda*

De lo expuesto, puede llegarse a determinar lo siguiente:

6.1. La necesidad de la modificación de los términos usados por el artículo 10.1 del Código penal para referirse al “trastorno mental”

La doctrina penal, razonablemente, entiende como inconveniente la denominación, cuestión que refrendamos por la significación denostativa y estigmatizante de los términos. Agregamos a ello dos motivos adicionales para su modificación:

- a) Por apuntar a una diferenciación “autor”/estado o “tipología de autor”/estado, cuestión que conforme tanto a la legislaciones comparadas como a las disciplinas o ciencias de la mente, solo se direcciona la consideración del problema mental hacia el “estado” y donde penalmente se hace irrelevante la determinación legal de un “tipo de autor” en la regulación

46 ESBE, Enrique y Gregorio GÓMEZ-JARABO, *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, Madrid: Edisofer, 2000, p. 118.

47 CARRASCO y MAZA, *Manual de psiquiatría legal y forense*, ob. cit., p. 145.

para eximir de la responsabilidad penal por demencia.

- b) Porque el *concepto* que se desprende de problema mental del articulado del Código, pero por sobre todo el del artículo 10.1, es incongruente con lo que hoy rezan las ciencias de la mente y el que se desprende de forma común de las legislaciones comparadas del ramo.
- c) Por existir hoy en día términos más apropiados para significar un *concepto* de trastorno o perturbación mental. La progresividad de los términos del artículo 10.1 encuentra un vencimiento de su *elasticidad* y, al menos en los términos “loco” o “demente”, cierta obsolescencia. Por otro lado, consideremos que la situación del retardo mental no es cubierta terminológicamente por el artículo ya que, en estricto rigor, la ley nada dice al respecto.

6.2. Necesidad de términos que cumplan funciones comunicativas adecuadas

La *mass media* en general, pero sobre todo los medios informáticos, han ampliado en una progresión logarítmica los horizontes de la información y de contenidos, en los que se entrecruzan diversas terminologías y conceptos provenientes de las ciencias, como para ser perfectamente utilizable algunos de ellos dentro del lenguaje legal. En el caso en comento, es perfectamente posible que el legislador utilice términos distintos a los consignados por el artículo 10.1 del Código Penal y que tengan un uso

más “científico”, pero que a la vez sean igualmente de uso genérico.

6.3. Necesidad de términos que puedan ser “llenados” conceptualmente de significados sociales/científicos

La búsqueda nomográfica debe arrojar sobre la intersección entre lo científico y la *vulgata*, pero siempre teniendo como prioridad este último significado, porque es en esta esfera donde la ley pretende cumplir una función comunicativa. Esto es, un término que siendo colegible en la *vulgata* con el significado de perturbación, locura o demencia, tenga idéntico significado en el lenguaje científico. Para este último caso se necesitan dos requisitos: a) que desde dicho lenguaje científico, se pueda otorgar un significado lo suficientemente amplio como para abarcar más situaciones y que son a las que la ley quiera apuntar; b) que sea perfectamente adecuado al cambio social⁴⁸; c) que sea abierto en su significado a ser precisados procesalmente en el diagnóstico para el sujeto concreto y por un profesional de las ciencias de la mente.

6.4. Economía textual con la reducción de términos

Del examen de la legislación comparada efectuado más atrás, puede desprenderse que en las disposiciones normativas referidas se puede inferir cómo siempre va asociado un sustantivo femenino (SF) a un adjetivo

⁴⁸ NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, ob. cit., *passim*.

calificativo restrictivo (ACR) que procede de otra categoría léxica, o bien, al sustantivo femenino se asocia un sustantivo abstracto-común (SAC). Esta es una unidad mínima semántica. Por ejemplo, “alteraciones morbosas” (art. 34.1, Código Penal argentino), “anomalía psíquica” (art. 20.1, Código Penal peruano), “trastorno mental” (art. 33, Código Penal colombiano; art. 36 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador; art. 20.1, Código Penal español).

Sin embargo, en algunos casos, dichas unidades mínimas semánticas, se expresan junto a otras unidades mínimas, tales como por ejemplo, el artículo 23.1 del Código Penal paraguayo, en el cual existen, a nuestro juicio, dos reiteraciones: mención del “trastorno mental” y la referencia a “grave perturbación de la conciencia”.

Tales unidades mínimas consideradas de modo general pueden perfectamente ser combinables entre ellos. Dicha unidades se expresan a continuación:

	SF		ACR
1	Trastorno	A	Mental
2	Perturbación	B	Psíquica (o)
3	Anomalía		
4	Alteración		

	SF		SAC
1	Trastorno		A conciencia
2	Perturbación	de “la”	B psiquis
3	Anomalía		C percepción
4	Alteración		

Y en la combinación:

SF-ACR	SF-SAC
1.A	1.A
1.B	1.B
2.A	1.C
2.B	2.A
3.A	2.B
3.B	2.C
4.A	3.A
4.B	3.B
	3.C
	4.A
	4.B
	4.C

Con lo que si todos los términos semánticos de una columna pueden combinarse con otros sin perder significado por ello, implica que contextualmente pueden ser usados como sinónimos y, por ende y nomográficamente se colige, que no se hace necesaria dentro de una disposición, al menos semánticamente, de más términos que lo reducido a un mínimo semántico, célula o átomo lingüístico, como el que sea asociado SF-ACR o SF-SAC.

Bastaría la mención, a nuestro juicio, de una sola de estas unidades mínimas para representar cualquier anomalía, perturbación o enfermedad, sea para un estado sostenido en el tiempo o para uno subitáneo, de aquellas que entrarían en las formas de eximir de responsabilidad penal por este expediente.

6.5. Propuesta de redacción de una disposición normativa para la exención de responsabilidad penal por problema mental

En primer lugar, y de acuerdo a lo ya desarrollado, creemos que el tér-

mino “trastorno mental”, cumple las expectativas reseñadas más atrás. Ello porque tiene la virtud de responder a exigencias de distintos contextos. Es un término usado y asimilado en la *vulgata*⁴⁹. Tiene uso científico de modo más o menos uniforme, como se ha demostrado en el presente estudio. Además, es el término más común de las legislaciones comparadas aquí revisadas, lo que permite ser orientado a una uniformidad que permita un lenguaje común a nivel jurídico comparado. Esto dota al término de una gran ductilidad de contextos, por lo cual cumple una finalidad comunicativa óptima, además de situarse con propiedad como marco adecuado

para ser llenado de contenido social y científico.

En segundo lugar, el concepto *juicio crítico de la realidad*, el que a efectos de propuesta de un término con fines nomográficos resumimos como “juicio de realidad”, cumpliría diversas funciones: a) es un “ponderador” del trastorno; b) proporciona un contenido psicológico antes que estrictamente psiquiátrico, lo cual otorga un significado más rico hacia la absorción de un significado más completo del problema a regular; c) derivado de lo anterior, a efectos del diagnóstico en sede procesal y forense se requeriría, fuera de un psiquiatra, de la experticia de un psicólogo para la determinación de un trastorno o retardo, lo que redundaría en una mayor “objetividad” del diagnóstico y equilibra el espectro de “fuerzas” entre ambas visiones disciplinares, proporcionando una mayor cobertura de las ciencias de la mente y para una más completa evaluación; d) cumple funciones comunicativas ya que no es distante de la *vulgata*, pudiendo ser comprendido su significado en esta sede.

En tercer lugar, encontramos que el adjetivo calificativo “grave” que utilizan las legislaciones comparadas es acertado, ya que puede cumplir dos funciones: a) acota mayormente el campo de casos de trastorno mental que pudiesen abundar en el concepto, por razón de la clasificación que hacen los documentos institucionales como el DSM, los cuales son objeto de crítica según se la mención hecha anterior-

49 Solo por expresar una muestra en los medios sociales, pero que es demostrativo de la generalidad y entendimiento del término en la *vulgata*, véase JIMÉNEZ MOLINA, Álvaro y Marianella ABARZÚA CUBILLOS, “Deuda pendiente: Desigualdad y trastornos mentales de niños”, en *Ciper Chile*, Santiago: 26 de marzo del 2014, recuperado de <bit.ly/1gZPai6>; TERRA NETWORKS CHILE, “Los 10 trastornos mentales más comunes en el mundo”, en el portal web de *Terra Chile*, Santiago: 9 de octubre del 2013, recuperado de <bit.ly/1VBTZfc>; PALMA F., Carolina, “Trastornos mentales: la verdad de una realidad y los datos que nos muestran lo que ocurre en Chile”, en *Mujer. Publimetro*, Santiago: 30 de octubre del 2013, recuperado de <bit.ly/25EOChh>; MEZA S., Patricio, “Trastornos mentales en la cárcel: Depresiones y adicciones son más frecuentes en reos ‘más nuevos’”, en *La Segunda online*, Santiago: 21 de setiembre del 2013, recuperado de <bit.ly/22CZR4I>; LA NACIÓN, “Las mujeres bisexuales sufren más trastornos mentales que las lesbianas”, 13/01/2015, en *La Nación*, Santiago: 13 de enero del 2015, recuperado de <bit.ly/1TNAKq2>.

mente. Si bien ya se había señalado que los trastornos presentados por los manuales que cabrían en un artículo 10.1 serían limitados, “grave” sirve como un baremo o filtro más fino, a la hora de indicar aquellos trastornos que afectarían más gravemente la comprensión del injusto y la autodeterminación conforme a dicha comprensión; b) la “gravedad” es un aspecto que importa una mirada necesaria desde las ciencias de la mente para observar los aspectos anteriores (cognición y volición). Pero igualmente, necesita una apreciación desde la realidad social en la consideración de aspectos valorativos, sobre todo en el “desvalor de la relación social”⁵⁰, el cual lo complementaría el juez.

En cuarto lugar, entendemos que una disposición nueva sobre el respecto, debiera contener la unidad mínima semántica a que hemos aludido y, en relación a ella, los elementos comunes que se apreciaron en el articulado comparado, esto es, un sujeto con “trastorno mental” y la relación *causal* entre “trastorno mental” e interferencias a nivel cognitivo y volitivo. Ello nos alejaría de una “axiomática naturalista de las enfermedades mentales” y nos aproximaría sobre “cuáles son los reales efectos que tal perturbación o conflicto social provoca en el comportamiento del sujeto”⁵¹.

50 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, 3.ª ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 156.

51 BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 341.

CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

Los términos “loco”, “demente” y “enajenación” son susceptibles de ser englobados, dentro de la perspectiva *psicológico/psiquiátrica*, bajo la rúbrica general del concepto de “trastorno mental”, en tanto esta “categoría” que es universal, generalizable y transversal, considera la variabilidad de categorías y conceptos relativos a las afectaciones de los sujetos en el ámbito del *psiquismo*.

De acuerdo a lo señalado, la disposición propuesta para la situación en comento del “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal” nos parece correcta en términos generales, aunque con algunas salvedades. El artículo 6.1 del citado Anteproyecto, señala lo siguiente: “Están exentos de responsabilidad penal, por sus acciones u omisiones: El enajenado mental y el que por cualquiera otra anomalía grave sea incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión”⁵². Entendemos que es adecuada en la consignación de los elementos que señalábamos más atrás, pero utiliza el término de “enajenado mental”, el cual, si bien

52 MATUS ACUÑA, Jean Pierre; Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO y SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN FORO PENAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal”, en *Política criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, n.º 1, D1, p. 3. Recuperado de <bit.ly/1r5FTlc>.

es certero en una significación científica, pierde un tanto de aptitud en la función comunicativa, cuestión que “trastorno mental” cubriría de mejor modo.

Es por tales razones que proponemos la siguiente redacción, para una nueva disposición relativa a quienes se encuentran exentos de responsabilidad penal por problemas mentales:

El que, al momento del hecho, sufra un trastorno o un retardo mental grave, o que su juicio de realidad se encuentre gravemente afectado temporal o permanentemente, de modo que le impida comprender el significado delictivo de su accionar o a determinarse conforme a dicha comprensión.

Además, así queda suficientemente claro que la afeción del juicio de realidad pueda ser temporal o permanente y la exigencia que el trastorno se produzca al momento del hecho delictivo, lo que quita cualquier significado estigmatizante y peligrosista a un “concepto” dogmático de trastorno mental. Hemos señalado además la comprensión del “significado delictivo de su accionar”, lo que en todo caso puede ser intercambiado por expresiones como las de “ilicitud del hecho”, como señala lo registrado en la disposición propuesta del Anteproyecto. 

7. Referencias bibliográficas

AA. VV., *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-IV-TR*, traducción de Tomás de Flores i Formenti *et al*, Barcelona: Masson, 1995.

ADRIÁN, Tamara, “Cuadrando el círculo: despatologización vs derecho a la salud de personas TRANS en DSM- 5 y CIE-11”, en *Comunidad y Salud*, vol. 11, n.º 1, Maracay: enero-junio del 2013. Recuperado de <bit.ly/1t4RWRD>.

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid: Edersa, 1999.

ALFONSO X, *Las siete partidas*, glosadas por el licenciado Gregorio López, en Salamanca, por Andrea de Portonaris, 1555.

ÁLVAREZ, Armando Alonso, “Valoración crítica de las actuales clasificaciones de los trastornos mentales”, en *Psicología.com*, vol. 11, n.º 1, La Habana: 2007. Recuperado de <bit.ly/1sQmWnP>.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, Washington D. C.: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Santiago: Librotecnia, 2014.

BERGER, Peter y Thomas LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia Zuleta, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, 3.ª ed., Barcelona: Ariel, 1989.

CAPPONI, Ricardo, *Psicopatología y semiología psiquiátrica*, Santiago: Editorial Universitaria, 1987.

CARRASCO, Juan José y José Manuel MAZA, *Manual de psiquiatría legal y forense*, 2.ª ed., Madrid: La Ley, 2003.

Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, Santiago: Edeval, 1974.

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL (FEAFES), *Salud mental y medios de comunicación. Guía de estilo*, 2.ª ed., Madrid: Feafes, 2008. Recuperado de <bit.ly/1xIHRqx>.

COUSIÑO MAC-IVER, Luis, *Derecho penal chileno*, t. III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.
- ECHEBURUA, Enrique; SALABERRIA, Karmele y Marisol CRUZ-SÁEZ, “Aportaciones y limitaciones del DSM-5 desde la psicología clínica”, en *Terapia psicológica*, vol. 32, N.º 1, Santiago: abril del 2014. Recuperado de <bit.ly/22B8YT5>.
- ESBEC, Enrique y Gregorio GÓMEZ-JARABO, *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, Madrid: Edisofer, 2000.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, t. I, 3.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6.ª ed., traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 2004.
- FRANCES, Allen, “Preparémonos. Lo peor está por venir: el DSM-V: una pandemia de trastornos mentales (Críticas al DSM-V, publicadas por el autor del DSM-IV). Abriendo la Caja de Pandora las 19 peores sugerencias del DSM-V”, en *Asociación para la Promoción de la Salud de Niños y Adolescentes, Bilbao [Haur eta Nerabeen Osasunaren Sustapenerako Elkarteak, Bilbo]*. Recuperado de <bit.ly/1Pr7wkq>.
- GARCÍA MALDONADO, Gerardo; Atenógenes H. SALDÍVAR GONZÁLEZ; Arturo LLANES CASTILLO e Indira Guadalupe SÁNCHEZ JUÁREZ, “El DSM-V. Luces y sombras de un manual no publicado. Retos y expectativas para el futuro”, en *Salud Mental*, vol. 34, n.º 4, México D.F.: julio-agosto del 2011. Recuperado de <bit.ly/22CGskk>.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GERGEN, Kenneth J., *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, traducción de Ferran Meler Ortí, Barcelona: Paidós, 1996.
- GOMBEROFF, Luis, *Otto Kernberg. Introducción a su obra*, Santiago: Mediterráneo, 1999.
- GURVITCH, Georges, *Sociología del derecho*, traducción y prólogo de Ángela Romera Vera, Rosario: Editorial Rosario, 1945.
- JASPERS, Karl, *Psicopatología general*, Buenos Aires: Beta, 1966.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires: Losada, 1950.
- KARDEFELT-WINTHER, Daniel, “A critical account of DSM-5 criteria for internet gaming disorder”, en *Addiction Research and Theory*, vol. 23, n.º 2, Londres: julio del 2014. Recuperado de <bit.ly/24mvr5P>.
- KERNBERG, Otto, *Trastornos graves de personalidad*, México D. F.: Manual Moderno, 1987.
- LACAN, Jacques, *Seminario. XI. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis*, Buenos Aires: Paidós, 1999.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LÓPEZ-SANTÍN, Jose M.; Ferran MOLINS GÁLVEZ y Lia LITVAN SHAW, “Personality disorders in DSM-5. A critical approach”, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 33, n.º 119, Madrid: julio-setiembre del 2013. Recuperado de <bit.ly/25EGJsc>.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre; Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO y SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN FORO PENAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal”, en *Política criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, n.º 1, D1. Recuperado de <bit.ly/1r5FTlc>.
- MESA CID, Pedro, *Fundamentos de psicopatología general*, Madrid: Pirámide, 1999.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, “Artículo 10 N.º 1”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y Luis ORTIZ QUIROGA (dirs.); Jean Pierre MATUS ACUÑA (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Madrid: Siglo XXI, 1975.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Guía de bolsillo de la Clasificación CIE-10. Clasificación de los trastornos mentales y el comportamiento*, Madrid: Panamericana, 2000.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, Derechos Humanos y Legislación*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2006. Recuperado de <bit.ly/1ys6t4b>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud*, 10.^a revisión, v.^{os} 1-3, Washington D. C.: OMS, 1995.
- POLITOFF, Sergio; Jean Pierre MATUS y M.^a Cecilia RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, 2.^a ed., Santiago: Editorial Universitaria, 2005.
- SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, traducción de la 24.^a edición, prólogo y notas por Amado Alonso, Buenos Aires: Losada, 1945.
- URIBE, Carlos Alberto, "La controversia por la cultura en el DSM-IV", en *Revista Colombiana de Psiquiatría*, vol. 29, n.º 4, Bogotá: octubre-diciembre del 2000. Recuperado de <bit.ly/20XIJX0>.
- VV. AA., *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, Washington. DC: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013.
- ZEMELMAN, Hugo, *Uso crítico de la teoría. En torno a las funciones analíticas de la totalidad*, 2.^a ed., México D. F.: Instituto Politécnico Nacional, 2009.