

EVIDENCIAS FORENSES

SU ROL EN LA RESOLUCIÓN DE TEMAS
JURÍDICOS EN EL PODER JUDICIAL DE LA CABA



Coordinadoras: Alba Teresa Pagano y Alicia B. Vieyto



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

**JUS
BAI
RES**
EDITORIAL

**Evidencias forenses.
Su rol en la resolución de temas jurídicos
en el Poder Judicial de la CABA**



www.editorial.jusbaire.gob.ar
editorial@jusbaire.gob.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Evidencias Forenses: su rol en la resolución de temas jurídicos en el Poder Judicial de la CABA / Alberto Motta ... [et al.]; coordinación general de Alicia B. Vieyto; Alba Teresa Pagano. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2020. Libro digital, PDF - (Institucional 2020)

Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-768-143-7

1. Derecho. 2. Criminología. I. Motta, Alberto. II. Vieyto, Alicia B., coord. III. Pagano, Alba Teresa, coord.
CDD 347.06

© Editorial Jusbaire, 2020

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Ana Salvatelli

Miembros:

Alberto Maques

Francisco Quintana

Fabiana Haydeé Schafrik

Mariana Díaz

Sergio Delgado

Alejandra García

Editorial Jusbaire

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Daiana Fernández

Corrección: Daniela Donni; Leticia Muñoa; Mariana Palomino y Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1º

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Raúl Alfonsín

Alberto Biglieri

María Julia Correa

Anabella Hers Cabral

Gonzalo Rúa

Ana Salvatelli

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferraro

ÍNDICE

Prólogo	
Alberto Maques	07
Prefacio	
Javier Martín López Zavaleta	09
Palabras preliminares	
Alba T. Pagano y Alicia B. Vieyto	12
Introducción	
Alba T. Pagano	13
El uso de indicadores en el control de gestión en medicina forense	
Alberto Motta	17
Judicialización de la medicina	
Oscar Trejo	24
Responsabilidad profesional del médico: error médico. Eventos adversos	
Omar A. Gabrielli	38
La judicialización de la responsabilidad profesional en el nuevo paradigma médico	
Eduardo G. Martella	48
Bioética y Derecho en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	
Pablo A. Burgueño	61
Discapacidad intelectual (retraso mental)	
Juan Jesús Camona	75

El déficit auditivo y la capacidad procesal Norberto Parengo	85
Deformación permanente del rostro Gabriela L. Paoloni y Guillermo A. De Luca	93
Delitos atinentes a la pornografía infantil: consideraciones psiquiátricas y psicológicas en relación a la evaluación pericial forense y a la eventual recomendación de tratamiento Alejandra F. Lubel y Nazarena Traba	101
Reflexiones acerca del secreto profesional en la actuación del perito psicólogo: un posicionamiento ético Alicia B. Vieyto	115
El testimonio y el sistema legal Juan Francisco Mugnolo	127
Responsabilidad jurídica vs. responsabilidad subjetiva en los informes psicológicos periciales M. Carla Zocco Monsalvo	143
La intervención psicológica forense en la niñez y la adolescencia Alejandra F. Lubel y Daniela V. Bevilacqua	152
La evaluación del daño psíquico en los procesos de duelo. Análisis de un fallo M. Eugenia Hippe, Paula M. Manrique y M. Dolores Rivas ...	165

Prólogo

Es un honor muy especial poder agregar algunas reflexiones en esta brillante obra, en la que se revaloriza el inmenso trabajo realizado por los peritos de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estoy convencido de que tanto el lector experto como aquel que se interesa por la medicina, la psiquiatría y la psicología forense, quedarán asombrados por el contenido de cada uno de los temas que se abarcan y encontrarán la claridad, calidad y profesionalismo de quienes colaboraron en esta edición con sus excelentes trabajos, que han enriquecido con sus permanentes aportes a la construcción de una justicia eficiente, independiente y moderna, como la que soñamos y diseñamos los Convencionales Constituyentes de 1996, con relación al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La responsabilidad, idoneidad y calidez de quienes conforman la Dirección de Medicina Forense que se puede apreciar en la lectura de este libro he podido comprobarlas de manera personal. En efecto, a pocos días de asumir como Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en plena Feria Judicial, y frente a las nuevas competencias penales asumidas a partir del 1° de enero de 2019, a través de la Ley N° 5935 que aceptó las transferencias dispuestas por la Ley Nacional N° 26702, ante un caso en el que se requirió autorización de un juez de nuestra ciudad para proceder a la ablación de órganos y tejidos, hemos contado con la formidable tarea de la Dra. Alba Teresa Pagano y sus colaboradores, que integraron un equipo multidisciplinario constituido por Magistrados y Funcionarios del fuero Penal, Contravencional y de Faltas y del Consejo de la Magistratura, autoridades del Instituto de Trasplante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como del INCUCAI, del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Policía de la Ciudad, y representantes de distintas religiones, que elaboraron contra reloj un Protocolo Dinámico para la Ejecución de Trasplantes en caso de muerte violenta.

Ese compromiso se ve reflejado en cada autor que participa en la edición de este libro, el intenso trabajo realizado nos muestra esa búsqueda permanente de la evidencia en la tarea pericial, fundamental para que la justicia funcione adecuadamente; y puedo afirmar sin temor a equivocarme, que el factor humano con el que cuenta nuestro Poder Judicial está debidamente a la altura de las circunstancias, y absolutamente preparado para asumir las obligaciones que la Constitución nos impone.

Agradezco a todos los autores, que son los verdaderos artífices de esta valiosa obra, destaco su esfuerzo en un libro de gran interés para quienes tienen la enorme responsabilidad de lograr un Poder Judicial democrático, eficiente, responsable y puesto enteramente al servicio de los ciudadanos, y también felicito a la editorial que propicia esta edición, que nos permite realizar un balance a diez años de la creación de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, analizando el trabajo realizado hasta aquí, y proyectando los desafíos que nos esperan en un futuro cercano.

Alberto Maques

Presidente del Consejo de la Magistratura
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Prefacio

Este libro recopila la valiosa experiencia de profesionales de la medicina forense que comparten su mirada médico-psicológica acerca de una variedad de interesantes temas vinculados con la labor desarrollada en los estudios periciales, de acuerdo con el trabajo que desde hace una década viene realizando la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Más allá de resultar una consulta obligada para todos los magistrados, funcionarios y empleados que integramos el Poder Judicial (en especial para los asesores tutelares, defensores, fiscales y jueces que durante las audiencias orales lidian con estas problemáticas), es una obra de gran valor a raíz del lenguaje claro con el cual fue redactado, lo que la torna accesible al público en general y recomendable para todo aquel que desea introducirse en esta temática.

Ya desde la lectura de su índice se evidencia el compromiso asumido por los integrantes de la Dirección de Medicina Forense para elaborar una herramienta completa que estudia las diferentes aristas que contiene hoy la medicina y la psicología desde el punto de vista forense, sintetizadas en quince artículos que revelan los aspectos más destacados de la materia.

Al breve repaso sobre el origen y evolución de la Dirección de Medicina Forense que detalla la Introducción, se suma un análisis actualizado del uso de los indicadores en medicina forense, una herramienta útil que cubre el aspecto administrativo y establece índices de productividad para cuantificar la gestión.

Se abordaron temas que vinculan la medicina forense con la actividad judicial, al desarrollar por ejemplo el concepto de “judicialización de la medicina”, que no sólo explica las consecuencias de la actitud “defensiva” de los profesionales frente a la eventual objeción del paciente, sino también el incremento reciente de presentaciones judiciales antes de la atención médica, justamente para reclamar la cobertura y el financiamiento a las obras sociales o prepagas.

En línea con ello, se analizó también desde las diferentes ópticas de los especialistas las responsabilidades profesionales del médico

frente al error o eventos adversos enmarcados en el nuevo paradigma médico, como así también el dilema que plantea la resolución de problemas éticos, en el campo de la relación de la Bioética y el Derecho y los distintos métodos aplicables para lograr una verdadera intervención estatal multidisciplinar.

Desde el punto de vista técnico-científico existe en la obra un desarrollo intelectual de conceptos receptados en la normativa penal o procesal que facilitan su comprensión y aplicación por parte de los operadores judiciales, tales como la discapacidad intelectual (fundamental para argumentar la inimputabilidad penal), el déficit auditivo vinculado a la capacidad procesal de una persona, la deformación permanente del rostro (contemplada como un supuesto de lesiones graves en el Código Penal argentino) y el estudio de la estructura del testimonio (memoria) en el marco de un proceso legal.

Finalmente, debe destacarse el abordaje de temáticas vinculadas específicamente con la rama de la psicología y la psiquiatría, como lo evidencia no sólo el desarrollo efectuado respecto del concepto de “daño psíquico” a través del análisis jurisprudencial y las reflexiones acerca del secreto profesional en la actuación del perito psicológico, sino también la dualidad que presenta la responsabilidad jurídica y la responsabilidad subjetiva del sujeto que comete un ilícito, a la hora de efectuar un informe pericial.

Bajo esa misma óptica, esta compilación interpela otros aspectos interesantes especialmente por su actualidad, y en ese rubro cobran vital importancia las expresiones vertidas respecto de la intervención forense en casos donde se encuentran involucrados menores, y la evaluación pericial forense y recomendación de tratamiento en casos de delitos relacionados con material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes; un flagelo que aqueja a las sociedades modernas caracterizadas por la velocidad del avance tecnológico y la consecuente facilidad con la cual se accede al material ilícito.

En definitiva, esta obra es una muestra de la labor que asumió la Dirección de Medicina Forense desde su creación, hace ya diez años, para desarrollar su tarea con dedicación, calidad y eficiencia, en la firme convicción de que ese es el camino adecuado para que las ciencias auxiliares del derecho realicen un aporte de relevancia a los procesos judiciales.

Esta clase de políticas, además de merecer un reconocimiento a quienes las implementan, son un ejemplo en el cual el resto de los operadores judiciales nos hemos inspirado, en esta exitosa etapa de evolución de un Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que año a año crece, y cuyos resultados demuestran un avance significativo en la calidad de la resolución de los conflictos judiciales.

Y es que la justicia local cuenta hoy con un sistema ágil y moderno que nos permite aprovechar al máximo sus bondades para brindar una respuesta eficiente a las crecientes demandas de la sociedad, que hemos podido satisfacer merced al trabajo constante y tenaz de todos los integrantes del Poder Judicial.

Javier Martín López Zavaleta
Fiscal General Adjunto Penal y
Contravencional de la CABA

Palabras preliminares

Nuestro propósito ha sido presentar el pensamiento de los peritos de la Dirección de Medicina Forense de un modo práctico y a la vez interesante para el lector. Hemos seleccionado trabajos inéditos, que exponen en su conjunto las concepciones más actuales sobre medicina, psiquiatría y psicología forense.

Sabemos que la medicina forense es una ciencia que se basa completamente en la evidencia, hace uso del método galileico, lo enseña y lo aplica al igual que con el método cartesiano; ambos dan nacimiento al método pericial, que recomienda no admitir como verdad lo que no sea evidencial o probado, con independencia respecto del problema sometido a estudio y análisis.

La idea de presentar un libro que muestre el trabajo que venimos realizando desde los inicios de la Dirección de Medicina Forense, a diez años de su creación, surgió también como un modo de agradecer a todos y a cada uno de los profesionales que la integran.

A lo largo de estos años han realizado –y realizan– la tarea pericial con idoneidad profesional y excelencia técnica, abordando las temáticas que se presentan a medida que se van incorporando nuevas competencias a este Poder Judicial.

Esta tarea no sería posible sin el permanente patrocinio de la Secretaría de Apoyo Administrativo Jurisdiccional, encabezada por el Dr. Sergio Gargiulo, quien acompaña y estimula el crecimiento y desarrollo de esta Dirección.

Por otra parte, queremos destacar el trabajo inestimable que día a día realizan todos los empleados que conforman el sector administrativo, para quienes también va nuestro más sincero agradecimiento.

Dra. Alba Teresa Pagano

Directora de Medicina Forense
del Poder Judicial de la CABA

Lic. Alicia B. Vieyto

Dirección de Medicina Forense
del Poder Judicial de la CABA

Introducción

Origen y desarrollo de la dirección de medicina forense. Sus antecedentes y actualidad

El año 2008 encuentra al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires organizado y funcionando, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 7 –de organización del Poder Judicial porteño– y la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CMCABA) N° 31, sancionada en mayo de 1998. El área jurisdiccional ya contaba con su composición actual, análoga a la justicia nacional, contemplando tribunales genuinamente locales tales como el Tribunal Superior de Justicia, jueces de Cámara y de Primera Instancia de los fueros Penal, Contravencional y de Faltas, y Contencioso Administrativo y Tributario; y el Ministerio Público.

Los requerimientos de asesoramiento técnico en materia médico-legal eran satisfechos por el Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema de Justicia de Nación (en adelante CSJN), merced a un convenio de colaboración celebrado entre el CMCABA y la CSJN.

La sanción de la Ley N° 26357, que aprobó el Convenio N° 14/2004 en el marco del traspaso progresivo de competencias penales, sumado al incremento de las causas en ambos fueros fueron demandando una actividad pericial cada vez más intensa, sobrepasando las expectativas encuadradas en dicho convenio y dejando al descubierto la necesidad de contar con un cuerpo propio de peritos médicos.

Debido a esta situación, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como órgano administrador del Poder Judicial de la Ciudad –separado del jurisdiccional y, por ende, encargado de brindar el apoyo necesario que la actividad jurisdiccional requiere– decidió crear el Servicio de Medicina Legal mediante el dictado de la Resolución CM N° 192/2009. En ese mismo instrumento se aprobó el Reglamento de Funcionamiento donde se detalla todo lo concerniente a su estructura, organización, funciones, designación de personal, sede, funcionamiento interno, presupuesto y demás disposiciones transitorias. Más tarde, mediante Resolución CM N° 268/10 se

dispuso el cambio de la denominación original del área por su nombre actual “Dirección de Medicina Forense” para evitar equívocos con dependencias análogas de otras reparticiones nacionales.

Conforme a sus disposiciones, es un cuerpo técnico de naturaleza y finalidad exclusivamente periciales cuyo objeto es el auxilio específico a los órganos jurisdiccionales de la Justicia de la CABA, dentro de cuyo contexto se erige como el órgano de máxima jerarquía pericial en materia médica y psicológica legal.

En sus comienzos, esta tarea pericial fue realizada por un plantel conformado por cinco médicos legistas, convocando a profesionales de la psicología de la planta permanente del CMCABA que se encontraban desarrollando tareas en diferentes reparticiones, para dar respuesta, desde su lugar de trabajo de origen, a los requerimientos de informes psicológicos provenientes de los órganos jurisdiccionales. Completaba el plantel un auxiliar administrativo.

Posteriormente, y dado el incremento del volumen de solicitudes de examen psicológico que recibía la Dirección, se decidió el pase de tres profesionales psicólogos al entonces Servicio de Medicina Legal, conformando así un equipo de trabajo más estable.

Con la finalidad de mejorar su funcionamiento, considerando sus antecedentes y evolución, se dictó la Resolución de Presidencia N° 133/2012 que reorganizó internamente la Dirección, delimitando tres áreas de trabajo: administrativa, psiquiátrica-psicológica y de medicina legal general, disponiendo que la coordinación de esta última quede a mi cargo. Mediante la Resolución CM N° 35/2015 se aprobó el Reglamento y Protocolo de Actuación vigentes, creando un marco normativo más eficiente y eficaz, definiendo la actividad pericial y la adecuación técnica del procedimiento administrativo para realizarla, así como otras cuestiones derivadas de estas, tales como horario de funcionamiento, previsión de turnos para urgencias, carga horaria, etcétera.

Bajo la órbita de la Secretaría de Apoyo Administrativo Jurisdiccional a cargo Dr. Sergio Gargiulo se fue dotando a la Dirección de los recursos y elementos que fueron siendo necesarios para su creciente desarrollo. Muestra de ello son la ampliación del plantel administrativo y profesional, la adquisición de un vehículo –que permite agilizar el traslado tanto de los peritos cuando las peritaciones deben realizarse

fuera de la sede de la Dirección como de las actuaciones y expedientes que se requieren, y la mudanza a una sede más espaciosa.

En la actualidad, nuestra dependencia está integrada por 14 médicos especializados en medicina legal, de diversa especificidad científica, de los cuales 4 son psiquiatras, 8 psicólogos y 10 empleados administrativos; todos ellos con formación forense.

Las actividades periciales se cubren ininterrumpidamente en forma diaria y durante todo el año, a través de turnos presenciales en un amplio horario de atención al público (días hábiles de 8 a 16 horas) y turnos no presenciales (días hábiles, de las 16 a las 8 horas del día siguiente y las 24 horas de días inhábiles).

Asimismo, y acompañando el incremento de la demanda jurisdiccional tanto en la cantidad como en la cualidad de los temas, se realizan ateneos periciales sobre temas de interés médico-forense, con participación de nuestros profesionales y otras personalidades invitadas. Es así que, entre otros eventos, se convocó al Dr. Carlos Damin, médico investigador y Profesor titular de Toxicología de la Universidad de Buenos Aires, referente internacional sobre el tema de adicciones, con el fin de brindar información calificada y actualizada sobre el tema con vistas al reciente traspaso a la Ciudad de las competencias sobre narcomenudeo. De la misma manera se convocó a la Dra. Silvia Pujol, Directora General de Salud Mental de CABA, y otros referentes sobre las controversias y dificultades existentes en la aplicación de la Ley N° 26657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental.

No puedo dejar de mencionar la organización de jornadas de capacitación destinadas a esclarecer las modalidades de actuación médico forense dentro de la Ley de Ablación y Trasplante de Órganos, que por primera vez requirió la intervención del Poder Judicial de la CABA. Con este fin se convocó a las máximas autoridades del Instituto de Trasplantes de la CABA, representado por su presidente Dr. Luis Daniel Rojas y sus directoras las Dras. Viviana Cabezas y Adriana Fariña, y autoridades del organismo rector en la materia INCUCAI, encabezados por su presidente Dr. Alberto Maceira. Asimismo, participaron el Decano del Cuerpo Médico Forense de la CSJN, Dr. Luis Ginesin junto con otros colegas destacados.

La Dirección de Medicina Forense también colaboró activamente en la elaboración del protocolo de actuación dinámico que establece

la implementación de la Ley N° 27447 de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, aprobado por el Consejo de la Magistratura de la CABA bajo la presidencia del Dr. Alberto Maques, y en los eventos de su difusión pública.

Quedan por mencionar otras acciones, como la participación en jornadas y congresos nacionales e internacionales, que permiten la difusión y confrontación del trabajo de este cuerpo técnico con la de otros organismos, y un sinnúmero de intervenciones que en mérito a la brevedad quedarán para otras circunstancias.

Por último, pero no por ello menos importante, esta Dirección ha participado en el proceso de selección de los postulantes a los concursos convocados por el Consejo de la Magistratura para cubrir cargos vacantes de magistrados y/o funcionarios.

Este libro pretende ser una muestra del trabajo que realizamos los profesionales integrantes de la Dirección de Medicina Forense, que tengo el orgullo de integrar desde sus inicios y de dirigir desde el año 2012.

Cada capítulo es un ensayo valioso que revelará al lector su crecimiento a lo largo de estos 10 años tanto en sus objetivos iniciales como en sus funciones, acompañando el camino de fortalecimiento institucional que lleva a la plena autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la Ciudad de Buenos Aires.

Así, el año 2019 nos ha encontrado en plena tarea, celebrando conjuntamente el 25° aniversario del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y los 10 años de creación de la Dirección. Nuestro compromiso fue y sigue siendo brindar un servicio de la más alta calidad técnico-científica, basado en principios éticos de independencia técnica, libertad e imparcialidad de opinión, en beneficio de toda la comunidad.

Dra. Alba Teresa Pagano

Directora de Medicina Forense
del Poder Judicial de la CABA

El uso de indicadores en el control de gestión en medicina forense

Alberto Motta*

Introducción

La medicina forense se desarrolla sobre la base de procesos de análisis y síntesis donde se integran conocimientos médicos y legales, dichos procesos se manifiestan en un marco sistémico que como tal tiene un ingreso, un desarrollo y un resultado.

Estos puntos críticos de los procesos y su interrelación son cuantificables y, por ende, medibles, “todo se puede medir y todo se puede controlar”, “lo que no se mide no se puede administrar”.

Los indicadores de gestión permiten establecer un sistema de instrumentos, que posibilitan en forma rápida administrar y hacer posible la comparación de los resultados con las metas propuestas, controlar las operaciones que se realizan y detectar desviaciones posibilitando su corrección.

Permiten determinar si un proyecto u organización está siendo exitoso, si está cumpliendo con los objetivos de la gestión y evidenciar además los desvíos que se manifiesten sobre las metas propuestas.

Asimismo, los indicadores de gestión deben reflejar datos veraces y fiables ya que el análisis que surja no será correcto si son ambiguos o mal constituidos; en ese caso la interpretación no será adecuada ni beneficiosa.

Un sistema de indicadores necesita de la información que proporciona en forma veraz y fluida la estadística del sector, la cual es determinante en la integración y el desarrollo de los indicadores.

*Médico cardiólogo universitario. Médico especialista en administración sanitaria. Médico legista. Docente adscripto (Medicina, UBA). Médico forense de la Dirección de Medicina forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Integrados en un tablero de comando, nos dan un panorama de la marcha de una organización y del grado de cumplimiento de las metas propuestas.

A fines de 2012 se elevó a la Presidencia del Consejo de la Magistratura de la CABA y a su pedido, un Diagnóstico de Situación de la Dirección de Medicina Forense. Trabajo en el cual se desarrollaron y constituyeron una serie de indicadores para permitir un mejor control de gestión de la misma.

Indicadores de Gestión

Definición

Un indicador es una expresión cuantitativa que relacionando dos o más variables permite evaluar el comportamiento o desempeño de una unidad organizativa.

Mide el grado de avance de un proceso o actividad para un determinado período, permitiendo visualizar y documentar en forma rápida su grado de cumplimiento posibilitando así controlar y evaluar una organización.

Entonces, uno de los objetivos principales de los indicadores de gestión consiste en establecer un sistema que permita en forma rápida hacer posible la comparación de los resultados con las metas propuestas y a su vez permitir el diseño de los objetivos de la organización y los de la misma facilitando el proceso de administración.

El control de gestión en medicina forense es un control de procesos y resultados, la oportunidad y el valor de los indicadores esta en definirlos y expresarlos en puntos claves de ese proceso.

Los procesos en una organización muestran la manera como la misma transforma las entradas (datos, información, horas profesionales y otros recursos) en salidas (resultados, conocimientos, productos).

Un sistema de indicadores necesita información adecuada en cantidad y calidad y que sea comparable, esa información la proporciona un sistema estadístico veraz y adecuado en tiempo y forma. Entonces el indicador debe aportar información necesaria para la organización, no puede dar lugar a ambigüedades, el concepto que expresa se debe mantener en el tiempo y debe ser objetivo.

Características y atributos de los indicadores

Los indicadores de gestión deben cumplir con requisitos específicos y poseer elementos que apoyen la gestión facilitando el logro de los objetivos propuestos. Si bien se pueden diseñar variedades de indicadores es conveniente manejarse con una cantidad limitada de los mismos (cinco o seis) que diseñados específicamente sean lo suficientemente abarcativos, que posibiliten dado su rápido registro y análisis un espectro de control lo más amplio posible. Siendo sus elementos, más básicos los siguientes: ser simples, tener validez en el tiempo, adecuarse al fenómeno o efecto a observar, deben ser útiles y fácilmente reproducibles.

En conclusión sus principales atributos deben ser:

- 1) Que sean medibles.
- 2) Que sean entendibles.
- 3) Que sean controlables.

Construcción de un indicador

Un indicador expresa la comparación entre dos o más tipos de datos, que sirven para elaborar una medida cuantitativa o una observación cualitativa, esta comparación arroja un valor, una magnitud o un criterio, que tiene significado para quien lo analiza, los porcentajes y las tasas son ejemplos de indicadores.

Para la elaboración de los mismos hace falta que se analice la organización y en virtud de ello se formulen las siguientes preguntas:

- Qué se hace.
- Qué se desea medir.
- Quién utiliza la información.
- Cada cuánto tiempo.
- Con qué o quién se compara.

Para la elaboración de indicadores se debe partir del plan estratégico de la organización teniendo en cuenta sus metas y objetivos. Para su construcción debe haber consenso entre todos los miembros de esa organización, con un lenguaje común a todos sus integrantes.

En su constitución juegan un rol fundamental los datos estadísticos de la organización, los cuales como se dijo antes, deben ser fiables, abarcativos, reproducibles y desarrollados en el tiempo.

Los indicadores para una determinada organización deben satisfacer determinados objetivos: comunicar la estrategia, comunicar las metas, identificar y diagnosticar problemas y oportunidades, entender procesos, definir responsabilidades, mejorar el control, entre otros.

Diversos tipos de indicadores

En gestión se utilizan fundamentalmente indicadores de procesos, resultados y calidad. En el primer caso se mide como se desarrollan las actividades en el sistema en cuestión y, en el segundo, se miden las salidas del procesos, es decir, sus resultados. La calidad se va a determinar por el valor intrínseco de lo producido.

Entonces, el indicador de procesos mide qué está sucediendo con las actividades de la unidad; al medir las salidas obtenemos cantidades o unidades de producto. Los indicadores de calidad en realidad son el producto de la relación de estos dos primeros.

También se los puede clasificar en indicadores de eficacia o de eficiencia. El indicador de eficacia mide la relación entre lo obtenido y las metas propuestas. Los de eficiencia miden el nivel de ejecución del proceso, se concentran en cómo se hicieron las cosas y miden el rendimiento de los recursos utilizados por un proceso.

Desarrollo de indicadores en Medicina Forense

En el mencionado año 2012, a raíz del informe elevado a la Presidencia del Consejo de la Magistratura de la CABA, sobre la base de nuestra experiencia en la administración sanitaria (donde son ampliamente utilizados), no existiendo indicadores que permitan monitorear el proceso y los resultados en el área, y dada la falta de los mismos a nivel general, se asimilaron los indicadores usuales de la administración sanitaria en el control de procesos y resultados, algunos en uso en otros países en el área jurídica (Colombia) y se elaboraron otros.

Al inicio del proceso se consideró que los indicadores a tener en cuenta debían ser pocos y simples dado que eran un punto de partida para el desarrollo y la aplicación de la técnica que posibilitaría posteriormente la integración de nuevos indicadores de más complejidad y más abarcativos.

Indicadores e índices propuestos

Promedio de carga laboral por perito en tiempo (t)

$$\frac{\text{Ingreso de solicitudes (t)}}{\text{Cantidad de peritos}} = \text{Carga laboral por perito}$$

Ejemplo:

$$\frac{\text{Ingreso de solicitudes } 80}{\text{Cantidad de peritos } 5} = 16$$

Productividad (t) bruto

$$\frac{\text{Dictámenes emitidos} \times 100}{\text{Ingreso de solicitudes}} = \text{Productividad}$$

Ejemplo:

$$\frac{\text{Dictámenes } 80 \times 100}{\text{Ingreso solicitudes } 110} = 72\%$$

Porcentaje de incomparecencia

$$\frac{\text{Incomparecencia} \times 100}{\text{Turnos asignados (t)}} = \text{Porcentaje de incomparecencia}$$

Ejemplo:

$$\frac{\text{Incomparecencia } 7 \times 100}{\text{Turnos asignados } 80} = 8,75\%$$

Índice de congestión

Mide el porcentaje de expedientes no resueltos; es el opuesto a productividad.

$$\frac{\text{Ingreso de solicitudes (t)} - \text{dictamen pericial (t)} \times 100}{\text{Ingreso de solicitudes (t)}} = \text{Índice de congestión}$$

Ejemplo:

$$\frac{\text{Ingreso de solicitudes } 90 - \text{dictamen pericial } 70 \times 100}{\text{Ingreso de solicitudes } 90} = 22\%$$

Capacidad ociosa

Capacidad de procesamiento (t) - Expedientes procesados (t) = capacidad ociosa

Ejemplo:

Capacidad de procesamiento (t) 80 - Expedientes procesados 55 = 25

El período de tiempo para los ejemplos en general es mensual; puede ser el que determine la organización.

Conclusiones

El uso moderno de los llamados tableros de comando integrados por distintos indicadores permite gestionar sobre la base del plan estratégico elaborado, con sus metas establecidas de antemano, una determinada unidad de gestión, llamémosle así a una secretaría, dirección o juzgado, partiendo siempre de estadísticas confiables que nos darán la cuantificación de los procesos y los resultados de la actividad en determinado tiempo de dicha unidad.

La visión de la evolución de un indicador casi siempre a través de una tabla o curva, permite no solo controlar rápidamente lo actuado sino también corregir los desvíos si ocurrieran.

La evidencia muestra que la tarea de implementar indicadores permite avanzar en las mediciones cuantitativas para evaluar el desempeño general e incorporar sistemas de control de gestión.

Insistimos, medimos cantidad y también calidad:

... la idea de que la cantidad de trabajo realizado está altamente asociada a la calidad del mismo surge como constante en los análisis realizados [...] por último esta característica de la cantidad asociada a la calidad no solo resulta relevante a la hora de medir el desempeño, sino que se traduce en un elemento indispensable en el momento de planificar.¹

1. Garavano, Germán, "Indicadores de desempeño Judicial", FORES - Foro de estudios sobre la Administración de la Justicia.

Bibliografía

BANCROFT, Huldah y MITTLEMAN, Naúm, “Introducción a la Bioestadística”, Buenos Aires, Eudeba, 1976.

ETKIN, Jorge, *Gestión de la complejidad en las organizaciones*, Oxford, 1988.

MAZZÁFERO, Vicente, *Administración Sanitaria y Salud Pública*, Buenos Aires, Ed. Ateneo, 1998.

SILVA MATIZ, David A., “Teoría de los Indicadores de Gestión. Su aplicación práctica”, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2006.

Judicialización de la medicina

Oscar Trejo*

El principio de responsabilidad médica es una medida de seguridad para los mismos médicos, es decir, los médicos instruidos, prudentes y conscientes de su trabajo; y es que es una amenaza para los médicos imprudentes, negligentes y faltos de pericia, que no observan las reglas del arte médico.

Alexandre Lacassagne

Introducción

La prestación de servicios de salud tanto en el ámbito público como en el privado, merced a los permanentes avances de la ciencia cuenta con recursos tecnológicos, farmacoterapéuticos y humanos, cada vez de mayor calidad y de mayor eficiencia, del mismo modo la formación académica que reciben los profesionales de la salud es cada vez más depurada, con acceso a niveles de capacitación más complejos y específicos en las diferentes especialidades.

Es notable observar que a la par que se avanza en este sentido, la situación coincide con un notable incremento en la proporción de las presentaciones judiciales objetando el accionar médico.

Por lo tanto, es natural inferir que el aumento en la cantidad de demandas es debido al incremento en la voluntad de los pacientes en plantearlas. Estas a su vez generalmente terminan en los tribunales, atento que los ciudadanos tienen derecho a utilizar las vías de reclamo que consideren oportunas.

El riesgo de judicialización de un “acto médico” (que es como debe ser llamado), es inmanente al desempeño de cualquier actividad en el ejercicio de la profesión médica. Así, todo médico se encuentra permanentemente expuesto durante el ejercicio de su profesión, a la realización de actos susceptibles de ser calificados por su resultado

*Médico cirujano UBA. Médico legista UBA. Médico auditor SADAM. Médico forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

dañoso como culposos, dando por ello lugar a una presentación ante los tribunales. Cabe responsabilidad al médico que, en el ejercicio de su arte, comete actos u omisiones involuntarias o voluntarias contra las reglas legalmente establecidas, ocasionando un daño en la salud, vulnerando así el derecho fundamental que toda persona tiene. Ante estas situaciones, es cuando se debe responder ante las autoridades competentes y legalmente constituidas, por los perjuicios provocados a un paciente.

Es la propia sociedad la que solicita de los médicos una actuación cada vez más consumada, siendo reflejo de ello el aumento de las denuncias, obligando a poner en marcha por parte de jueces y tribunales, mecanismos previstos por leyes procesales (criminales, civiles o contenciosos) y a pronunciarse sobre la corrección y la adecuación de la actividad profesional de los médicos.

Si a lo anterior sumamos las Leyes N° 26529 y 26742, referentes a la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se ve institucionalizada en forma definitiva y bien diferente una nueva situación un tanto distinta de la que hasta época relativamente reciente teníamos, concluyendo en que la judicialización de la medicina es una realidad tangible en nuestra sociedad, y que desde este punto de vista la condición de enferma de una persona no la relega a una suerte de incapacidad frente al poder del médico. Si durante siglos la actividad del profesional de la salud (de la que el médico es arquetipo), se rigió por el denominado principio de beneficencia, en el que el médico se consideraba legitimado para actuar de acuerdo con la voluntad del enfermo, pero también sin su voluntad o incluso contra ella, este concepto fue evolucionando hacia la afirmación de la autonomía del paciente, con un poder de autodeterminación que debe ser respetado por el médico, quien no puede imponer tratamientos coactivos por bienintencionados que sean, de ahí que uno de los principales derechos del enfermo sea el que se expresa a través del consentimiento informado o derecho de información.

Uno de los tantos efectos adversos que produce la judicialización de la medicina es la llamada “medicina defensiva”. Bajo esta denominación se inscribe lo que algunos médicos utilizan para evitar que se les impute eventualmente una mala práctica, prescribiendo la realización de pruebas diagnósticas que exceden las habituales, ordenando una serie de estudios que la medicina pone a su alcance solo para

evitar caer en un diagnóstico equivocado, o en negligencia en el seguimiento de una enfermedad. Con esto erróneamente se trataría de cubrir el médico ante futuros reclamos planteados por los posibles perjudicados por la prestación asistencial recibida. De tal modo que el médico estuviera en condiciones de probar que en todo caso se actuó con arreglo a los protocolos aplicables y que la prestación asistencial fue conforme al criterio de la *Lex artis*, entendida esta como criterio de normalidad en la prestación asistencial.

La actuación médica “a la defensiva” supone que se practiquen pruebas diagnósticas por demás y que se actúe tomando no solo las precauciones normales (en las que siempre se corre algún riesgo, dado que no puede garantizarse que siempre la salud y la vida prevalezcan sobre la enfermedad) sino superando lo habitual, llegando a veces hasta el límite máximo con las precauciones so pretexto de reducir más allá del mínimo razonable los riesgos inherentes al tratamiento médico.

La medicina defensiva presenta en forma inmediata dos consecuencias igualmente negativas para el sistema de salud:

- Genera demoras en la correcta prestación asistencial.
- Provoca un incremento del costo de la prestación, dado que lleva a la realización de pruebas innecesarias.

Muchos médicos hoy actúan del modo que consideran más adecuado para evitar las demandas de los pacientes, viéndose sometidos a una mayor presión que la habitual por su trabajo, acarreando efectos perniciosos en el propio médico, en la actuación del equipo de salud y en los costos asistenciales.

Se puede interpretar que la medicina defensiva es contraria a la medicina ética, ya que no se prescriben estudios o tratamientos con una finalidad terapéutica, sino que se efectúan buscando la protección del médico ante eventuales reclamos.

La *Lex artis* entendida como valoración de la corrección en la prestación médico asistencial, es un criterio esencial para determinar la existencia o no de responsabilidad, con un criterio de normalidad en la prestación médica. Estos criterios de normalidad se alteran, siendo sustituidos por otros con criterios más rigurosos, con la única finalidad de evitar reclamos por parte de los pacientes.

Es cierto que el avance de la tecnología al servicio de la ciencia médica, con nuevos y más perfectos métodos diagnósticos y terapéuticos,

obliga a que el criterio de lo que es la *Lex artis* sea cambiante con los tiempos. Lo que no es admisible es que la modificación de la *Lex artis* la marque el carácter defensivo de la práctica de la medicina, asumiendo como prácticas habituales aquellas que no lo son.

Todo esto tiene efectos directos en el procedimiento que un perito judicial debe seguir al dictaminar si una práctica médica se ha realizado conforme a la *Lex artis* o no. Las respuestas se ven cada vez menos concluyentes atento que lo considerado antes como un tratamiento acorde, hoy puede ser considerado notablemente insuficiente ante las nuevas prácticas terapéuticas y diagnósticas, que si bien no resultan del todo necesarias, sirven para asegurar que no prospere una eventual demanda por asistencia inadecuada o negligente, de modo que si se produjese un resultado dañoso, le sea al galeno posible acreditar que es imputable a la evolución natural de la enfermedad y no a una deficiente atención por él brindada.

Con respecto a la responsabilidad del médico en su relación con el paciente, esta ha ido incrementándose con la consiguiente exigencia a los profesionales de la medicina, cuya actividad puede y debe ser sometida al juicio crítico de los tribunales de justicia cuando se haya producido cualquier tipo de incumplimiento que lesione la salud de sus pacientes.

Asimismo, la opinión pública está siendo cada vez más sensible a esta problemática, y el derecho se interesa cada vez más en la medicina, particularmente en las consecuencias jurídicas que se derivan del ejercicio profesional.

Marco normativo

La reforma de la Constitución Nacional (en adelante, CN) del año 1957 incorporó, a través del artículo 14 bis, los llamados derechos sociales: de la familia, de los gremios, de la seguridad social, pero no reconoció expresamente el derecho a la salud. Con la reforma constitucional de 1994 encontramos una doble protección de los derechos relacionados con la salud: implícita y explícita. Si bien el constituyente reformador desperdició una formidable oportunidad para incluir en forma expresa los derechos a la vida y a la salud en el texto constitucional, surge de este que, además de emanar como un derecho implícito conforme la cláusula constitucional contenida en el artículo 33 (CN),

también incorporó, por un lado, ciertos preceptos que tienen en cuenta el derecho a la salud y a la protección de usuarios de servicios de salud y, por otra parte, otorgó jerarquía constitucional a diversas normas del derecho internacional que reconocen manifiestamente (reconocimiento explícito) el derecho a la salud (art. 75, inc. 22, CN).

Las Leyes N° 23660 y 23661, del Seguro Nacional de Salud establecen la normativa que regula la relación entre los beneficiarios del Sistema Nacional con los Agentes del Seguro de Salud (Obras Sociales, luego extensivo a Prepagas por Ley N° 26682, con su Marco Regulatorio, el Decreto N° 1993/2011: Medicina Prepaga). Por otra parte, la Ley N° 26742, modificatoria de la Ley N° 26529 establece los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. Y la Ley N° 153 es la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires.

El derecho al grado máximo de salud que se pueda lograr (denominado “derecho a la salud”) se consagró por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), en 1946. La OMS describe un concepto que comprende a la persona humana en su integralidad: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Seguidamente predica que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

No hay duda de que en la sociedad, en los últimos 25 años, se ha producido el reconocimiento genérico de un abanico de derechos cada vez más amplio de la conciencia ciudadana sobre los derechos que la Constitución y las leyes nos conceden a todos. Esto ha provocado que en los últimos años las demandas contra los médicos y los financiadores de la salud hayan aumentado considerablemente tanto en cantidad de presentaciones como en los importes reclamados.

Panorama actual

Hasta aquí, una breve descripción acerca del tema de más frecuente observación en lo referente a la judicialización de la medicina que ha sido, sobradamente, la presentación de demandas por parte de

los pacientes *luego* de recibir alguna forma de asistencia médica, como consecuencia de considerar que se produjo un motivo de reclamo judicial ante un resultado no esperado por el paciente, luego de recibir la atención terapéutica indicada.

Desde hace unos años nos encontramos con una problemática diferente, que no ha reemplazado a la que anteriormente fue descripta, sino que por el contrario, se suma a ella. En estos casos, los pacientes judicializan sus demandas *antes* de la prestación del acto médico, y es sobre este tipo de presentaciones judiciales de las que se pretende hacer referencia en estas líneas.

Estas presentaciones detentan un notable incremento en su cantidad en los últimos años, siendo un dato llamativo no sólo la cantidad de amparos de salud que pasan por las Defensorías Oficiales para obtener una respuesta de la justicia, sino que en nueve de cada diez demandas de este tipo, se pide que se ordene a las obras sociales y prepagas la cobertura y el financiamiento de prestaciones médicas o medicamentos estén o no contemplados en el Programa Médico Obligatorio (en adelante, PMO). Es necesario destacar que en este tipo de reclamos a lo sumo bastaría con efectuar un simple trámite administrativo ante la Autoridad de Control de ambos sistemas de cobertura (obras sociales y empresas de medicina prepaga), que es la Superintendencia de Servicios de Salud, organismo dependiente de la actual Secretaría de Salud de la Nación. Este tipo de reclamos, sin embargo, sigue representando un caudal importante de los trámites que ingresan a las secretarías civiles de los tribunales.

El motivo de estas presentaciones, mucho más frecuentes desde fines de la década de 1990 y principios del 2000, era el reclamo por la falta de cobertura referente a prestaciones obligatorias para el Sistema del Seguro de Salud.

El Programa Médico Obligatorio (guía prestacional de cumplimiento obligatorio), fue creado por la Resolución N° 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación, siendo luego modificado su plan de cobertura con la promulgación del *PMO de Emergencia*, dictado por la Resolución N° 310/04 (ampliación del PMO).

Este Programa, de acatamiento inapelable para todas las entidades que se encuentren bajo la autoridad de la Superintendencia de Servicios de Salud (obras sociales y entidades de medicina prepaga),

en su origen constituyó una guía de las prestaciones que con obligatoriedad debían brindarse a los beneficiarios del Seguro de Salud, y que hoy se ve totalmente perimido por el avance que ha experimentado y continúa experimentando la ciencia médica.

Muchos de los recursos presentados tienen como parte actora a personas discapacitadas bajo el amparo de la Ley N° 22431. En este caso en particular, existe además una ley especial (Ley N° 24901), que establece la obligatoriedad de coberturas para los tratamientos específicos en cada motivo de incapacidad.

Si bien el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional –brindando una garantía constitucional a este tipo de demandas– dispone que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley”, no se debería llegar en la magnitud de casos que se llega actualmente a la vía de resolución judicial, a pesar de que el amparo constituye un proceso realmente simplificado, tanto en su aspecto temporal como en cuanto a sus formas. Es así porque su principal objeto es lograr una reparación de modo urgente y eficaz, constituyendo un medio de impugnación extraordinario que le asiste a todo ciudadano que tenga interés en restablecer un derecho fundamental vulnerado por la autoridad pública o por un particular. La función del amparo consiste en examinar la legitimidad del o de los actos impugnados con la finalidad de lograr, en su caso, la anulación del acto lesivo del derecho fundamental restableciendo este último.¹

Se completa el marco legal bajo el que habitualmente se hacen estas presentaciones, con el artículo 321 del CPCC, que en su inciso 2, dice:

Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su

1. Díaz Sokime, Omar Luis, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, Colección Procesos Civiles, vol. 13, 2003, p. 47.

naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección.

Por lo tanto, el amparo es además de una acción, un derecho constitucional que obliga a los tribunales a intervenir proactivamente hacia una protección efectiva al derecho a la salud, la calidad de vida y la dignidad de las personas, más aún si están afiliadas a obras sociales o adheridas a empresas de medicina prepaga, en donde se encuentra en juego el orden público. Con la reforma constitucional de 1994 esta exigencia queda supeditada a agotar las vías administrativas contenidas en la Ley N° 16986 como también en las legislaciones locales, en su artículo 2: “La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

Con respecto a esta instancia, todos los beneficiarios de las obras sociales bajo el imperio de las Leyes N° 23660 y 23661, así como las entidades de medicina prepaga, tienen el derecho a interponer un recurso ante la Superintendencia de Servicios de Salud (en adelante, SSS), organismo nacional que funciona como Autoridad de Aplicación para estas entidades, detentando el poder suficiente para hacer cumplir con la cobertura médico asistencial obligatoria, sin necesidad de tener que llegar a la instancia de interponer un recurso ante la justicia. La SSS tiene representación en 21 provincias del país; es posible iniciar el trámite de obtención de una prestación denegada ante cualquiera de ellas, por la vía administrativa.

El mecanismo dispuesto para el tratamiento de estas presentaciones, está contenido en la Resolución N° 075/98 de la SSS, cuya síntesis dice: “Apruébase un procedimiento administrativo de reclamos, frente a hechos o actos de los agentes del Seguro de Salud, que afecten o puedan afectar la normal prestación médico asistencial”.

Esta vía administrativa extrajudicial para efectuar reclamos por negativa a brindar prestaciones, tiene establecidos tres plazos diferentes para que la entidad financiadora responda a la SSS:

1. Trámite NORMAL: La Obra Social o Entidad de Medicina Prepaga deberá notificar el informe de solución en un plazo que no exceda los 10 (diez) días corridos de recibido el reclamo.

2. Trámite ESPECIAL: El informe de solución deberá ser brindado por la Obra Social o Entidad de Medicina Prepaga en un plazo que no exceda los 5 (cinco) días corridos cuando el motivo del reclamo se relacione con:
 - Tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de HIV, SIDA y/o las enfermedades intercurrentes.
 - Tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependen física o psíquicamente del uso de estupefacientes.
 - Tratamientos oncológicos.
 - Internación.
 - Embarazo.
 - Atención del recién nacido y hasta el primer año de vida.
3. Trámite URGENTE: En los casos en que la normal tramitación del procedimiento pudiera afectar la vida y/o salud del reclamante, por lo cual se deben tomar medidas inminentes, el informe de solución debe ser brindado de inmediato por la Obra Social o Entidad de Medicina Prepaga, no pudiendo exceder los 2 (dos) días corridos para su presentación.

La parte actora, si dentro de los 10 (diez) días corridos de haber recibido la notificación del informe de solución por parte de la obra social o entidad de medicina prepaga, lo considera “no satisfactorio”, podrá, por única vez, insistir con su reclamo ante la Superintendencia de Servicios de Salud.

Esta instancia, si bien está vigente desde el año 1998 (fecha de publicación en el Boletín Oficial de la Nación, el 23/07/1998), aún no ha sido adoptada por los beneficiarios del Sistema de Salud en la medida que podría ser utilizada. Es posible que sea por desconocimiento de su existencia, o porque conociéndola, haya una mayor compulsión hacia una presentación judicial.

Lo cierto es que existiendo una vía administrativa a la que recurrir por los que se consideran vulnerados en alguno de sus derechos a la salud, se la suele pasar por alto con mayor frecuencia de lo esperado.

Una forma de hacer más eficiente el trabajo de los diferentes actores que tienen jurisdicción para el tratamiento de los reclamos que en este trabajo nos ocupan, podría ser reglamentar como instancia

obligatoria, y previa a la presentación en un estrado judicial, la consumación de la instancia administrativa.

Las Obras Sociales (en adelante, O. S.) que se encuentran fuera del paraguas normativo de este organismo, son las O. S. provinciales, la O. S. del Poder Judicial Nacional, la O. S. de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA), y las O. S. de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, aunque estas últimas pueden optar por su incorporación conforme lo prescripto en el inciso “g” del artículo 1 de la Ley N° 23660: “g) Las obras sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de seguridad, Policía Federal Argentina, Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, cuando adhieran en los términos que determine la reglamentación”.

Los beneficiarios de las entidades descriptas en el párrafo anterior podrían ser los únicos (por no contar dichas instituciones con una Autoridad Administrativa de Control) que podrían recurrir como primera instancia ante los estrados judiciales, por la necesidad de imponer una medida cautelar.

Desde la segunda mitad del año 2018 está en estudio en el Senado de la Nación un proyecto de creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnología en Salud (AGNET). Esta Agencia, que se propone como un organismo descentralizado en el ámbito de la Secretaría de Salud, tendrá autarquía económica, financiera y personería jurídica propia.

Se le asigna, entre otras funciones, la creación de un Plan Mínimo de Salud, obligando a las Obras Sociales a que brinden este plan a sus beneficiarios, a la par que evaluará nuevas tecnologías sanitarias para promover la salud, la prevención, el tratamiento y la rehabilitación a largo plazo de los integrantes del sistema. Su finalidad principal será reducir el alto índice de litigiosidad existente contra las Obras Sociales. La Agencia brindará información que avale prestaciones y diferentes prácticas vinculadas con la justicia, en la pretensión de evitar la judicialización del sistema de salud, tendiendo a lograr una mayor sustentabilidad en la cobertura universal de la población.

Es interesante la opinión de la Dra. Viviana Graciela Perracini, Directora de la Sala de Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Córdoba, quien descarta que exista una “industria del juicio” en esta materia. Desde su autorizada posición, remarca tres aspectos a modificar para disminuir la cantidad de juicios iniciados por esta causa:

- La necesidad de una ley federal sanitaria que establezca normas básicas. Actualmente rigen una multiplicidad de leyes para algunas patologías en particular. Hay también legislaciones provinciales, pero se hace necesaria la existencia de un único plexo normativo.
- Autonomía científica del Derecho Sanitario en la universidades. Es necesario que los futuros abogados sean formados en el contexto de leyes específicas.
- Disponer de un fuero especializado y conciliación previa. Esta iniciativa fue planteada por el Colegio de Abogados local al ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti quien (según Perracini) coincidió en la necesidad de jueces específicos y especializados para atender las cuestiones vinculadas a la salud humana. En este renglón se podría amalgamar la instancia administrativa previa obligatoria desde la Superintendencia de Servicios de Salud, facilitando la acción judicial en el caso de fracasar la instancia prejudicial llevada a cabo por los técnicos del sector.

No hay posibilidad alguna de dudar de que la dispersión del esfuerzo que hoy es brindado desde diferentes sectores del Estado Nacional no constituye el mejor camino para dilucidar la necesidad de un determinado tratamiento, así como la eficacia del mismo ante una determinada enfermedad. Menos aún si se agrega la aparición de nuevos actores, como parecería ser el caso de la AGNET, si se formalizara su creación.

A modo de ejemplo, y para una mejor comprensión de los alcances que tiene la intervención judicial en el financiamiento de la salud, sobre todo en el sector de la Seguridad Social, que brinda cobertura a más de la mitad de los habitantes del país, paso a describir algunas sentencias acerca de lo enunciado precedentemente, sin emitir juicio desde lo personal sobre lo dictaminado.

- 1) “Condenan a una obra social a cubrir los gastos de una cirugía con el médico de confianza del accionante”:

La Cámara Federal de Apelaciones de la Pcia. de X entendió que en virtud del diagnóstico e indicaciones médicas del actor discapacitado, la negativa a la cobertura pretendida vulnera el derecho a la salud.

NN promovió acción de amparo contra la Obra Social XX a fin de solicitar la cobertura de la cirugía de cataratas “con técnica facoemulsificación de cristalino con lio en ojo derecho e izquierdo a realizarse por el médico Carlos Ferroni en su clínica de alta complejidad en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, así como los gastos colaterales”.

Señaló que debido a la complejidad de la intervención requerida y el delicado estado de salud visual corre riesgo de una ceguera total, en el supuesto de que no sea tratado con el especialista adecuado y el equipo idóneo, y que la negativa a la cobertura médica importa una flagrante violación al derecho a la salud y a la vida.

En su contestación, la demandada manifestó que el amparista cuenta con prestadores de la obra social en la ciudad de Corrientes, capacitados para la atención de la patología del accionante y para la eventual realización de la cirugía reclamada. Se dictó sentencia favorable a la parte actora en primera instancia. Consideró que en el caso el debate gira fundamentalmente en discernir si a la obra social demandada le corresponde o no cubrir los gastos concernientes a la cirugía oftálmica con el médico de confianza del accionante, en la clínica de alta complejidad de la ciudad de Rosario, como así también los gastos.

Así, en virtud de la gravedad del diagnóstico acreditado en autos, destacó que el obrar de la demandada no ha garantizado el derecho de salud del accionante en los términos de las normas vigentes y *la condenó a cubrir la cirugía oftálmica y los gastos colaterales.*

- 2) “Ordenan a una Obra Social de Personal de Dirección cubrir el total de un medicamento”:

La Sala X de la Cámara Civil y Comercial Federal consideró que la cobertura parcial haría de cumplimiento imposible la medida cautelar solicitada, debido a que por el alto costo del medicamento la afiliada no puede asumir la diferencia a su cargo.

Una mujer que padece Hepatitis C inició una acción de amparo para que la empresa de medicina prepaga a la que está afiliada cubra una medicación prescripta por su médico tratante. El juzgado de primera instancia ordenó a OSDE otorgar a la

afiliada la cobertura del 70% de la medicación. Esa decisión fue cuestionada por la afiliada, argumentando que no está en condiciones de abonar el 30% del costo del medicamento. Señaló que, con sus 18 años de edad y siendo estudiante universitaria, no tiene la posibilidad económica de enfrentar esa diferencia a su cargo, por lo que requiere la modificación de la cautelar apelada, condenando a la O. S. a abonar el total de la medicación requerida para el tratamiento de su enfermedad.

La Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal indicó que la Ley N° 26682 de medicina prepaga dispone en su artículo 7 que “las empresas de medicina prepaga deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico-asistencial el Programa Médico Obligatorio y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la ley 24.901 y sus modificatorias...”.

Agregó que el Programa Médico Obligatorio establece un piso mínimo de prestaciones que las obras sociales y empresas de medicina prepaga deben garantizar, lo cual no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir.

Por ello, modificó la decisión de primera instancia y ordenó a la O. S. a dar a la afiliada *la cobertura del total del medicamento requerido*.

- 3) “El Tribunal Contencioso, Administrativo y Tributario le aplicó a una Obra Social una multa diaria”:

Un juez en lo CAyT le aplicó a la Obra Social de X una multa diaria, hasta tanto cumpla con la totalidad de la entrega de los medicamentos para el tratamiento de un paciente oncológico. Se impuso a la obra social una multa diaria de tres mil pesos (\$3000), que se devengará desde el 13 de febrero de 2019 hasta tanto cumpla con la totalidad de la entrega de una medicación a un paciente oncológico. La medida se dio en el marco de una cautelar contra la O. S. persiguiendo la cobertura al cien por ciento (100%) de una serie de medicamentos para el tratamiento de un paciente. El hombre fue diagnosticado de adenocarcinoma de recto bajo y requiere la medicación ya que,

según consta en la causa, el hecho de no realizar tratamiento puede “generar riesgo de vida inminente”.

La O. S. hizo saber que se encontraba a disposición del amparista parte de las drogas prescritas para su tratamiento e identificó las farmacias en las que podría retirarlas.

Paralelamente, manifestó la imposibilidad de cumplir con la provisión de uno de los fármacos, argumentando que dicha “medicación no se encontraba autorizada para el tratamiento de cuadros de cáncer de colon”, como el que presenta el accionante. La sentenciante concluyó que la postura asumida por la demandada “implica desconocer la obligatoriedad de un pronunciamiento judicial cautelar que se encuentra vigente, lo que no resulta admisible”.

El juez explicó:

Es preciso destacar que los motivos esbozados por la accionada no resultan atendibles en esta instancia procesal puesto que –al menos en el estado de autos– no resulta facultativo ni evaluable para la demandada, ni su auditoría médica, determinar si corresponde o no suministrar al paciente la medicación en cuestión sino que meramente debe proveerla.

4) “Cobertura internacional asegurada”:

Ordenan a la O. S. X a garantizar la cobertura de los gastos de un estudio que debe realizarse una menor en Estados Unidos. La Cámara Civil y Comercial Federal “confirmó una cautelar innovativa que ordena a esta Obra Social a garantizar la cobertura de los gastos del estudio que debe realizarse una menor afiliada, en los Estados Unidos”.

Estos pocos ejemplos emanados de fallos judiciales son de por sí demostrativos de la alta gravitación que tienen las medidas cautelares que presentan los beneficiarios de Obras Sociales y Prepagas, en el costo del Sistema de Salud actual, recordando que no siempre se han respetado las instancias administrativas previas que están a disposición del paciente, pudiendo evitarse de este modo una presentación en sede judicial.

Responsabilidad profesional del médico: error médico. Eventos adversos

Omar A. Gabrielli*

*Lo peor no es cometer un error, sino tratar de justificarlo
en vez de aprovecharlo como aviso
providencial de nuestra ligereza o ignorancia.
Santiago Ramón y Cajal*

Introducción

Durante el siglo XX, muy especialmente a partir de los años 80, se ha registrado un notable incremento de la presión legal por la cantidad de demandas por responsabilidad profesional médica –mala praxis–, en el fuero penal, civil y contencioso administrativo. La mayoría de ellas provienen de áreas intervencionistas, principalmente las especialidades quirúrgicas (traumatología y ortopedia; obstetricia y cirugía general) y aquellas que se corresponden con el Departamento de Urgencia.¹ La vida médica entiende un pequeño universo; distintas escuelas de formación, distintas instituciones hospitalarias pero bajo un mismo sistema de salud caracterizado por insuficiente o deficiente dotación de recursos técnicos, humanos y materiales. La comisión de errores es inherente al ser humano, muy especialmente en ámbitos en los que la incertidumbre de ciertas variables en la toma de decisiones y la variabilidad misma de la biología humana, impiden un resultado exacto. La máxima *Primum non nocere* es inherente al médico, pero el ejercicio de la medicina tiene

*Médico cardiólogo universitario UBA. Magíster en Criminología y Ciencias Forenses. Docente en Medicina USAL. Médico forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

1. Sanz, Pilar L., “La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis”, en *Trauma*, Fundación MAPFRE, vol. 19, N° 3, 2008, pp. 138-142.

riesgos aun en las mejores situaciones. Los errores médicos son parte inseparable del ejercicio de la medicina.²

Marco teórico

Según la Real Academia Española (RAE), la palabra *error* significa: “concepto equivocado, juicio falso o acción desacertada”.³ El Institute of Medicine de EUA (IME)⁴ lo considera: “falla de una acción planeada para ser completada como fue concebida, o el uso de un plan erróneo para lograr un fin”. La organización Patient Safety Foundation⁵ lo reconoce como “resultado no intencionado causado por un defecto en el cuidado de la salud de un paciente”. Los errores médicos se presentan en todas las áreas de la medicina. Debemos tener en cuenta que uno de cada diez errores en medicina es responsabilidad directa del médico.⁶ Al momento de la fecha, podemos afirmar que no existe ningún estándar de oro que nos permita detectar todos los eventos adversos o errores en medicina.⁷

Desarrollo

Consideraciones médico-legales

En 1999, el IME de Estados Unidos (EUA), luego de extrapolar datos de dos importantes estudios, reportó que alrededor de 98.000 pacientes hospitalizados fallecían al año en ese país a consecuencia de errores médicos prevenibles, constituyendo la octava causa de muerte global por encima del cáncer de mama, los accidentes automovilísticos o el

2. Carvallo, Aurelio, “Consideraciones éticas sobre el error en medicina”, *Revista Médica de Chile*, vol. 129, pp. 1466-1469.

3. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 22° ed., 2001. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/>

4. Kohn, L. T. *et al.*, “To err is human: Building a safe health system”, Committee on Quality of Health Care in America, Washington (DC), National Academy Press, 1999.

5. Satava, R. M., “The nature of surgical error. A cautionary tale and a call for reason”, *Surgical Endoscopy*, 2005, Vol. 19, N° 8, pp. 1014-16.

6. Kohn, L. T. *et al.*, *op. cit.*

7. Leape, L. L., “Scope of problema and history of patient safety”, *Obstet Gynecol Clin North Am.*, 2008, Vol. 35, N° 1, pp. 1-10.

síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).⁸ Posteriormente, en 2016 fue publicado en el *British Medical Journal* (BMJ) un trabajo donde se sostenía que el error médico representa la tercera causa de muerte en los EUA, luego de las enfermedades cardiovasculares y el cáncer.^{9,10} Es considerado por algunos autores como una verdadera epidemia a nivel mundial, es determinante de graves daños personales y sociales, y motiva una cuestión de creciente preocupación para los sistemas de salud, debido al incremento de las demandas judiciales por parte de los pacientes y/o familiares, atribuibles a este evento. El error médico ha sido definido como un acto no intencional (por omisión/comisión) que no logra el resultado esperado, o falla en la acción planeada completada e intencionada (error de ejecución). El uso de un plan equivocado (error de planeamiento) o desviación de un proceso de cuidado que puede o no causar daño al paciente. Importa así señalar, que el error médico está constituido por una decisión diagnóstica o de tratamiento o procedimental, que dado el momento y las circunstancias puede ser considerado erróneo por pares calificados y con experiencia. De esta manera, excluimos aquellas consecuencias y el curso natural de la enfermedad; exceptuando también las decisiones hechas bajo circunstancias límites, como es la atención de urgencia que impone una significativa presión médica.¹¹ Ha sido establecida una distinción entre error médico y evento adverso; este último se configura como la injuria producida por el error médico. En el mismo sentido, la Joint Commission on Accreditation of Health Organization ha dado su interpretación del evento adverso como aquel hecho inesperado, no relacionado con la historia natural de la enfermedad, que produce la muerte del paciente o una lesión tanto física o psíquica grave, como también el riesgo de que suceda cualquier

8. Brennan, T. A. *et al.*, "Incidence of adverse effects and negligence in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study I", en *The New England Journal of Medicine*, 1991, vol. 324, N° 6, pp. 370-376.

9. Leape, L. L. *et al.*, "The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II", en *The New England Journal of Medicine*, 1991, vol. 324, pp. 377-384.

10. Makary, Martin A. y Daniel, Michael, "Medical error - the third leading cause of death in the US", *BMJ* 2016; 353: i2139.

11. Mena, Patricia, "Error médico y eventos adversos", en *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 79 N° 3, 2008, pp. 319-326.

variación que pudiera producir un resultado adverso grave.¹² A su vez, un evento adverso atribuible a un error es un evento adverso prevenible, y un evento adverso prevenible que satisface los criterios legales para determinar negligencia.¹³ Enunciado así el tema, entendemos por *error médico* a aquella conducta clínica/quirúrgica equivocada en la práctica médica como consecuencia de la decisión de aplicar un criterio médico incorrecto. Mientras tanto, como ya fuera destacado previamente, consideramos al *evento adverso* como un hecho inesperado no relacionado con la historia natural de la enfermedad, como consecuencia de la atención médica, que produce daño físico o psicológico grave, riesgo de muerte o la misma muerte del paciente.

Por lo tanto, durante el proceso de atención médica pueden surgir errores, que involucran dos situaciones, a saber: que el error haya afectado el resultado de la atención o que haya alterado negativamente la historia natural de la enfermedad y por lo tanto, diera lugar a un evento adverso. En este aspecto, cabe tener en cuenta que la mayoría de las veces los errores en el proceso de atención pasan de manera inadvertida o no se identifican como consecuencia de no haber dado lugar a un evento adverso “cuasi falta-cuasi error”. Definido este por la potencial (pero no real) injuria al paciente, es sin embargo muy importante de reconocer, analizar y prevenir para que en el futuro no se presente como un error; de otra manera es aquella situación que, de no haber sido evitada, hubiera podido dañar al enfermo.¹⁴

Como ya fuera mencionado anteriormente, el error médico implica la aplicación de un criterio clínico incorrecto. En este aspecto, incumbe definir lo que se entiende por criterio médico. Es el juicio clínico tendiente a la toma de decisiones correctas en la práctica médica, fundamentado en el acervo del conocimiento médico, en las evidencias como así también, en la experiencia profesional. Sobre la base de

12. Aguirre Gas, Héctor G., “El error médico. Eventos adversos”, en *Revista CONAMED*, vol. 11, N° 4, octubre-diciembre de 2005.

13. Satava, RM, *op. cit.*

14. Goic, Alejandro, “Fuentes de error en clínica”, en *Revista Médica de Chile*, 2001, N° 129, pp. 1459-62; Garbutt, Jane *et al.*, “Reporting and Disclosing Medical Errors: Pediatricians’ Attitudes and Behaviors”, en *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.*, 2007, vol. 161, N° 2, pp. 179-185; Gutiérrez-Cía. I y colab., “Análisis de los ‘cuasi errores’. Un nuevo enfoque en el estudio de los acontecimientos adversos”, en *Medicina Intensiva*, 2008, vol. 32, pp. 143-146.

estos postulados, surge que si se tiene una opción clínica, claramente correcta y otra incorrecta, conforme a los conocimientos médicos vigentes y las evidencias disponibles, no es necesario aplicar ningún criterio, la decisión es, sin duda alguna, tomar la correcta y desechar la incorrecta. Tomar la incorrecta, supone un error médico. Pero cuando, no existe una opción evidentemente correcta o incorrecta, aquí sí es necesario aplicar el criterio médico para la toma de la mejor decisión o la menos mala. Tomar la decisión menos buena o la más mala, equivale a error médico. Así las cosas, corresponde tener en cuenta, que cuando no hay una opción claramente correcta o incorrecta, el riesgo de cometer un error se muestra como un hecho potencial a suceder.

Los errores médicos nacen de factores internos y externos al individuo: fatiga, descuido, temor, sobrecarga cognitiva, falta de conocimientos, inexperiencia, juicio defectuoso, confianza excesiva, deficiencias en la comunicación interpersonal, alteraciones de la personalidad, *burn out*, etc.¹⁵ Amerita ser destacado que el exceso de confianza por parte del médico es uno de los factores más comunes, dentro y fuera del ámbito quirúrgico o en la clínica, como causal de error médico. Este exceso de confianza puede ser definido como extralimitarse en una falsa seguridad de que se posee experiencia profesional, resultado de años de práctica médica y que incrementa con una temeraria convicción en el dominio de procedimientos y/o técnicas consagradas por el tiempo y la sensación de una relativa impunidad.¹⁶

Según Leape¹⁷ y colaboradores, el error médico se presenta en las diferentes etapas del proceso de atención médica, adecuándose a todas y cada una de las especialidades médicas, a saber: a) Errores diagnósticos por errores o retraso en el proceso diagnóstico; b) Errores terapéuticos por error en la realización de un tratamiento médico y/o quirúrgico, en procedimientos o estudios; c) Errores en la prevención

15. Vázquez Frías, J. A. y colab., "El error en la práctica médica ¿Qué sabemos al respecto?", en *Anales Médicos de la Asociación Médica del Centro Médico ABC (mex)*, vol. 56, N° 1, 2011, pp. 49-57.

16. Helmreich Robert, Davies, Jan, "Human factors in the operating room: interpersonal determinants of safety, efficiency and morale", en *Baillière's Clinical Anaesthesiology*, 1996, vol. 10, p. 277.

17. Brennan Troyen A. *et al.*, "Incidence of adverse effects and negligence in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study I", *op. cit.*

por falla en el otorgamiento de tratamientos profilácticos; d) Otros por fallas o faltas de la comunicación o del equipo de salud.

En nuestro ambiente médico y judicial, lamentablemente no existen datos estadísticos nacionales que nos permitan analizar la realidad del impacto de los eventos adversos y el error en medicina. Aquellos datos publicados por las aseguradoras por responsabilidad profesional médica, indican que existen una importante cantidad de reclamos (alrededor del 40%), donde tanto el riesgo como la entidad fueron altos, o sea que errores o fallas en el proceso de atención de la salud fueron causales de un importante daño al paciente, que van a tener altas chances de un resultado o fallo judicial adverso.¹⁸ Otro aporte de interés médico legal proviene de aquellos informes que señalan que los reclamos judiciales en las especialidades quirúrgicas figuran entre los más frecuentes, solamente superados por dos especialidades quirúrgicas como son la Obstetricia y la Ortopedia y Traumatología, lo cual coincide con la bibliografía.¹⁹ En el campo de la Obstetricia resulta como primera causa el resultado neonatal adverso por una encefalopatía anóxica atribuible a un mal manejo del trabajo de parto; en segundo lugar, le sigue la parálisis neonatal secundaria a un traumatismo obstétrico durante el parto; y finalmente continúan las infecciones y hemorragias, respectivamente.²⁰ En el caso de la Ortopedia y Traumatología, los reclamos se relacionan con las intervenciones a nivel de los miembros inferiores y de columna vertebral, especialmente lumbar; en tercer lugar le corresponde a la patología de miembro superior, en especial muñeca y mano; cabe advertir también el denominado error del sitio quirúrgico (cuando el procedimiento quirúrgico se practica en una

18. Flichman Mariana, "Impacto de los eventos adversos y el error en medicina en los reclamos por responsabilidad profesional. Reseña de diez años de gestión", en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 39, marzo de 2016; y de la misma autora, "Error médico, eventos adversos y juicios por mala praxis ¿Un nuevo desafío?", en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 21, septiembre de 2017.

19. Perea Pérez, Bernardo y colab., "Análisis de las consecuencias médico-legales de las reclamaciones judiciales de pacientes. Estudio comparativo de los casos de traumatología, ginecología y obstetricia, anestesia y reanimación y odontoestomatología", en *Trauma Fund MAPFRE*, vol. 20, N° 4, 2009, pp. 264-268.

20. Rodríguez, Jorge, "Reclamos más frecuentes en la práctica de la obstetricia actualización", en *SMG Seguros*, N° 29, agosto de 2013.

región anatómica o lado erróneo).²¹ En el campo de la Cirugía General, los reclamos judiciales son motivados por las complicaciones del tratamiento quirúrgico y la infección del sitio quirúrgico; sin olvidar aquellas cuestiones de la técnica quirúrgica (de manera especial en el caso de la cirugía laparoscópica), donde juega un rol importante y de manera muy particular “la curva de aprendizaje”; concepto este, de fundamental importancia a tener en cuenta al momento de arbitrio judicial. Otros conceptos, no menos importantes a tener en cuenta y destacar, son aquellos errores u omisiones relacionados al ingreso del paciente, como así también a los relacionados a la falta de documentación de las medidas tendientes a una correcta preparación para la cirugía; constituyéndose también como fuente de reclamos, las quemaduras por fallas del electrobisturí monopolar, partes quirúrgicos incompletos o ilegibles y pérdida o error en el envío de material al Servicio de Anatomía Patológica.²²

Ateniéndonos a lo ya descripto, a nivel nacional como extranjero, en nuestros diez años de práctica forense en esta Dirección de Medicina Forense, los expedientes judiciales del fuero Contencioso Administrativo y Tributario a los cuales fuimos requeridos por el advenimiento de controversias médico-científicas bajo el título de Responsabilidad médica (de manera principal), como así también aquellos por Daños y Perjuicios; resulta de particular interés subrayar que nuestra casuística se corresponde de igual modo con lo citado por la bibliografía.

Para dar por cumplimentado este capítulo, no podemos dejar de lado el ítem de las infecciones nosocomiales u hospitalarias; y por lo tanto su correspondiente consideración médico legal. Aquí vale lo citado por el

21. Bori, G. y colab., “Seguridad clínica y reclamaciones por responsabilidad en Cirugía Ortopédica y Traumatología”, en *Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología*, vol. 60, N° 2, 2016, pp. 89-98; García Ruiz, Nicolás y colab., “Análisis de reclamaciones judiciales contra obstetras y ginecólogos en España. Estudio específico de la vía penal (1987-2013)”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 42, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rem.l.2016.07.004>; Susman, Ricardo, “Responsabilidad médica en Traumatología y Ortopedia”, en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 29, agosto de 2013 y del mismo autor, “Error del sitio quirúrgico”, en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 25, septiembre de 2012.

22. Canto, Horacio E., “Oblitos quirúrgicos”, en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 38, diciembre de 2015 y del mismo autor, “Errores y omisiones más frecuentes en cirugía. Recomendaciones para la adecuada confección de una historia clínica quirúrgica”, en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 42, marzo de 2017; Altrudi, Rodolfo D., “Aspectos médico legales de la práctica de la cirugía general”, en *Guardia 24*, SMG Seguros, N° 20, julio de 2011.

Ministerio de Salud de la Presidencia de la Nación en 2018 - Vigilancia de Infecciones Hospitalarias de Argentina (VIHA):

... la *Infección Hospitalaria*, *Infección Intrahospitalaria*, *Infección Nosocomial*, o en un sentido más amplio *infección asociada al cuidado de la salud*, es una enfermedad endemo-epidémica de los establecimientos hospitalarios, controlable pero difícilmente erradicable, que está directamente relacionada con la calidad de la atención médica de cada establecimiento. Se define como *infección hospitalaria* a toda infección adquirida durante la internación y que no estuviese presente o incubándose al momento de la admisión del paciente, o bien en el caso de un recién nacido, cuando esta fuese adquirida durante su pasaje a través del canal del parto. En el caso de las heridas quirúrgicas la infección puede manifestarse luego del alta del paciente, hasta 30 días o un año dependiendo de la colocación o no de prótesis. El personal de los hospitales puede adquirir una infección hospitalaria como consecuencia de un accidente durante el desarrollo de sus actividades. Existen en todos los establecimientos de salud del mundo, pudiendo variar su presentación según la calidad de los pacientes y la atención que se brinda, y afectan desde un 3% a un 17% de las personas que requieren internación, teniendo como consecuencia un sustancial incremento de la enfermedad, fallecimientos y costos para el centro hospitalario en cuestión. Para dar una idea de la magnitud del problema podemos decir que las mismas contribuyen al incremento de la mortalidad en aproximadamente un 4% y son causales de las mismas en el 1%.²³

De acuerdo a lo citado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), las Infecciones Asociadas a la Atención Sanitaria (IAAS) son el evento adverso más frecuente durante la prestación de atención sanitaria, y ninguna institución ni país puede afirmar que ha resuelto el problema. Según los datos de varios países, se calcula que cada año cientos de millones de pacientes de todo el mundo se ven afectados por IAAS. La carga de IAAS es varias veces superior en los países de ingresos bajos y medianos que en los países de ingresos altos.²⁴ Importa enfatizar que se estima, de una manera dramática, que aun si se aplicaran rigurosas medidas de prevención se lograría reducir las tasas

23. Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. Disponible en: <http://www.vihda.gov.ar/>

24. Organización Mundial de la Salud (OMS), "Carga mundial de infecciones asociadas a la atención sanitaria". Disponible en: https://www.who.int/gpsc/country_work/burden_hcai/es/

de infección, pero su eliminación a cero es prácticamente imposible.²⁵ Por lo tanto, ateniéndonos a lo suscripto, desde el punto de vista médico legal, se considera que la documentación actual demuestra que la infección hospitalaria es potencialmente prevenida a menos que se demuestre lo contrario. Según lo señalan J. C. Do Pico y C. L. Do Pico Mai, en las infecciones nosocomiales:

... tampoco la responsabilidad del cirujano podrá extenderse hasta donde este no puede ejercer algún control o supervisión estando fuera de la órbita de la responsabilidad del jefe de cirugía, el lavado, la desinfección, esterilización y la preparación de los quirófanos, como de todo el instrumental y demás elementos que allí se utilizan, sometidos a procesos técnicos especiales de preparación, confiados a auxiliares o personal fuera del control del cirujano que por lo general se llevan a cabo en otros lugares que no son los quirófanos en sí.²⁶

Vale el concepto vertido por la Dra. Weingarten Celia, quien sostiene que una infección hospitalaria lleva a atribuir responsabilidad objetiva, pues se trata de un riesgo propio de la actividad de la institución hospitalaria. Así las cosas, la evidencia médica vigente revela ni más ni menos que la responsabilidad en una infección hospitalaria es compartida; la responsabilidad objetiva y subjetiva se encuentran entrelazadas. El eximirse de una demanda judicial por un proceso de infección hospitalaria requiere la demostración de diligencia, que no es otra cosa que demostrar que no hubo negligencia en el proceder.²⁷

25. Durlach, Ricardo; del Castillo, Marcelo; Stambouljan, Daniel (Pról.), *Epidemiología y control de infecciones en el hospital*, Buenos Aires, Ediciones Guadalupe, 2006.

26. Do Pico JC, Do Pico Mai CL., "La infección nosocomial y el equipo de cirugía- Aspectos legales y jurisprudenciales", en *Revista de la Asociación Médica Argentina*. Disponible en: www.amamed.org.ar/publicaciones_revistas

27. Vítolo, Fabián y Corazza, Rosana G., "Infecciones hospitalarias. Aspectos médico legales y manejo de riesgos", Biblioteca Virtual NOBLE, marzo de 2009. Disponible en: http://www.nobleseguros.com/ARTICULOS_NOBLE/35.pdf; Hospital Universitario La Paz, "Infección hospitalaria. ¿complicación o negligencia?", Madrid, 2013. Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352816450556&ssbinary=true>; Weingarten, Celia, "Responsabilidad de los establecimientos asistenciales públicos y privados, por daños causados por infecciones hospitalarias: la situación en el sistema sanitario argentino", en *Gac. int. cienc. Forense*, N° 2, enero-marzo, 2012, pp. 24-35.

Conclusión

El error integra la naturaleza del ser humano, por lo cual, se constituye en inevitable no obstante prevenible. En nuestra temática, el error médico, por su frecuencia, complejidad de determinantes y consecuencias lesivas sobre la salud de los pacientes, configura un reto permanente todavía no resuelto. Se entiende que la mala o mal praxis médica, se encuentra condicionada por múltiples causas, tan complejas y variadas como complicado y vasto es el ejercicio de la medicina en la actualidad. Por lo tanto, la responsabilidad profesional del médico indica que el profesional debiera responder cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría.

La judicialización de la responsabilidad profesional en el nuevo paradigma médico

Eduardo G. Martella*

Introducción

*La vida es breve; el arte, largo; la ocasión, fugaz;
la experiencia, engañosa; el juicio, difícil.*

Hipócrates¹

Es en estos tiempos, más precisamente después del año 1985 hasta la fecha, tanto en nuestro país como en algunos de similares características, cuando se vio el incremento de la tendencia de la judicialización de los resultados, no satisfactorios, obtenidos en tratamientos o procedimientos. A lo largo de toda la carrera asistencial, el profesional de la medicina está sujeto a exponerse a un juicio de *mala praxis* por su accionar, independientemente de la razonabilidad de la demanda, cuya lógica dotada de razón, intelectual, dialéctica, argumentativa, consiste esencialmente en injuriar la acción del médico tomando como base el resultado de la práctica realizada.

La definición de la culpa según el gran jurista italiano Francesco Carrara es: “la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho” y la doctrina vigente lo representa por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los deberes de los reglamentos o deberes a su cargo. En la judicialización de un hecho médico, el punto consiste en denotar un resultado no esperado o disvalioso como un hecho puramente ligado al médico o a los médicos intervinientes en

* Médico anestesiólogo UBA. Docente universitario en Medicina UBA. Médico forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

1. Médico griego, nacido en la isla de Cos, Grecia, en el año 460 a. C., llamado el “Padre de la Medicina

el cuestionamiento formulado. A este punto se deberá reconocer que nadie niega que la medicina pueda ser una sucesión de riesgos y que estos, muchas veces, son necesarios e impostergables, principalmente cuando el acto más osado es el último y desesperado remedio.

En la actualidad, en la judicialización estadísticamente casi no median otras alternativas concurrentes al proceso de atención médica; haciendo del eje demandante una personalización reduccionista de la cuestión.

Esta personalización es producto cultural surgido del hecho de que las personas en general poseen cierto preconceito según el cual el médico es responsable por todo resultado atípico e indeseado en el ejercicio de la medicina, siendo que además es también la víctima.

A tal fin, denomino como “talionización” sobre el accionar médico a un acto que surge en las demandas, independientemente de que las actuaciones médicas presuman acciones pasibles de reproche. En la condición *sine qua non* en que los resultados se cuestionan (en la mayoría de las veces) no se considera el concepto de proceso, término que determina los factores que se dan en este encuadre, un proceso por el cual pudiese redefinirse como la secuencia de tareas y condiciones predeterminadas conjuntamente con actividades, previsiones, normas y decisiones para producir resultado final.

En este gran marco por donde va a transitar el hecho cuestionado es donde transcurre la relación médico-paciente, la cual parte de una historia médica (documental) donde se establecerán las posibilidades diagnósticas, el pronóstico y el tratamiento. Toda esta suma de acciones se denomina como “proceso de atención médica”, que incluye todo el conjunto de intervenciones o procedimientos realizados, o indicados, por el o los médico/s para cuidar a los pacientes y subsanar sus problemas de salud; es en esta dinámica de atención donde intervienen factores que, además de los estrictamente médicos, influyen en los resultados, tales como los sociales, ambientales, biológicos y propios del sistema de atención, su infraestructura, su mantenimiento, su equipamiento, mantenimiento y control, y por sobre todo la creación de normas, el consenso de las mismas, sujetas a revisión y actualización permanentes. También influyen en esta cuestión de calidad ciertas cuestiones de índole geográfica, regional, cultural, económica y política, que enfocan a la salud en un universo donde difícilmente se

pueda lograr la visión holística que por su naturaleza merece; pero que necesariamente pasan a ser elementos determinantes para ser tenidos en cuenta, y en líneas generales, raramente lo son, debido a intereses y omisiones que están presentes en toda demanda civil.

El punto de partida que da lugar a la litis en un número mayor de acciones es propuesto, unilateralmente, por un paciente o sus familiares –que sería la parte que se siente perjudicada–, con o sin grado de lesión, la cual, de evidenciarse, tiene su correlato jurídico con el imperativo enunciado que reza: “si se produce un daño hay que pagarlo”, pero al extenderse el concepto al daño emergente de un acto médico, la frase vigente se lee como “siempre hay un culpable que lo produjo”.

Otro planteo axiomático de la demanda se daría en el siguiente prejuicio: si está el daño está la culpa. Como bien lo han señalado otros autores, lo cierto es que el médico sólo está obligado a utilizar los medios necesarios que puedan permitirle prevenir los riesgos típicos estudiados, estos mismos ofrecen la dinámica de los cambios técnico-científicos que se suceden en forma rápida y continua; pero no sería posible ejercer la medicina si todo acto médico fuese sometido a todos los posibles estudios que hoy permite la ciencia médica. La observancia de lo mencionado tiene a veces poco valor predictivo, pues el número de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado que no sería lógica ni operativa la prevención de todos ellos. No obstante lo cual y ante la ausencia de normas claras, debido a la falta de regulación en los niveles de control, atención e inspección, las debilidades del sistema son concurrentes y cuando aparece una complicación predecible estadísticamente o impredecible, será motivo de litigio independientemente de que exista al hecho fortuito, el cual es aquel que no pudo preverse y que, aun siendo previsto, no pudo evitarse.

Precisamente este último punto se debe atender a resultados del hecho sujeto a reclamo. Es por lo enunciado que este ensayo pretende demostrar que, así como la ley determina que para adjudicar a una persona un determinado daño, es imprescindible la existencia de un nexo causal entre el accionar médico y su consecuencia, de modo tal que no exista duda y conjuntamente exista una manifiesta adecuación de los hechos a tal fin; no obstante los condicionantes subjetivos contaminantes (siempre presentes) que juzgarán el hecho, lejos adverbialmente del momento, lugar y situación en que se produjo o

extemporáneamente, a veces hasta 20 años después de ocurrido, no teniendo en cuenta la evolución exponencial a la cual está sujeta la medicina. Por supuesto que estos litigios expresados como culpa médica suelen no atender a esta dinámica de cambios que se producen en la actualidad, como ya expuse anteriormente.

Otro principio jurídico reza:

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Además de los casos expresamente previstos, el delito se realiza por omisión cuando no se impida un resultado que, de acuerdo con las circunstancias, se debía y podía evitar. A tal efecto se tendrá por equiparada la omisión a la acción.

Pero esta norma atemporal, dicho de manera axiomática, encierra en sí misma un grave error conceptual al tratar un hecho médico, ya que actúa parcializando el criterio a un mero reduccionismo técnico, no obstante el texto es regente de quienes realizan un libelo. En función de lo antedicho y de forma de realizar un aporte que transmita una singular visión de estos diez años ininterrumpidos de actuación en la Dirección de Medicina Forense, con el derecho de ejercer la libertad de expresión con base en las experiencias afines, surgidas del marco circunscripto del ámbito que se dirimen los reproches incriminatorios sobre mala praxis médica, conjuntamente con las conclusiones expresadas en número significativo de pericias realizadas, haré una breve síntesis con el objeto de presentar el teatro donde se escenifica a los actores de esta acción que involucra: lo jurídico, la acción médica y los demandantes o parte actora.

Sin intentar analizar desde lo filosófico las razones propias de esta visión, puedo decir que se parte de una denuncia cuya premisa es un hecho médico, el cual y como consecuencia del mismo, no conformó la expectativa esperada y condicionó a una acción de reproche, pero sin considerar que, lejos de ser estático, cada hecho, cada acto médico está frente a una fuerte dinámica de cambio permanente, dable por los avances científicos y los mejores conocimientos biológicos que en forma casi diaria se revelan al saber, por lo que su juicio se presenta difícil, lo cual incide y dificulta el lograr ecuanimidad y eficiencia dentro de una cuestión sujeta a juicio.

En virtud de que las consideraciones previas no suelen ser tenidas debidamente en cuenta, su desconocimiento suele alterar las definiciones, abonar prejuicios y dificultar la posibilidad de dirimir

con total y absoluta certeza científica las cuestiones propias que dan lugar a las demandas y al tratamiento de tales cuestiones de razón empírica-científica, como es “el acto médico y el hecho que este produce”, y donde un efecto no deseado da lugar a un reproche sin más consideraciones, siendo muy probable que la lectura de ese resultado y la opinión del mismo difícilmente se encuentren descontaminadas por juicios de valor totalmente subjetivos y ajenos a la metodología científica que tanto se pregona, como *conditio sine qua non*.

Si se realiza un estudio pormenorizado de los principales actores que intervienen en la judicialización del hecho médico, cada uno en sí mismo es condicionante del otro, por ser complementarios entre sí a los efectos de la conclusión del dictamen judicial; salvo que el propio hecho en sí mismo muestre características y evidencia que sin lugar a duda relacione el origen o causa de carácter indiscutible con el efecto cuestionado.

Pero esto último, en relación con las últimas observaciones de la razón de la ciencia, es una “entelequia” (que se define como cosa, persona o situación perfecta e ideal que solo existe en la imaginación). Si se tomase como definición actual, la clasificación de las ciencias en formales (de entes ideales, reglas inmutables y consistencia racional) y fácticas (entes materiales, adecuadas a hechos y consistencia empírica), en estas últimas se sitúa la medicina entre otras. De lo cual puede inferirse o determinarse que en tanto y en cuanto siga el desarrollo científico en la búsqueda del conocimiento y a su vez, este genere el perfeccionamiento del adquirido o su modificación, siempre el mismo estará limitado y tendrá un porcentaje de falibilidad que dependerá de los múltiples factores concurrentes a los que se someterá la cuestión motivo de litis. Por lo que aquellos principios de *cognoscere causas rerum, scire per causas, post hoc, ante hoc, ergo propter hoc*, etcétera, aún nos resultan compensadores para realizar síntesis de hechos propugnando la teoría de la ley de causalidad, pero hoy ninguno de los que trataron de estudiar estas premisas pertinentes al modelo causa-efecto satisface plenamente ni a sus propios autores ni a los demás; si bien hay un inevitable tributo a todos los que elaboraron las teorías actuales de la causalidad desde lo filosófico a la precisión científica.

En función de lo que hasta aquí se expuso, me es propio decir que en lo general y en amplísima mayoría, las demandas plantean en su razonamiento un modelo arcaico e inactual del complejo proceso

hermenéutico, haciendo la salvedad de que esto es analizado como estrictamente médico, no atendiendo las cuestiones del mundo jurídico donde la discusión mantiene aspectos propios del derecho, los cuales dan una interpretación y condiciones que le son tan específicas a su naturaleza, y en donde el pensamiento médico no puede homologarse, debiendo enfrentarse a todos los vacíos legales producto de los sucesivos progresos científicos, cambios sociales, luchas ideológicas y demás circunstancias que movilizan todo el espectro bioético dando lugar a interminables reclamos y oposiciones, que finalizan con la expresión que dictamina el fallo de un juez, el cual es parte de toda esta oscilación expuesta de manifiesto previamente, al mencionar la falibilidad de los fallos en virtud de que siempre se mantienen en la arena del debate cuestiones de principios legales, sociales, filosóficas bioéticas y científicas donde estarán en juego la disparidad de progresos y cambios que suceden en cada una de las mencionadas áreas.

Con esta caracterización de parte de los factores causales intervinientes en lo que se mencionó como hecho médico, es dable reconocer y ser tenido en cuenta que, independientemente de la virtud del proceso judicial realizado, la ecuanimidad y legalidad manifiesta en la intención del juicio justo y su dictamen correspondiente, el o los planteos que darán el presupuesto de la litis en cuanto a la metodología científica responden, en general y como ya se dijo y se repite, a un modelo arcaico e inactual del complejo proceso hermenéutico en su máxima acepción, tratando de reducir la cuestión a la categorías filosóficas de “causa” y “efecto”, condición que expresa la relación existente entre dos fenómenos, de los cuales uno, llamado *causa*, va a producir ineluctablemente el denominado *efecto*. Sobre los conceptos ya expresados en el párrafo anterior, es importantísima la tesis materialista del carácter objetivo de la causalidad y de la condicionalidad causal universal de los fenómenos de la naturaleza abonada por más de 2000 años de pensamiento filosófico, que ha sido cuestionada entre otros por Berkeley, Hume y Kant aduciendo, entre otras razones, que “el hombre crea la categoría de causalidad para mayor comodidad, para ahorrar pensamiento”. No obstante, la relación monocausal que floreció en el siglo XIX retrasó el abordaje multicausal de los problemas médicos, los cuales hoy fijan criterios epidemiológicos que desde la ciencia mé-

dica estudian la distribución, frecuencia y factores determinantes de las enfermedades existentes en poblaciones humanas definidas.

Frente a esta problemática que ofrece el estudio del hecho médico y sus consecuencias, se propondría realizar un análisis para investigar las verdaderas causales y realizar un aprendizaje que sirva e instruya en forma preventiva con el objeto de mejorar la norma y evitar que se repita el fallo. Se puede tomar, por ejemplo, el modelo del queso suizo de causalidad de los accidentes –actualmente vigente como un modelo utilizado en el análisis de riesgos y gestión de riesgos, en la aviación, en la ingeniería y en la asistencia sanitaria–, el cual señala por medio de estudios que usando las estadísticas se pueden objetivar las variables independientes y dependientes de un hecho, y a su vez esto da la posibilidad de generar la elaboración de algoritmos, manuales de procedimientos y guías de procedimientos, los cuales, dependiendo de los más avanzados estudios académicos en la cuestión, debieran asegurar un estándar de calidad de atención, y habiendo cumplido estas pautas preestablecidas tal vez las cuestiones que sobrepasen a los valores invocados como pilares del litigio pudieran ser excluidas, y serían de utilidad jurídica al limitar las cuestiones subjetivas, emocionales o mágicas que abonan los reclamos, ayudando a mejorar los resultados y a restringir la judicialización impropia y los fallos erráticos. La medicina legal, como toda rama de las ciencias médicas, está basada en la evidencia, se enseña, trata de aplicar el método galileico y utiliza el método cartesiano, con los cuales se conforma el llamado método pericial, que recomienda: ordenar de lo sencillo a lo complejo, enumerando sin omitir nada. Todo con independencia respecto del problema sometido a estudio y análisis. Pero hete aquí que la ciencia trasciende los hechos, los descarta y produce nuevos. Basado en estos principios metodológicos, Mario Bunge² representó un modelo del conocimiento científico y su método. Las descripciones efectuadas concuerdan con las mejores consideraciones de una metodología actual (del siglo XXI) que va a encuadrar a la medicina (como ya se ha dicho) en una ciencia fáctica, con características propias como es la de basarse en entes materiales, adecuarse a hechos y tener consistencia empírica, por eso los hechos son de la realidad, sin otra búsqueda de cuestiones especulativas filosóficas, las cuales atienden visiones que no se ajustan

2. Bunge, Mario, *La Ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995.

a la ley de verificabilidad que debe tener este tipo de ciencias y de donde provienen las especulaciones filosóficas que hacen a la literatura jurídica, la cual usa argumentos para justificar sus reclamos sin base cierta que la sustente científicamente.

Es así como pongo en cuestionamiento “la teoría de la verdad” y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad que involucra el diagnóstico médico. Por consecuencia de ello, se pretende construir falazmente un ingenuo reduccionismo del quehacer médico, que no permite apreciar correctamente las operaciones técnicas que este complejo proceso entraña. Ni siquiera tiene la posibilidad (en nuestro medio) de contar con procesos estandarizados y debidamente controlados y actualizados, salvo excepciones. Esto suele ser debido a la falta de un ordenamiento maestro, normalización basada en estándares que supervisen la debida calidad de atención y las debilidades de un sistema que puede incurrir en fallas de un proceso (en este caso, el médico). Por ello, las bases del modelo conceptual desde el cual ha de meritarse la actuación profesional médica y su eventual responsabilidad, en forma absolutamente imparcial será basada estrictamente en el método científico de modo tal que será marco referencial de las conclusiones a las cuales deben arribarse en el veredicto de un juicio justo, debiendo considerarse como paradigma actual para el tratamiento de las controversias médicas.

Para más abundar es posible citar a Miguel Ángel Sánchez González, prestigioso médico clínico y catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, que explica que los avances científicos y tecnológicos del siglo XIX, contribuyeron a implantar en el pensamiento médico “un modelo causal que establecía relaciones biunívocas del tipo: “una causa-un efecto”. E inducía a buscar “la causa” de cada enfermedad específica, por extensión para cualquier tratamiento, y tendiéndola como condición necesaria y suficiente de la enfermedad o lo que es lo mismo, como causa certera al 100% en unas condiciones definidas. No obstante, lo cierto es que no es posible asignar a todas las enfermedades una y sólo una causa. Los estados de salud o enfermedad están determinados por una multitud de factores.

Entre todos esos factores siempre resulta arbitrario seleccionar a uno solo de ellos como “la causa”. De lo descripto puede decirse que prácticamente ninguna causa que se seleccione produce efectos en la

totalidad de los casos, por lo que no sería válido usar metodológicamente una interpretación de los hechos que solo atendiera al principio de causa efecto. Máxime teniendo en cuenta el axioma que reza: “No siempre obrar bien hace bien ni el obrar mal hace mal”. En forma histórica y durante un período del pensamiento médico el modelo monocausal reforzaba un tipo de razonamiento guiado por una lógica determinista de certeza. Este razonamiento suponía la existencia de una rígida relación lineal entre una causa específica, una especie morbosa y un tratamiento específico.³

Así es como el maestro español continúa explicando que: Este sencillo esquema no podía incorporar bien el concepto de probabilidad intrínseca en la producción del efecto. Y el hecho de que un efecto dejara de producirse se explicaba suponiendo alguna desviación de las condiciones ideales con las que se había definido el fenómeno. El modelo determinista monocausal se ajusta bastante bien a las enfermedades infecciosas. Pero aun así la medicina sigue manteniendo enigma, al punto que también es sostenible que la enfermedad implica la existencia de un desequilibrio del sistema orgánico. La enfermedad es siempre una manifestación de la pérdida del “estado natural”. Muchos de los síntomas que observamos en el transcurso de una enfermedad no son otra cosa sino la evidencia de que están actuando los sistemas de defensas del mismo organismo, que una vez puestos en acción demuestran un intento de restablecer el estado de salud perdido y de hecho, los éxitos diagnósticos, terapéuticos y preventivos de la medicina sobre este tipo de enfermedades contribuyeron a extender el mismo modelo lineal monocausal a otros problemas médicos. Sin embargo, a veces puede decirse que “no se enferma el que quiere sino el que puede” ya que muchos padecimientos humanos no encajan bien en este esquema. Recordemos, por ejemplo, la hipertensión arterial, los reumatismos crónicos o la esquizofrenia, entre algunos ejemplos. Además, la lógica determinista suscita graves problemas prácticos. Tiende a multiplicar los test diagnósticos por su aspiración a la certeza. Y presta atención exclusiva a ciertas causas, olvidando otros factores causales cuyo control podría resultar a veces más eficiente. Es

3. Sánchez González, Miguel Ángel, *Historia de la medicina y humanidades médicas*, Madrid, Elsevier-Masson, 2da ed., 2012, p. 234.

decir, una metodología que demostró una alta efectividad (aunque no absoluta) en una rama específica de la medicina –la infectología– fue extrapolada acríticamente a otras especialidades médicas (medicina laboral en este caso) donde la naturaleza de las enfermedades y los modelos causales son por completo diferentes.

El cambio de paradigma de la medicina propone, desde lo científico, mejores conocimientos biológicos, más recursos técnicos disponibles para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, y la acción de los operadores del ámbito sanitario –médicos, pacientes, profesiones sanitarias, sistema de salud, las compañías aseguradoras, etc.–, esto condicionaría la generación de un *brainstorming* para conseguir un sistema sanitario más sostenible, unos pacientes más formados e informados, mejores avances en la investigación biomédica y un mayor grado de satisfacción de las profesiones sanitarias.

Los médicos somos copartícipes de la gran expectación pública que han creado los maravillosos avances en los conocimientos biológicos y médicos de los últimos decenios. Sus logros les han dado a las Ciencias Biológicas y a la Medicina un gran prestigio social y han creado en las personas la esperanza casi ilimitada en que, con el transcurso del tiempo, lograrán dominar todas las enfermedades, mejorar la calidad de vida y prolongar su duración.

En la experiencia de nuestra propia actividad profesional de los últimos 40 años, hemos sido testigos de la incorporación al quehacer clínico de impresionantes procedimientos diagnósticos, del advenimiento de docenas de nuevos medicamentos específicos de gran eficacia y efectos indeseables menores, así como de inimaginables procedimientos quirúrgicos. Estos adelantos han modificado sustancialmente el modo como practicamos hoy la medicina clínica, comparativamente con el pasado reciente.

En las últimas décadas, la revolución en la biología que significó el descubrimiento de la estructura en doble hélice del ADN por Watson y Crick en 1953, y los posteriores avances en genética molecular e ingeniería genética, ha sido de tal magnitud que los médicos hemos tenido que aprender nuevos conceptos y adaptarnos a un nuevo lenguaje biológico, para entender los mecanismos de algunas enfermedades. Debemos reconocer que la mayor parte de los progresos en Medicina

se han debido, más que a los médicos, a la creatividad y dedicación de los científicos involucrados en la investigación biológica.

Con todo, los médicos sabemos que, pese a este notable progreso de la Medicina, esta adolece de importantes limitaciones en el conocimiento etiológico, fisiopatológico y terapéutico, a tal punto que, en último término, muchas de nuestras acciones médicas se desenvuelven en el campo del tratamiento meramente sintomático.

La llegada de la tecnología de la información y comunicación (TIC) ha supuesto que el paciente, gracias a ella, ya no ejerza una situación pasiva ante el cuidado de su salud, sino que haya pasado a ser proactivo, autónomo, deseoso de registrar y consultar datos de su propia historia clínica.

La aplicación de todos los conocimientos médicos relevantes, sumados a la investigación básica y aplicada para aumentar estos conocimientos y hacerlos más precisos, más los servicios de todo el personal médico y conexo, ya sean: instituciones y laboratorios, con los recursos del gobierno, agencias voluntarias, sociales y la responsabilidad de cada individuo en la cooperación darían las fortalezas para facilitar la eficiencia del actual modelo médico.⁴

Es así como las nuevas tendencias en la actualidad tratan de asegurar que cada paciente reciba el conjunto de servicios diagnósticos y terapéuticos más adecuado para optimizar la atención sanitaria, teniendo en cuenta todos los factores y los conocimientos del paciente y del servicio médico, y lograr el mejor resultado con el mínimo de riesgo de efectos iatrogénicos y la máxima satisfacción del paciente con el proceso.

Siendo este proceso constituyente, en alguna medida, el nexa, que es la atención impartida propiamente como tal. Y lo que establece en forma correlativa una iniciación, una secuencia y una terminación.

Por todo lo expresado se debería establecer como acción dinámica la comprobación continua de estándares preestablecidos, cuyos cumplimiento se deben actualizar y supervisar en forma continua. Como así también la evaluación de la calidad con la cual se realiza el proceso y la determinación del nivel de calidad. Todo consiste en identificar los problemas, valorar su importancia y proponer acciones para su corrección.

4. Frase del autor de este trabajo.

Orlandella y Reason plantearon la hipótesis de que la mayoría de los accidentes se pueden remontar a uno o más de los cuatro dominios de fallo:

- 1 Influencias de organización. Tales como la reducción de los gastos en formación.
- 2 Supervisión. El vínculo de los pilotos sin experiencia en un vuelo nocturno en tiempo adverso conocido.
- 3 Condiciones previas. Personal fatigado o prácticas de comunicación inadecuados.
- 4 Actos específicos.⁵

En el modelo de queso suizo, las defensas de una organización contra el fracaso se modelan como una serie de barreras, representadas como rebanadas de queso. Los agujeros en las rebanadas representan debilidades en partes individuales del sistema y están variando continuamente en tamaño y posición a través de los cortes. El sistema produce fallos cuando un agujero en cada rebanada se alinea momentáneamente, lo que permite, en las palabras de Dante Orlandella y James Reason, de la Universidad de Mánchester, “una trayectoria de oportunidad de accidente”, de manera que un peligro pasa a través de los agujeros en todas las rebanadas, lo que conduce a un fallo.

Las fallas activas abarcan los actos inseguros que pueden estar directamente vinculados a un accidente, como, por ejemplo, en el caso de los accidentes de aviación, errores del piloto. Las fallas latentes incluyen factores contributivos que pueden permanecer en estado latente durante días, semanas o meses hasta que contribuyen al accidente. Las fallas latentes abarcan los tres primeros dominios del fracaso en el modelo de Reason. Y la falla activa es producto del factor humano.

Es este mismo marco el que se aplica en modelos de asistencia sanitaria de países altamente desarrollados. Múltiples ejemplos señalan lo que se puede considerar una falla latente, como pudiera ser el embalaje similar de dos medicamentos que a continuación se almacenan cerca uno del otro en una farmacia. Tal fracaso podría ser un factor contribuyente en la administración de la droga equivocada a un paciente. Esta investigación llevó a la conclusión de que los errores

5. Orlandella, Dante y Reason, James, “El Modelo del Queso Suizo”, en Reason, James, “The Contribution of Latent Human Failures to the Breakdown of Complex Systems”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological Sciences*, vol. 327, N° 1241, 1990, pp. 475-484.

médicos puede ser el resultado de “fallas del sistema, no defectos de carácter”, y que la codicia, la ignorancia, la malicia o la pereza no son las únicas causas de error. Para aplicar estos conceptos en las organizaciones resulta conveniente visualizar el siguiente modelo de actividades empresariales, entre otras:

1. Definición de políticas.
2. Planificación de actividades y procesos.
3. Comunicaciones internas y externas.
4. Asignación de recursos Realización de los procesos y la supervisión de dichas actividades.

Desde lo estrictamente jurídico, es superlativo que las autoridades judiciales mantengan una especial atención a la dinámica de cambios que realiza el progreso de la ciencia y en especial su aplicación a la medicina, encuadrando todo el hecho en las consideraciones realizadas en este ensayo.

En concordancia a las causas por responsabilidad médica recibidas en esta Dirección, se desarrollará el concepto que relaciona el proceso médico y la personalización del acto médico. Lo resaltado anuncia con carácter dramático dos cuestiones de vital relevancia a la hora de realizar una pericia, debido al requerimiento de un juez por un supuesto hecho de responsabilidad médica, donde siempre se relaciona una demanda que proclama un resultado no deseado o disvalioso (término de uso jurídico) como resultado de un hecho presunto de *mala praxis*, definición de una actuación médica por fuera de la *lex artis ad hoc*; frase que trata de “la valoración de la corrección o no, del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida”. O sea que esa actuación médica sujeta a reproche deberá probar si se adecuó o se correspondió con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos. Para la resolución del caso de litis el sistema judicial puede y debe disponer de una pericia (para este ámbito no vinculante) con la experticia de los peritos médicos dependientes de la Dirección de Medicina Forense.

Bioética y Derecho en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Pablo A. Burgueño*

El fin del Estado no es convertir a los hombres de seres racionales en bestias o autómatas sino lograr más bien que su alma y su cuerpo desempeñen sus funciones con seguridad y que con ellos se sirvan de su razón libre y que no se combatan con odios, iras o engaños, ni se ataquen con perversas intenciones. El verdadero fin del Estado es, pues, la libertad.
Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político* (1670)

Introducción

En el presente planteo, se intentará la aplicación de un método de la bioética personalista a un problema ético que se planteó en el ámbito hospitalario estatal, en el cual se solicitó la intervención judicial.

En un primer momento, se tratará de enfocar el marco contextual del modelo bioético personalista y los principios en los que se sustenta.

Distintas disciplinas abordaron esta temática desde sus lugares del saber; ya en nuestros días, la propuesta superadora es la de una intervención multidisciplinar, que es indiscutible y se impone en todos los ámbitos, tanto políticos, jurídicos y económicos como, en este caso, en la salud.

A continuación se planteará un caso real sucedido en un hospital público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que presentó un cuestionamiento del tipo ético; luego se intentará la aplicación del modelo de bioética personalista, para definir su resolución, donde la justicia ha tenido una relevancia definitoria.

*Médico forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA. Médico especialista en Psiquiatría, Medicina Legal y Deontología Médica y profesor en Medicina. Docente en las Universidades de Buenos Aires (UBA), Del Salvador (USAL) y de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Doctorando en Medicina de la UCA.

El modelo de la bioética personalista

Monseñor Elio Sgreccia define el modelo de bioética personalista como

El Área de investigación que, valiéndose de una metodología interdisciplinaria, tiene por objeto el examen sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la salud, en cuanto esta conducta examinada a la luz de valores y principios morales.

Propone una mirada interdisciplinaria, donde cada ciencia aporte sus conocimientos. El objetivo es que se llegue a la verdad y se obtenga un juicio verdadero y valedero, que involucre la mejor solución al conflicto ético planteado.

El mismo Sgreccia, desde un inicio, pone de manifiesto la tendencia al reduccionismo en las ciencias, dentro del proceso de la comprensión global de persona como tal. Las ciencias en su avance en la investigación, al superespecializarse, logran una múltiple división, perdiendo la visión global y totalizadora de la persona.

Ya Benedicto XVI en su “Discurso de Ratisbona”, advirtió: “... Lo que queda de esos intentos de construir una ética partiendo de las reglas de la evolución, de la psicología o de la sociología, es simplemente insuficiente”.¹

En filosofía, este reduccionismo se remonta al momento en el que surge la *res cogitans* y la *res extensa* de Descartes, siguiendo después por distintas corrientes filosóficas.

Sgreccia advierte dos tendencias. Por un lado, disciplinas como las neurociencias, la genética y la psicología (máxime en su vertiente experimental). Y por otro lado, la filosofía que señala la complejidad del concepto de persona, por no poder determinar, según dicho autor, el verdadero “... núcleo ontológico-metafísico que constituye la clave última, que fundamenta y unifica al ser humano en cuanto tal...”.²

1. Benedicto XVI, “Discurso del Santo Padre en la Universidad de Ratisbona”, 12/09/2006. Disponible en: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg.html

2. Sgreccia, Elio, “Persona humana y personalismo”, en *Cuadernos de Bioética*, 2013, vol. XXIV, N° 1, pp. 115-123, en especial p. 115. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=875/87527461012> [fecha de consulta: 16/04/2020].

Propone una investigación sistemática de la antropología filosófica sobre la naturaleza y la esencia de la persona humana.

El significado de “persona humana” puede investigarse desde distintos puntos de vista, por ejemplo desde lo filosófico, lo psicológico (personalidad) y lo jurídico (sujeto de derecho).

El término “persona” proviene etimológicamente de los estoicos. Apareció en el lenguaje filosófico por el estoicismo popular con el significado de máscara (*per sonare*, “resonar de la voz”), en el sentido de rol del actor en un contexto dramático que indicaba metafóricamente la tarea y la parte que el hombre “representaba” en su vida.

En este sentido, no señala los rasgos esenciales del rostro del sujeto actor, es decir su “persona”, sino solamente el de su personaje. Este concepto de persona avanza en la patrística con las disputas trinitarias, con Santo Tomás de Aquino, con respecto a la sustancialidad. La influencia teológica fue primordial en la ontogenia del término.

Mientras que en el ámbito de la filosofía, con Severino Boecio, la persona es una sustancia individual de naturaleza racional, es decir una esencia individual de naturaleza racional. No se habla de la persona del hombre en su forma genérica, sino de “ese” hombre, esa singularidad que tiene con el dominio de sus propios actos y la potestad de su propia actividad.

Una persona tiene la capacidad de reflexionar, tiene poder de autodeterminación, de aprehender el sentido de las cosas, de dar sentido a sus expresiones y a su lenguaje consciente.

La filosofía escolástica aporta una definición secularizada del concepto de persona por primera vez.

Como se señaló, Tomás de Aquino retoma este pensamiento con *persona est rationalis naturae individua substantia*. Esta definición pone en evidencia tres categorías filosóficas esenciales en el concepto de persona humana: la sustancialidad, la individuación y la naturaleza racional.

La sustancia o sustancialidad representa el ente real que es la persona.

La individuación, es lo particular de lo universal, lo abstracto de esa esencia que se manifiesta en el individuo concreto. Esta individuación es el existir en sí y para sí, por el mismo acto de ser; se es independientemente de la existencia de otra sustancia o de sus cualidades.

Todas las funciones y los actos que cumple el hombre son funciones y actos de una sustancia, de un individuo humano que es sustancia. Las funciones son “de” la persona y no son “la” persona misma.

Llegado a este punto, se puede decir que esta persona “sustancia” posee una inmutabilidad y una permanencia (temporoespacial) que le dan su propia identidad.

Agrega Sgreccia que “La individuación se refiere a la unicidad y al carácter irrepetible de la persona humana”.

Con la corporeidad se comienza la individuación y diferenciación de la sustancia que se manifiesta en un tiempo y espacio determinados. Por el solo existir como cuerpo se determina el significado del ser humano.

Y la naturaleza racional de la persona, como tercera categoría, es que al ser dotada de razón, posee la facultad intelectual por la que logra abstraer, universalizar, colegir y dar significado a las cosas. Pero esta última categoría ha suscitado debates, por ejemplo, cuando no se ejerce dicha facultad y se abre el interrogante acerca de si se deja de ser persona, como en el caso de los comatosos, los ebrios, los embriones, los discapacitados mentales, los ancianos, etcétera. En este caso, estaríamos frente a un reduccionismo del completo término de persona. Es decir que al tener una determinada función pero que por determinada circunstancia no se la utiliza, se dejaría de ser persona.

En este punto dicho monseñor dice: “... la razón indica el atributo que pertenece a la naturaleza humana, todo sujeto que tenga esta naturaleza, aunque no ejercite actualmente la funcionalidad cerebral neurológico-sináptica, es persona en cuanto sustancia individual dotada por naturaleza de racionalidad”.³ Esta fundamentación ontológica del concepto de persona implica el reconocimiento de una trascendencia que garantiza el respeto del ser humano en todas las manifestaciones de la vida física contra toda tentativa filosófico-antropológica reduccionista que intente discriminar al hombre.

Los principios de la bioética personalista

Los principios que sostienen este modelo son los de respeto y defensa de la vida física, de totalidad o terapéutico, el de la libertad responsable y por último, el principio de sociabilidad-subsidiariedad, principalmente.

3. Ibídem, en especial p. 116.

De manera sucinta, se puede decir de cada uno lo siguiente:

- Principio de respeto y defensa de la vida física: con este se respeta y defiende la vida física, tomándola desde el instante de su concepción hasta la muerte. La vida física es un valor fundamental de la persona, que no termina con el deceso. Se encuentra implícita la defensa y dignidad de la persona humana. El derecho a la vida es el primero de los derechos, y no puede jamás ser subordinado a la libertad, a la salud o a cualquier otro derecho humano.
- Principio de totalidad o terapéutico: en esto se rige el hacer el bien del paciente, se permiten las intervenciones médicas y quirúrgicas, con el fin de la curación, de salvar la vida de un paciente o mejorar su calidad de vida, siempre. También se puede modificar o quitar una parte del todo para salvar ese todo. La justa proporcionalidad y el objetivo de arribar al éxito terapéutico son esenciales, como así también la obtención del consentimiento informado del paciente o de su representante legal.
- Principio de libertad responsable: esta libertad está subordinada al valor de la vida y no contra ella, siempre. En este sentido son permisibles todas aquellas acciones, en tanto obren con libertad y responsabilidad, que respeten la vida humana y su único fin es lograr el bien integral de la persona. En este punto cabe aclarar que, tanto al profesional médico como al paciente, le cabe la obligación moral de hacerse cargo de la decisión tomada en conjunto y de las consecuencias de dicho acto. El personal de salud debe ser responsable con los pacientes, al actuar con ciencia y conciencia, con ellos. A su vez, el paciente tiene la obligación de colaborar con los tratamientos ordinarios y necesarios para salvar su vida y su salud.
- Principio de sociabilidad – subsidiariedad: el principio de sociabilidad debe entenderse como que cada integrante de la sociedad debe ser responsable, por un lado de gestionar la propia salud y por otro lado, de colaborar para que el resto de los integrantes de la sociedad logren el acceso a la salud. La promoción de la salud implicaría acciones de toda la sociedad, como por ejemplo, el descacharrado para evitar la propagación del dengue, como una de las tantas acciones sanitarias

dentro de la comunidad. La otra parte, la subsidiariedad, son las acciones de la sociedad en pos de ayudar a los miembros que están imposibilitados de hacerlo solos, dando su apoyo por los medios correspondientes.

La Doctrina Social de la Iglesia ha tomado este principio desde las bases originarias de Santo Tomás de Aquino. Si bien su aplicación se relacionó con la política, la justicia y la economía, la encontramos en conceptos del Papa Juan Pablo II donde refiere un orden de las distintas instancias que regirían este *subsidium* o auxilio de las diferentes demandas en una sociedad organizada. La encíclica *Centessimus Anno* de 1991, decía:

... una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que, más bien, debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales.

Los distintos niveles de atención en salud teniendo en cuenta estos conceptos, son:

- Nivel I: prevención y asistencia en la baja complejidad
- Nivel II: asistencia en la alta complejidad
- Nivel III: rehabilitación.

Los que sostienen este principio, afirman que un nivel superior puede asistir a un nivel inferior solamente cuando este no pueda cumplir con la demanda de salud, y asistirlo únicamente hasta que este pueda retomar la tarea de cumplir la demanda sanitaria.

Se ha reconocido una subsidiariedad vertical y horizontal.

En la vertical, es decir los niveles más altos, no se debe reemplazar a los más bajos sino ayudarlos, comenzando desde las autoridades locales hacia las superiores en jerarquía. Asimismo se brinda asistencia para la adecuada continuidad de su propuesta social, y también sirve de garantía de autonomía de la institución menor.

En la subsidiariedad horizontal se destaca la función de colaborar con desempeños y servicios entre las personas y las entidades sociales, como por ejemplo las organizaciones no gubernamentales.

Asimismo se habla de un empoderamiento en el cuidado de la salud, mediante la subsidiariedad. Este empoderamiento puede ser individual, en cuyo caso la persona debe adquirir la capacidad de tomar

decisiones y ejercer control sobre el cuidado de su salud, pudiendo así acceder a los beneficios generados por dichas decisiones propias. Esto también terminaría redundando en un empoderamiento para la salud en la comunidad, donde los integrantes mancomunadamente logran conseguir una mayor influencia y control sobre los determinantes de salud y calidad de vida de la comunidad.

El método bioético personalista de Sgreccia

En el campo de las ciencias de la vida y la salud Sgreccia propone un examen sistemático de la conducta humana.

Señala un método, que fue denominado como un triángulo.

A continuación se comenta el procedimiento de análisis de casos que recomendó:

1. Momento epistemológico: conocer en su totalidad el hecho médico, esto es fundamental, no se puede obviar ni conocer a medias. Para ello es importante la recolección de antecedentes de la historia clínica, su diagnóstico fundamentado, sus antecedentes sociales, familiares y circunstanciales del caso. Y se debe destacar si existen alternativas médico-asistenciales en el caso, identificando las responsabilidades de los actores en el mismo.
2. Momento filosófico: evaluación de los valores éticos que están involucrados en este proceso y la jerarquía entre ellos, considerar las opiniones de los involucrados, las dudas que genera el caso y las alternativas terapéuticas o aquellas acciones posibles, debidamente fundamentadas siempre.
Este análisis de los hechos se hace a la luz de los principios morales de la Bioética personalista, que son el respeto a la persona humana, con libertad y responsabilidad.
Este examen debe ser objetivo, no recurrir a sentimentalismos ni prejuicios a la hora de tomar decisiones. Buscando siempre la verdad.
3. Momento antropológico: aquí es la toma de decisiones, el hecho concreto y los valores éticos en juego que influyen en las personas involucradas.

Para evaluar si un hecho es lícito o ilícito deberemos tener en cuenta los tres aspectos antes mencionados.

Seguir un método proporciona una respuesta útil, para solucionar problemas concretos y generar un espacio de reflexión para el tratamiento de estas temáticas de profunda significación humana.

El caso que se plantea

Se trata de un paciente de 28 años de edad, que ingresa por guardia, el 29 de septiembre de 2017 con antecedentes de consumo de tóxicos, presenta fractura de maxilar inferior. Se presenta sin familiares o allegados, *ergo* sin contención social.

Se interna en clínica médica y se evalúa posibilidad quirúrgica por el servicio de traumatología.

El servicio de toxicología lo evalúa habida cuenta de sus antecedentes toxicofílicos, resultando el *screening* toxicológico de ingreso negativo; el mismo determina su alta.

Aproximadamente a 45 días de su internación, se realiza la intervención quirúrgica traumatológica, con colocación de material protésico. A las dos semanas, se le da el alta, con indicación de dieta semisólida y control por consultorios externos.

El 26 de diciembre de 2017, a casi 3 meses de su ingreso, padece de un cuadro de agitación psicomotriz, con conductas heteroagresivas hacia el personal que lo asiste.

Se solicitó evaluación por el servicio de psiquiatría, el cual determinó que el paciente se encontraba en situación de peligrosidad cierta e inminente para sí y para terceros, e indicó plan de neuroleptización (sedación psicofarmacológica) y sujeción mecánica, con controles diarios que indicaban el mantenimiento de dicha situación.

Habida cuenta de que se encontraba en un posoperatorio mediato de maxilar inferior y en estado de sedación, se indicó nutrición enteral por sonda nasogástrica con bomba de infusión, un acceso venoso central y contención física.

Se da intervención judicial, debido a que en el estado de excitación amenazó al jefe de residentes de clínica médica con un objeto punzante, según consta en la historia clínica y en el expediente judicial.

Las primeras medidas judiciales fueron determinar la peligrosidad del paciente: se ordenó un examen a practicar por el médico forense de turno, y habían transcurrido 96 días desde su ingreso hospitalario (segundo nivel de atención médica del sector público), el paciente se encontraba totalmente sedado, contenido físicamente, con sonda nasogástrica, vía central y sonda vesical.

El facultativo recomendó derivar al paciente a una institución de rehabilitación debido a que al momento de la evaluación, este último no se encontraba en estado de peligrosidad, siempre y cuando su estado clínico se lo permita desde el punto de vista kinesiológico - fonaudiológico (por su secuela del traumatismo en rostro y dificultades en la masticación - alimentación - habla), psiquiátrico (por sus antecedentes de presunta toxicofilia) y por último el Servicio social (para una reinserción familiar y social), es decir un tercer nivel de asistencia.

Como no se determinó la existencia de una situación de riesgo cierto e inminente para sí, ni para terceros (por el estado de sedación que se encontraba), no fue posible evaluar sus capacidades psíquicas, por ejemplo poder manifestar su voluntad libremente y poder otorgar un consentimiento válido.

En síntesis, tenemos un paciente sedado, contenido físicamente, judicializado, en un ámbito sanitario no adecuado, sin red sociofamiliar que lo contenga y en máxima situación de vulnerabilidad.

Desde el punto de vista médico, se encontraba de alta, otorgada por los servicios de traumatología y de toxicología. Sin un diagnóstico claro por parte del servicio de salud mental, pese a su evolución diaria, la indicación de tratamiento de neuroleptización y la continuidad del mismo. Permanecía internado en el servicio de clínica médica, con la utilización de una cama en dicho servicio (con la carencia de camas en que se encuentra el actual sistema sanitario).

Desde el punto de vista jurídico, el paciente se encontraba imputado en una causa por amenazas, con consigna policial permanente para su custodia, a los fines de evitar su fuga del hospital y para salvaguardar al personal sanitario.

El problema bioético que se plantea es qué conducta se debe tomar ante un paciente en las condiciones arriba descritas.

Una propuesta según el método triangular de Sgreccia

Por un lado, se considera al paciente como a una persona que requiere de atención médica y social. Por otro lado nos encontramos frente a un sistema de salud inserto en una sociedad que tiene que velar por los derechos de aquellos miembros que lo requieran.

En un análisis somero, los primeros interrogantes que se plantean son:

¿Se ha respetado a la persona y su calidad de dignidad de la misma?

¿Se han tomado los recaudos de asistencia a dicha persona, en su estado de vulnerabilidad, para ayudar a su bienestar y cultivar así el estado del bien común?

¿Han actuado todos los actores del sistema en su correspondiente rol?

Se intentará desarrollar una mirada desde la bioética, ante estos cuestionamientos, con los enfoques de este método.

Análisis del momento epistemológico

En este caso, se trató del ingreso de un paciente politraumatizado en condiciones de brindar un consentimiento válido, para determinar la conducta terapéutica propuesta y la consecución de la misma.

Siguiendo esta lógica de razonamiento, se puede entrever que al paciente se lo consideró como persona con respecto a su dignidad y libertad de elección. Esto se plasmó con la firma del nombrado consentimiento.

La cuestión sobre si se ha asistido a la persona en su estado de desvalimiento y vulnerabilidad, se puede decir que, en un principio, el paciente recibió los cuidados necesarios, el nivel de atención de salud correspondiente, en un centro de complejidad adecuado para el cuadro que presentaba en ese momento.

Una intervención quirúrgica del tipo traumatológica con indicación de insumo protésico se podía llevar a cabo en dicho hospital.

El período requerido para llevar a cabo dicha intervención, teniendo en cuenta los tiempos hospitalarios y administrativos, debería haber sido breve.

En este caso, se llevó a cabo un diagnóstico certero, con un adecuado plan quirúrgico y con interconsultas especializadas.

Al comando de su atención, si puede homologarse a una orquesta, resultó el médico clínico como el director de la misma. Lo cual, en un marco de razonabilidad terapéutica, ha sido acertado en un inicio.

Análisis del momento filosófico

Surge como primera observación, por lo menos desde lo teórico, la demora en la realización de la intervención quirúrgica, es decir dos meses de internación en el servicio de clínica médica previos para la intervención quirúrgica, es un despropósito desde todo punto de vista.

Teniendo en cuenta las características personales del paciente, una persona en situación de calle en extrema vulnerabilidad, con aparentes desórdenes psíquicos, producto de su adicción a tóxicos, sin una red de contención familiar o de allegados, fue primordial su asistencia social.

Recordando la definición de salud, no modificada desde 1948, por la OMS: “La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad”, pareciera ser que sólo se veló por el bienestar físico, sin tener una idea global a la que se refiere dicha definición de salud.

No se ha observado una directa intervención del área social del hospital, pese a haberlo considerado como “un caso social”, como se dice en la jerga hospitalaria.

Asimismo se advirtió una tardía intervención del equipo de salud mental, en la cual habría yugulado un episodio de agitación psicomotriz, en el supuesto de la amenaza hacia el equipo profesional por parte del paciente al que asistían.

Las circunstancias se habrían conjugado para tomar una dirección totalmente contraria al principio de subsidiaridad. Es decir, el segundo nivel de asistencia habría absorbido la prevención (prevención de drogadicción, situación de marginalidad) y asistencia sanitaria mínima correspondiente del primer nivel, con el intento de rehabilitación del tercer nivel.

Para todo esto se demandó la utilización de recursos extraordinarios que siempre faltan en salud y la intervención de la justicia como otro actor más en la conflictiva.

Análisis del momento antropológico

A estas alturas se deben tomar en cuenta las acciones a seguir y los valores éticos que influyen en los involucrados.

Siguiendo el principio de subsidiaridad, el paciente debería ser derivado a un centro de rehabilitación, es decir un tercer nivel de atención en donde se lleve a cabo un tratamiento kinesioterápico y/o fonoaudiológico, para una rehabilitación de la masticación y deglución. También una eficaz intervención de salud mental en donde se le brinde la asistencia necesaria desde el punto de vista psicoterapéutico y psicofarmacológicos, con control regular y periódico. Y concomitantemente un abordaje de índole social, para la revinculación familiar y social del paciente, para por lo menos encaminarse hacia el mentado estado de bienestar, preconizado por la OMS.

El por qué no de un tratamiento en forma ambulatoria se explica por las características del paciente, sin red social de contención y perteneciente a un grupo vulnerable de la sociedad, etcétera.

En este caso juega un papel importante el principio de la sociabilidad; es la sociedad en un todo la que debe velar por el bienestar de cada integrante. Asimismo, cada uno debe comprometerse a aportar algo de sí a la vida en comunidad.

En este orden de ideas, en el principio de totalidad o terapéutico de la bioética personalista de Sgreccia, uno de sus enunciados sostiene que si bien el paciente tiene la responsabilidad de cuidar su salud, también tiene el derecho a elegir los medios para alcanzarla. A su vez, el médico tiene sobre el paciente sólo los derechos que él mismo le concede.

Aquí hubo una ruptura de la denominada alianza terapéutica. Por un lado, el equipo médico adoptó una actitud paternalista. Se llegó a neuroleptizar durante casi una semana al paciente, solicitando una derivación a un centro psiquiátrico de seguridad, por una supuesta peligrosidad del mismo, con respectiva intervención judicial. Se intentó así, en una forma alejada “de la luz de los valores y principios morales”, al decir de Sgreccia, deshacerse del paciente de ese hospital, que quizás hubiera sido (o es en la actualidad) el famoso dicho de “la puerta giratoria”, es decir el boyar de institución en institución, no logrando mínimamente una colaboración al bien social.

Por otro lado, es el propio paciente quien rompe dicha alianza terapéutica al amenazar a un integrante del equipo médico blandiendo

la punta de un tenedor de plástico. En este supuesto, podría pensarse que el paciente habría manifestado, con una particular forma, una negativa a las medidas terapéuticas propuestas.

En este contexto, no podemos dejar de lado la intervención del Estado.

Se trató de la internación en segundo nivel clínico de una persona, por un traumatismo en rostro que requirió un abordaje quirúrgico, el cual se logró recién pasados los tres meses.

Se utilizaron recursos sanitarios indispensables, en la postergación de una intervención quirúrgica, por falta del elemento de osteosíntesis, ya sea por burocracia, dilaciones administrativas, negligencias u otro motivo. Esos recursos sanitarios (cama de un hospital de agudos, insumos, asistencia de personal, etc.) pudieron haber sido administrados en una forma más eficiente.

Siguiendo el método bioético personalista, el momento epistemológico de evaluar la “cosa” médica se llevó a cabo en forma acertada.

A posteriori, en el momento filosófico, cosa que se profundizó en el momento antropológico, se tergiversaron los valores y los roles de los integrantes, y sobrevino la ruptura de la alianza terapéutica y de los derechos de ambas partes.

El contexto institucional se vio desbordado y se recurrió a otra instancia como la judicial para intentar encausar las acciones de salud.

Pero esto empantanó aún más el camino hacia la verdad y el bien común. Un nuevo análisis y reforzamiento de la fusión entre estos tres aspectos del triángulo de Sgreccia, parecerían ser ajustados para el bien del paciente. El cumplimiento del principio de subsidiariedad, conjuntamente con el empoderamiento del paciente en la toma y cumplimiento de sus decisiones es el camino, al parecer, más acertado para la solución al conflicto ético planteado.

Conclusiones

La aplicación del método de Sgreccia en su bioética personalista parece encontrar una herramienta más para la aproximación a la verdad en la resolución del conflicto ético planteado. Despejadas las dudas epistemológicas, con el estudio del caso, la “persona” del paciente, con sus características y contextualización.

Se evaluaron los valores éticos de las personas involucradas, siempre enfocados en el tiempo, el lugar y las circunstancias dadas.

Se determinaron las acciones de salud más útiles para la persona del paciente, para propender a su rehabilitación, en el ámbito adecuado, siempre velando por sus derechos, con la mirada atenta de la justicia, redundando todo en un aporte al bien común.

Bibliografía

BENEDICTO XVI, “Una nueva relación entre fe y razón para permitir el diálogo entre culturas y religiones”, discurso pronunciado en la Universidad de Ratisbona, 2006. Disponible en: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg.html

MIRANDA, Gonzalo, “Colaboraciones. ¿Qué bioética queremos?”, en *Fundamentos Éticos de la Bioética*, Cuadernos de Bioética 1994/1-2.

MOYA, Graciela, “La aplicación del principio de subsidiariedad en el empoderamiento de los pacientes para el cuidado de la salud: el caso de las enfermedades raras en Argentina”, en *Acta bioeth*, vol. 18, N° 2, Santiago, 2012, pp. 181-188. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2012000200006>

PESSINA, Adriano, “La cuestión del método en la perspectiva de la bioética de visión personalista”, en *Medicina y ética, Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, vol. 16, N° 3, 2005, pp. 255-266.

SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael, “Bioética personalista y Derecho”, en *Revista de Bioética*, 2010/1, pp. 97-108.

TABOADA, Paulina y LÓPEZ, Rodrigo, “Metodología de análisis ético de casos clínicos”, en GARCÍA, José Juan (dir.), *Enciclopedia de Bioética*. Disponible en: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/153-metodologia-de-analisis-etico-de-casos-clinicos>

Discapacidad intelectual (retraso mental)

Juan Jesús Camona*

Breve reseña histórica

En los últimos años asistimos a un debate aún inconcluso sobre los alcances y composición del constructo de discapacidad en general y sobre discapacidad intelectual en particular. Este último término reemplaza cada vez más al de retraso mental, aunque es importante destacar que, en principio, los dos términos engloban al mismo grupo de personas.

Históricamente se utilizaron distintos términos para referirse a la discapacidad intelectual. El más reciente de retraso mental, que por razones de habitualidad aún se mantiene, fue precedido por otros tales como debilidad mental, imbecilidad, idiocia, frenastenia (Sante de Sanctis), oligofrenia (Kraepelin), y subnormalidad mental.

El reemplazo progresivo de estos términos tuvo que ver, entre otras consideraciones, con el rechazo social generado por esta problemática, adquiriendo así estos términos, con su uso, una connotación peyorativa y discriminatoria.

El concepto de discapacidad en general se entendió como la expresión de las limitaciones del funcionamiento humano generadas por un estado de salud concebido como un problema individual, es decir propio del individuo. Posteriormente, y habida cuenta de las limitaciones que este modelo ofrecía para entender y resolver la problemática de las personas portadoras de discapacidad, distintos investigadores y organismos específicos tanto oficiales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), particulares como la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD, por sus siglas en inglés), entre otras, fueron proponiendo otras formas de conceptualizar el funcionamiento humano. Manteniendo como base el modelo médico, se le agregó una perspectiva multidimensional. Surge así en el

*Médico psiquiatra UBA. Médico legista. Médico forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

año 1980 la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (ICDDM, por sus siglas en inglés) de la OMS, donde el objetivo planteado es ir más allá del proceso mismo de la enfermedad y clasificar las consecuencias que esta deja en el individuo tanto en su propio cuerpo, como en su persona y en su relación con la sociedad.

En definitiva se pasa de un concepto de discapacidad como un rasgo o característica personal (déficit), a un fenómeno originado en la interacción de lo orgánico con lo social.

El cambio progresivo en la concepción de la discapacidad que se refleja en el término actual de discapacidad intelectual, tiene un enorme impacto sobre la forma en que la sociedad reacciona ante las personas con discapacidad intelectual e implica una mejor comprensión de la misma desde la perspectiva ecológica y multidimensional, obligando a los responsables y sociedad en general a responder al desafío de dar una respuesta que favorezca el desarrollo de las fortalezas individuales y en la instrumentación de los apoyos que mejoren el funcionamiento de las personas que padecen de discapacidad. Es el reconocimiento de que la misma se manifiesta en una acción dinámica y recíproca entre las habilidades intelectuales, salud, capacidad de adaptación y participación, el contexto y los apoyos específicos posibles. Es decir que la manifestación de la discapacidad y sus alcances, no se producirá exclusivamente por poseer el individuo un déficit de inteligencia, cualquiera fuera su origen, sino que será también el resultado de la interacción con el medio, los apoyos presentes y las capacidades de adaptación y participación.

La AAIDD, antes denominada Asociación Americana sobre Retraso Mental (AARM), cambio que de por sí refleja las tendencias actuales, define que “La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. La discapacidad se origina antes de los 18 años”.

El *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría*, en su quinta edición (DSM-V), los incluye dentro de los trastornos del neurodesarrollo, y utiliza los siguientes criterios diagnósticos: “La discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual) es un trastorno que comienza durante el periodo de desarrollo y que incluye limitaciones del funcionamiento intelectual

como también del comportamiento adaptativo en el dominio conceptual, social y práctico”. Se deben cumplir los tres criterios siguientes:

- A. Deficiencias de las funciones intelectuales, como el razonamiento, la resolución de problemas, la planificación, el pensamiento abstracto, el juicio, el aprendizaje académico y el aprendizaje a partir de la experiencia, confirmados mediante la evaluación clínica y pruebas de inteligencia estandarizadas individualizadas.
- B. Deficiencias del comportamiento adaptativo que producen fracaso del cumplimiento de los estándares de desarrollo y socioculturales para la autonomía personal y la responsabilidad social. Sin apoyo continuo, las deficiencias adaptativas limitan el funcionamiento en una o más actividades de la vida cotidiana, como la comunicación, la participación social y la vida independiente en múltiples entornos, tales como el hogar, la escuela, el trabajo y la comunidad.
- C. Inicio de las deficiencias intelectuales y adaptativas durante el periodo de desarrollo.
- D. Los diversos niveles de gravedad se definen según el funcionamiento adaptativo, y no según las puntuaciones de Cociente Intelectual (CI), porque es el funcionamiento adaptativo el que determina el nivel de apoyos requerido. Además, las medidas de CI son menos válidas para las puntuaciones más bajas del rango de CI.

Etiología

Dentro de los factores causales conocidos podemos mencionar los trastornos hereditarios cuyo conocimiento se vio beneficiado por los avances de la técnica genética, las alteraciones de origen desconocido del sistema nervioso central, las alteraciones tempranas del desarrollo del embrión por causa tóxica, infecciosa, metabólica y de agentes físicos y mecánicos, las alteraciones perinatales con su riesgo de anoxia cerebral, las enfermedades de la infancia por iguales agentes que los descritos en las alteraciones tempranas del embrión, y las noxas psicosociales. Queda todavía un grupo idiopático donde no se puede detectar una etiología definida o, por el contrario, se encuentran presentes múltiples factores potencialmente causales.

Diagnóstico médico legal

Nuestra tarea pericial nos convoca habitualmente a considerar la discapacidad intelectual como diagnóstico principal, comórbido, o para ser considerado dentro de los diagnósticos diferenciales posibles, en el proceso de dilucidar la capacidad de una persona para “comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones”,¹ o “que excluya su capacidad de entender los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento...”²

En el ámbito del fuero Penal existe consenso en cuanto a considerar que las personas con discapacidades moderadas, graves y profundas no cuentan con la suficiente capacidad de comprensión de la criminalidad de sus actos y, por ende, de dirigir sus acciones, siendo habitualmente declarados inimputables.

En el caso de los discapacitados intelectuales leves, nos encontramos frente al desafío médico clínico y ético de mensurar adecuadamente dicha capacidad, para ofrecer al juez actuante elementos suficientes para resolver. Usualmente conservan capacidad de responsabilidad penal.

En todos los casos debemos insistir en la necesidad de no restringir el diagnóstico de retraso mental y del nivel del mismo exclusivamente por el resultado numérico del CI, dado que si bien es una cuestión conocida, es necesario remarcarlo, pues en la práctica muchas veces constatamos las diferencias evidentes entre los valores numéricos del CI, comparados con los rendimientos reales en el contexto social y práctico.

En el ámbito del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, somos también convocados por los magistrados que intervienen en la tramitación de las causas en las que la Ciudad de Buenos Aires es parte actora o demandada tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado, y en cuestiones tributarias. En estas causas, la tarea pericial para el caso de las personas con discapacidad intelectual es similar a la descripta para el fuero Penal, salvo en cuanto a que las conclusiones periciales estarán orientadas a resolver otras cuestiones relativas a las competencias propias del fuero tales como pedidos de amparo de diversa índole y sobre responsabilidades.

1. Art. 34 CP.

2. Arts. 34 y 35 CPPCABA.

Criterios diagnósticos de la discapacidad intelectual

El diagnóstico se basa habitualmente en tres criterios: el psicométrico, el adaptativo y el biológico.

Criterio psicométrico

El criterio psicométrico nace con los estudios de Binet y Simón alrededor de 1905, cuando presentan su primera escala de medición de la edad mental mediante la ejecución de tareas o test, y con los trabajos de Stern quien propone la obtención del Coeficiente Intelectual o CI a partir de la relación entre la edad mental obtenida con test multiplicada por cien y dividida por la edad cronológica.

En la actualidad se emplean otros test como el de Wechsler, WISC, debiendo tenerse presente que para alcanzar el rigor científico requerido los mismos deben estar normalizados, estandarizados y cumplir con el requerimiento de validez. La normalización implica que su administración y valoración posterior es uniforme, sigue normas de aplicación e instrucciones similares en todos los casos. La estandarización se refiere asimismo a la uniformidad de contenidos, formas de aplicación, manera de corregir e interpretar la prueba. La validez alude a la capacidad del test de medir aquello para lo que fue creado.

Utilizando este criterio se establece que las personas consideradas con retraso mental son aquellas cuyo CI es igual o inferior a 70, lo que representa dos desvíos estándar por debajo de la media poblacional. El DSM-V además toma en cuenta los posibles errores de medición cuantificándolos en 5 puntos adicionales. De esta forma quedan establecidas las siguientes divisiones:

- Retraso mental leve cuando el CI oscila entre 50-55 a 70.
- Retraso mental moderado cuando el CI oscila entre 35-40 a 50-55.
- Retraso mental grave cuando el CI oscila entre 20-25 y 35-40.
- Retraso mental profundo cuando el CI es inferior a 20-25.

Criterio adaptativo

Se refiere a la valoración del déficit de las habilidades necesarias para alcanzar un grado de funcionamiento promedio esperable en su

comunidad en cuanto a la autonomía personal y la responsabilidad social. Estos parámetros pueden evaluarse mediante las entrevistas clínicas y recurriendo también a otras fuentes como familiares y otras personas cercanas. Asimismo pueden utilizarse las evaluaciones realizadas en ámbitos escolares, médicos, laborales, etcétera.

Es recomendable que se exploren los dominios:

1. académico (aspectos cognitivos, resolución de problemas en situaciones tanto conocidas como inesperadas, etc.);
2. social (relación con otros, juicio social, comunicación, empatía);
3. práctico (cuidado personal, administración del ocio, trabajo, etc.).

Criterio biológico

Donde se incluye el diagnóstico de las causas médicas e indicadores biológicos si los hubiera, que dan origen a la discapacidad y suelen estar presentes en muchos casos, (fenilcetonuria, mongolismo, cretinismo, etc.), tal como se describe en el apartado sobre la etiología.

Aspectos clínicos

En este apartado detallaremos brevemente algunos signos y parámetros significativos que pueden ayudar al diagnóstico y delimitación de los niveles de funcionamiento que se establecieron con fines didácticos y de simplificación en la evaluación.

De una manera general podemos considerar que las personas afectadas evidencian una disminución notable de sus capacidades intelectuales, relacionales, de adaptación e integración social. Ya desde los primeros meses de vida, sobre todo en los casos que después desarrollarán cuadros más graves, puede observarse anomalías de la tonicidad muscular, lentitud en la progresión refleja y de adquisición de habilidades y respuesta emocional acordes con la edad, con persistencia de automatismos reflejos primitivos.

Discapacidad intelectual leve

Generalmente no suelen presentar indicadores tempranos de su retraso, siendo aceptable su desempeño hasta los 5 o 6 años, cuando a partir de las exigencias escolares tanto en el plano académico como el

afectivo, que ponen a prueba las capacidades cognitivas y de adaptación, comienzan a evidenciarse las primeras dificultades en el aprendizaje, si bien aprenden a leer y escribir.

Se encuentra afectada la capacidad de abstracción y comprensión, síntesis, relación y comparación. Por ello tienen dificultades en entender los conceptos éticos y todo aquello que requiere abstracción. El hábito predomina sobre el pensamiento. La memoria suele ser deficitaria, salvo casos excepcionales de hipermnésia.

Pueden tener características impulsivas, con bajo nivel de control de los impulsos, labilidad afectiva, credulidad, alta sugestionabilidad, e influenciabilidad.

Pueden desarrollar a veces actividades laborales preferentemente pautadas y vivir solos, aunque es posible que se descompensen ante imprevistos o sobrecargas. Son reeducables. Representan el 80% de los casos.

Discapacidad intelectual moderada

Constituyen alrededor del 12% de los retrasos. Acceden al lenguaje aunque de manera limitada. Podrían acceder a la lectoescritura con grandes limitaciones. La coordinación puede presentar alteraciones, mientras que suelen alcanzar un desarrollo motor aceptable. Edad mental entre 6 y 9 años.

Presentan impulsividad y labilidad afectiva, celos, posesividad. La capacidad de abstracción es mínima. Pueden hacerse cargo de sus necesidades personales (comida, vestimenta, higiene, etc.), pero requieren supervisión, y largos periodos de entrenamiento.

Presentan un retraso notable en el desarrollo de las habilidades académicas sociales y de comunicación en comparación con sus pares.

Discapacidad intelectual grave

Representan el 7% de los cuadros. Suelen presentar alteraciones en el desarrollo psicomotor desde la niñez con retardo notable en su desarrollo y en la adquisición del habla, siendo esta última muy limita-

da. Pueden comunicarse con frases simples y gestualmente. La etiología es orgánica. No acceden a la lectoescritura.

No tienen capacidad de abstracción. Requieren ayuda y supervisión para todas las actividades de la vida diaria. Puede existir comportamiento inadaptado. Edad mental de entre 3 a 6 años.

Discapacidad intelectual profunda

Representan el 1% del total. Su nivel mental no supera los 2 o 3 años. La etiología es siempre orgánica. El desarrollo motor es extremadamente lento. No acceden a la lectoescritura ni prácticamente al lenguaje verbal, estando representado este último por algunas palabras, o por sonidos guturales. Suelen presentar alteraciones sensoriales, malformaciones congénitas y crisis epilépticas. No se alimentan solos ni controlan esfínteres. Dependen de terceros para las actividades de la vida diaria, el cuidado y la seguridad de su persona. Un porcentaje alto está institucionalizado. Tienen mínima memoria relacionada con personas y lugares conocidos. Pueden presentar comportamiento inadaptado.

Discapacidad intelectual y delito

Los déficits descritos en los dominios cognitivos, emocionales y sociales crean el terreno propicio para que estas personas puedan ser sujetos activos o pasivos de delitos.

Discapacidad intelectual leve y moderada

Su credulidad y fácil influenciabilidad los hace aptos para ser inducidos y utilizados por otros en la comisión de una amplia variedad de delitos, sumándose también las dificultades que presentan para incorporar de manera plena principios éticos y de diferenciación de actividades lícitas de las ilícitas. De adultos también suelen verse implicados en delitos contra la libertad sexual, al relacionarse con menores, a los que se acercan en un plano de "igualdad", cuestión favorecida además porque no consiguen canalizar sus deseos sexuales entre adultos. Cuando se trata de mujeres corren peligro de caer en redes de trata.

Como sujetos pasivos de delito están expuestos por sus características a ser engañados de diferentes maneras tales como estafas,

apropiación de su patrimonio y ser explotados en cuestiones laborales y/o sexuales.

Discapacidad intelectual grave

Los delitos posibles en estos casos son los derivados de la impulsividad y escaso control de la agresividad, frente a la necesidad de satisfacer sus instintos primarios. Otros delitos posibles están ligados a la satisfacción de su particular y primitiva sexualidad, que los lleva a conductas exhibicionistas, de masturbación compulsiva y de otras conductas sexualizadas fuera del control racional.

Como sujetos pasivos de delito están expuestos a posibles abusos de su persona, dada su indefensión y dificultad para comunicar a otros estas situaciones.

Discapacidad intelectual profunda

No suelen ser protagonistas de grandes delitos, salvo los derivados de sus descontroles agresivos generados por su irritabilidad y necesidad de satisfacción de necesidades primarias, carentes de frenos inhibitorios.

Como sujetos pasivos de delito comparten los riesgos descriptos para los discapacitados graves.

Concluyo este breve recorrido sobre la problemática de las ahora llamadas *discapacidades intelectuales* resaltando los cambios progresivos que se van produciendo en su consideración con el objetivo de disminuir sus consecuencias y favorecer la inclusión de las personas afectadas, y siempre a la espera de que los avances del conocimiento científico puedan brindar otras soluciones.

Bibliografía

AAIDD, *Discapacidad Intelectual. Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2011.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5ª Ed. Arlington, VA, 2014.

CALABUIG, Gisbert, *Medicina Legal y Toxicológica*, Villanueva Cañadas, Enrique (ed.), Elsevier, 7ª ed., 2018.

DE AJURIAGUERRA, *Manual de Psicopatología del niño*, Barcelona, Toray-Masson, 2da ed., 1992.

HENRI EY, Bernard y BRISSET, Ch., *Tratado de Psiquiatría*, Barcelona, Toray-Masson, 8º edición, 1980.

KAPLAN, Harold y SADOCK, Benjamín, *Tratado de Psiquiatría*, Buenos Aires, Inter-médica Editorial, 6tª ed., 1998.

PATITÓ, José Ángel, *Enciclopedia Médico-Legal*, Buenos Aires, Librería Akadia Editorial, 2009.

VALLEJO, Ruiloba y CERCÓS, Leal, *Tratado de Psiquiatría*, Marban, 2012.

El déficit auditivo y la capacidad procesal

Norberto Parengo*

El artículo 54 del Código Civil argentino redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, que tuvo vigencia desde 1871 hasta 2015 clasificaba como una persona de incapacidad absoluta a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. En los artículos 153 al 158 equiparaba a quienes sufrían esta discapacidad con los dementes y en consecuencia les atribuía una incapacidad de hecho absoluta. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el primero de agosto de 2015, afirma que la regla es la capacidad y que para sostener lo contrario respecto a una persona será necesario un proceso judicial que establezca –y fundamente– cuáles son los actos puntuales que se restringen. En el artículo 304 del nuevo Código se reemplazó el término sordo y sordomudo por el de personas con discapacidad auditiva. Esto resulta coherente con la Ley N° 26657 –Ley Nacional de Salud Mental– y con las normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorporadas por Ley N° 26378.

A propósito de un caso en este Poder Judicial, en el cual el imputado tenía varias causas penales, surgió la cuestión acerca de si ese sujeto con una discapacidad auditiva y fonatoria grave, sin ninguna educación formal y en consecuencia analfabeto, tenía suficiencia mental y la consiguiente capacidad procesal. El caso generaba dudas, inclusive a distintos peritos, en tanto el imputado se manejaba en forma autónoma para viajar, manejar el dinero de sus gastos, establecer cierto nivel de comunicación y mantener una relación de pareja. El accionar delictivo que se le reprochaba en distintas causas era repetitivo y según la interprete oficial, él lo justificaba siempre mediante su lenguaje de señas rudimentario, con la misma simple y repetitiva argumentación, que resultaba además carente de lógica.

*Médico psiquiatra universitario. Especialista jerarquizado en Medicina Legal. Postgrado en Psicoanálisis. Ex psiquiatra forense del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Psiquiatra forense del Poder Judicial de la CABA.

El desarrollo intelectual

La inteligencia es la actividad resultante del conjunto total de las facultades mentales del individuo, que en función del proceso de pensamiento abstracto, posibilita la valoración de elementos, hechos y circunstancias, con adecuación a un determinado momento para la obtención de un resultado. Siguiendo la teoría del desarrollo cognitivo de Piaget, el desarrollo intelectual transita por cuatro etapas a medida que el niño madura su intelecto. Si sucediera algún factor que altere ese desarrollo, el grado de afectación será mayor o menor según en qué etapa eso ocurra. Esquemáticamente, estas etapas se desarrollan en un orden fijo pero la edad puede variar ligeramente de un niño a otro y la sucesión presupone cierta superposición. La *etapa sensitivomotora* tiene lugar entre el nacimiento y los dos años de edad. En ella los niños comienzan a entender la información que perciben sus sentidos y a interactuar con el mundo, aprenden a manipular objetos, pero el objeto existe para él, siempre que esté al alcance de sus sentidos. Si el desarrollo se detiene aquí, la insuficiencia mental será grave o profunda. La imagen mental del objeto sin percepción marca el comienzo de la *etapa preoperacional*, que se extiende desde los dos hasta los siete años. En ella los niños aprenden cómo interactuar con su ambiente de una manera más compleja, mediante el uso de palabras y de imágenes mentales. Cuando la detención del desarrollo se haya producido en esta etapa, la insuficiencia mental será moderada. La *etapa de las operaciones concretas* tiene lugar entre los siete y los doce años aproximadamente y está marcada por una disminución gradual del pensamiento egocéntrico y por la capacidad creciente de centrarse en más de un aspecto del estímulo. Pueden entender el concepto de agrupar por categorías, pero sólo pueden aplicar esta nueva comprensión a los objetos concretos y percibidos. El pensamiento es concreto. Cuando la detención del desarrollo se produce en esta etapa la debilidad mental es leve. La *etapa de las operaciones formales* es la etapa final del desarrollo cognitivo, desde los doce años en adelante, los niños comienzan a desarrollar una visión más abstracta del mundo y a utilizar la lógica formal. Pueden aplicar la reversibilidad y la conservación, a las situaciones tanto reales como imaginadas. También desarrollan una mayor comprensión del mundo y de la idea de causa y efecto. Esta etapa se caracteriza por la capacidad para formular hipóte-

sis, ponerlas a prueba, encontrar la solución a un problema y razonar sobre una hipótesis imaginaria.

La idea es el conocimiento puro y razonado que permite la comprensión de todas las cosas, de los seres y de los hechos, es decir que la idea lleva implícita una elaboración mental. El pensamiento es el flujo de ideas, símbolos y asociaciones dirigidas a un objeto, que lleva a una conclusión orientada a la realidad. Para pensar es necesario entender significaciones y comprender, asociar ideas y dotarlas de sentido. El pensamiento que se construye con las ideas imágenes, en la etapa sensitivomotora, se conoce con el nombre de pensamiento por imágenes o pensamiento sensoperceptivo. Es un pensamiento concreto, propio de todos los seres en las primeras etapas de la evolución, de los pueblos primitivos y salvajes y de las personas de precario desarrollo mental. El pensamiento abstracto supone explicación de causas y capacidad de reflexión, adoptar decisiones y establecer juicios para ordenar hechos materiales e inmateriales, relativos a uno mismo, a los demás y al mundo.

El déficit intelectual

La insuficiencia mental es consecuencia de la detención del desarrollo psíquico, que puede ser congénita o adquirida. Se evidencia por la pobreza intelectual del individuo que queda en el estado en que se encontraba en el momento de la detención. El funcionamiento intelectual general es inferior al normal y está asociado a una alteración de la conducta adaptativa. La discapacidad intelectual tiene cuatro grados de profundidad: leve, moderado, grave y profundo, considerándose una incapacidad total desde el punto de vista psicojurídico a partir del grado moderado. En la discapacidad intelectual grado moderado, grave o profundo no hay significación y está vedada la comprensión de los actos, por lo que no hay duda respecto de la ausencia de la capacidad procesal. Donde pueden surgir las dudas es en el caso del grado leve de la discapacidad intelectual, más aun si está más cerca o en el límite, entre el grado leve y el grado moderado. En general, las personas con discapacidad intelectual leve, llamada también "debilidad mental" en otras clasificaciones psiquiátricas, tienen capacidad para comprender lo que deciden hacer, siempre que no se hallen agregados factores

comórbidos que pudieran desestabilizarlos en un momento determinado. En cualquier caso, se considera que las personas con debilidad mental pueden llegar a entender, pero la cuestión a determinar es si pueden o no pueden comprender, lo que les permitirá valorar y decidir sobre la ejecución de los actos.

El déficit auditivo y la cognición

Los fallos sensoriales influyen en el desarrollo psíquico. La audición es el sentido más importante para el desarrollo intelectual. La sordera tiene una mayor repercusión que otros déficits sensoriales en ese desarrollo, dado que a través del oído se establece el lenguaje hablado como medio de comunicación.

El déficit auditivo afecta los procesos cognitivos, el lenguaje y la socialización, limitando el desarrollo intelectual del sujeto en formación. Esto sucede porque la hipoacusia dificulta y, cuanto más profunda es, impide la apropiación de la información. Según el momento en que se instaura la discapacidad auditiva la hipoacusia puede ser prelocutiva (en la etapa prelingüística), perilocutiva (en la etapa lingüística, entre el segundo y el cuarto año de vida) y postlocutiva (después que la adquisición lingüística está consolidada).

Atravesar la etapa sensitivomotora en forma deficitaria, al recibir una información deficiente por la falta del sentido esencial para establecer un nexo entre significante y significado, impide el entendimiento adecuado de la información percibida con los restantes sentidos. El conocimiento del mundo circundante es inferior en tanto la información que se incorpora carece de los matices que aportan la opinión de los otros, dificultando la comprensión de normas, reglas y valores, generando personalidades inmaduras.

Los mediadores simbólicos y los códigos comunicativos y lingüísticos impactan defectuosamente en el mejor de los casos o no impactan, generando representaciones mentales de la realidad que son deficientes, con deficiente formalización y deficiente formación del pensamiento.

El lóbulo frontal y el estímulo de la audición

La región frontal del cerebro es la que tiene un desarrollo filogenético y ontogenético más reciente que otras regiones del encéfalo y es la parte de nuestra especie que de manera más significativa nos diferencia de otros seres vivos y refleja nuestra especificidad. El desarrollo cognitivo que se da a través de los aprendizajes y estímulos recibidos, va acompañado de un desarrollo funcional del cerebro, es decir de un cambio en sus conexiones y en su estructura. El lóbulo frontal del cerebro es el responsable de funciones cognitivas superiores como el discernimiento y la planificación de la conducta. Por el contrario cuando hay privación de estímulos, por las causas que sean, esto produce una pobreza en dicho desarrollo y pasado el tiempo es más difícil adquirir funciones. El cerebro es una unidad funcional integrada, a pesar de lo cual frecuentemente se habla del *sistema frontal*. Ello es en función de los procesos que regulan una gama de sistemas diversos, que están fuera del lóbulo frontal, produciendo cambios conductuales y cognitivos, observables en la persona que padece una lesión a ese nivel. Esta sintomatología puede ser muy variada dependiendo de la localización, la extensión y la profundidad de la lesión. Se han descrito trastornos del lenguaje y cognitivos (atención, memoria, percepción), intelectivos (el pensamiento y el razonamiento son determinantes en la resolución de problemas) y afectivos (emociones y sentimientos), todo lo cual redundará en la personalidad de un sujeto y su conducta. En este punto será más evidente la disfuncionalidad en la planificación, la inhibición de respuestas automáticas y la memoria de trabajo.

Los trastornos que poseen los sujetos con hipoacusia son del tipo de un Síndrome del lóbulo frontal también llamado Síndrome disejecutivo a consecuencia de la falta o limitación de la estimulación lingüística y la pobreza que revisten los vínculos que el sujeto sordo mantiene con quienes interactúa en su entorno próximo.

La influencia del medioambiente

La audición es fundamental para que el sujeto humano desarrolle la capacidad de escuchar, en el sentido de captar e interpretar la

totalidad del mensaje que conllevan las palabras dichas, comprender y dar sentido a lo que se oye. Escuchando se añade significado al sonido y así se va configurando la estructuración del pensamiento.

El psiquismo de un sujeto y su entorno conforman un sistema altamente complejo que da lugar a los procesos psicológicos superiores, como el pensamiento y el lenguaje. Al nacer, los procesos con los que cuenta el niño son elementales y en la interacción con el entorno se van desarrollando y complejizando. Las acciones intersubjetivas son las que permiten la maduración intrapsíquica dando lugar a los procesos psicológicos superiores. El lenguaje del otro es fundamental en el desarrollo del pensamiento y del conocimiento. La estructura del pensamiento se configura mediante el establecimiento de un nexo adecuado entre significante y significado, y es a través de lo cual el sujeto en formación comprende lo que no es evidente. El sujeto en formación incorpora el conocimiento del lenguaje y del entorno a través del lenguaje de quienes lo integran.

Esto no sucede o es menos eficaz en la sordera, lo que explica claramente el retraso presente en el sordo. La abstracción, el razonamiento y la formulación de hipótesis presentan un retraso de dos años respecto de los oyentes. Cuanto más profunda es la sordera, la dificultad es mayor y el déficit será mayor cuanto más pobre sea la estimulación que le proporciona el medio.

Truncada la incorporación del lenguaje por todos los medios, el desarrollo del intelecto se detiene y el pensamiento por imágenes no verbales es el único posible. El pensamiento sin lenguaje es entonces concreto y rudimentario, con el consiguiente condicionamiento del juicio como insuficiente, quedando así bloqueada la incorporación de los valores de contenido ético y moral, rectores del comportamiento en sociedad.

En un niño con una discapacidad auditiva y secundariamente fonatoria será de fundamental importancia el pronto inicio de la educación especial, que comenzará a suplir la deficiencia de órgano con la incorporación del lenguaje de señas, que irá a su vez estableciendo la posibilidad de enlazar significantes y significados, aunque en una etapa más tardía que para cualquier otro sujeto con capacidad de órgano, pero a tiempo aún para la rehabilitación del sujeto en formación.

Análisis de un caso

El caso que nos ocupó en varias ocasiones, en la Dirección de Medicina Forense, es el de un sujeto con una hipoacusia profunda y congénita, que fue abandonado por sus padres, que no fue educado formalmente y que no fue rehabilitado por su déficit orgánico, no tuvo la posibilidad de una rehabilitación ni pronta ni tardía; no pudo contar con la educación especial que le hubiera proporcionado un medio socio-familiar contenedor. No pudo, simplemente, aprender un lenguaje de señas formal en una institución educacional. La ausencia del discurso del otro materializado en palabras sonoras no pudo ser salvada mediante una técnica especial de la educación. Las imágenes sonoras de las palabras no pudieron ser reemplazadas por las imágenes gestuales de un lenguaje de señas convencional primero y por imágenes gráficas (grafismos) después, que le dieran una significación a los objetos y vivencias, a las sensaciones y a los sentimientos, para constituir la asociación de ideas que fuera estructurando un pensamiento que no fuera rudimentario y que permitiera así la constitución de un psiquismo integrado.

Si en un insuficiente mental normoacúsico, que no ha recibido educación, hay un déficit intelectual, en el caso de la discapacidad auditiva grave, sin educación formal hay un vacío intelectual. El desarrollo quedó detenido en la primera instancia del proceso, sin poder lograr la constitución de un pensamiento en palabras, no pudiendo desarrollar una mayor comprensión de la realidad que le permitiera valorarla adecuadamente. El estudio psicodiagnóstico evidenció indicadores de un deterioro moderado del lóbulo frontal, lo que puede ser relacionado con la nula escolaridad, que incidió en el desarrollo de dicha estructura encefálica, pudiendo relacionarse ello con el concepto de Síndrome frontal o Síndrome disejecutivo.

En conclusión, el sujeto sobre cuya capacidad procesal debimos expedirnos, presentaba una discapacidad auditiva profunda, bilateral y temprana (prelocutiva), que no tuvo tratamiento quirúrgico, protésico ni logopédico. A pesar de la autonomía que tenía para el desarrollo de su vida cotidiana, se consideró que presentaba un déficit intelectual de grado moderado para el ejercicio de la valoración y la crítica, y por lo tanto era incapacitado para comprender la antijuridicidad de los actos reprochables y para dirigir su accionar de acuerdo a esa comprensión.

Bibliografía

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DSM-IV, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, Masson, 2014.

BEJARANO MARTÍN, Helena, “Discapacidad auditiva e inteligencias múltiples: propuestas de intervención”, Salamanca, UNIR, 2012.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel, *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*, Buenos Aires, La Ley, 4ª ed., 2011.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1871/2015).

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

DE AJURIAGUERRA, J., “Organización y desorganización del lenguaje infantil” y “Las Oligofrenias”, en *Manual de Psiquiatría Infantil*, Barcelona, Masson, 4ª ed., 1996.

JÁUDENES CASAUBÓN, Carmen [et al.], *Manual Básico de Formación Especializada sobre Discapacidad Auditiva*, Madrid, Fiapas, 2013.

LECHEVALLIER, Bernard, “El pensamiento sin lenguaje verbal en el ser humano”, *Subjetividad y Procesos Cognitivos*, UCES, 2007.

MUJICA ALFONZO, Andrés, “El llamado Síndrome del Lóbulo Frontal, actualmente llamado Síndrome Disejecutivo”, *Alcmeon, Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, Vol. 17, Nº 1, 2011.

Deformación permanente del rostro

Gabriela L. Paoloni* y Guillermo A. De Luca**

En vista de un caso de incendio de un hotel habilitado para vivienda en el año 1999, en el cual una familia compuesta por madre y tres hijos sufrieron quemaduras, especialmente el hijo varón de 6 años de edad, JMM, en el cual se requirió la valoración estética de “deformación permanente del rostro”, considero importante una revisión de esta valoración para lograr que sea lo menos subjetiva posible y que se obtenga un resarcimiento justo integral del daño.

La evaluación del daño estético debe medirse con precisión y lo más objetivamente posible. El daño estético vulnera el derecho constitucional a la integridad personal y prefigura la necesidad de que sea indemnizado por el responsable.

El Código Penal en los artículos 89 a 94 habla de lesiones. Según el tipo de lesión, y su gravedad se clasifican en lesiones leves, graves y gravísimas. El tema que nos ocupa, la deformación permanente del rostro, aparece en el artículo 90, definida como lesiones graves el cual establece:

Se impondrá reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una *deformación permanente del rostro*.¹ (Lesiones graves).

El rostro es la zona más visible del cuerpo y le confiere identidad a cada persona, es su carta de presentación social. Por tal motivo toda persona tiene derecho a preservar su fisonomía, imagen e integridad

* Médica dermatóloga y legista, perito de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la CABA.

** Médico cirujano plástico y legista, perito de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la CABA.

1. El destacado nos pertenece.

corporal. En este sentido, el papel del médico forense como encargado de la valoración resulta relevante.

Actualmente podemos decir que deformación permanente del rostro es cuando las secuelas en el rostro le impiden al damnificado pasar desapercibido.

Las variables médico legales utilizadas para la valoración del perjuicio estético en el rostro son la *visibilidad de la cicatriz a una distancia de conversación (50-60 cm) y a distancia social (120 cm), si existe alteración de la mímica y de la armonía facial, desviaciones del dorso nasal, así como las características morfológicas de las cicatrices como dimensión, aspecto (retractilidad, superficie, coloración) y localización.*

El daño estético se caracteriza por ser *un daño visible, un daño objetivable, un daño de apreciación subjetiva*, un daño cuya valoración se extrae del conjunto de circunstancias individuales del lesionado y un daño permanente. Es un daño objetivable por el observador y por tanto mensurable y valorable. Pero, su valoración, en definitiva, es absolutamente subjetiva pues, dependerá en cada caso por el juzgador la apreciación, de en qué categoría de perjuicio estético corresponde encuadrar al sufrido por la víctima.

La calificación del perjuicio estético está afectada por una triple subjetividad: la del lesionado (su propia vivencia), la del perito médico, que lo objetiva sin dejarlo de personalizar, y la del juez que, en definitiva, lo valora.

Es tal la complejidad de esta apreciación subjetiva que la valoración se acaba convirtiendo realmente en el grado de impacto emocional o percepción de la pérdida de belleza que tiene la persona que la valora.

Hay distintas opiniones al respecto: mientras que la valoración del perjuicio funcional (psicofísico) tiene un carácter objetivo y absoluto, la del perjuicio estético, sin negar la objetividad de su base, tiene un carácter subjetivo y relativo. Por eso, la valoración médica de una concreta lesión permanente es igual, cualquiera que sea el lesionado que la sufra, y su valoración económica es también igual en todos los que la tengan y sean de la misma edad, y es esta la única que marca las diferencias, en atención a la previsión estadística de su duración. En cambio, la ponderación del perjuicio estético conlleva por esencia una cierta carga de subjetividad y relativismo, pues afirmada su existencia, su valoración está condicionada por una serie de variables marcadas por la necesidad de contemplar a la persona que lo sufre en relación

con el entorno en que se inserta, siendo particularmente relevante el dato de su profesión y el desenvolvimiento de su vida de relación.

Es inevitable cierto grado de subjetividad en la realización de esta operación de graduación del perjuicio estético porque no existen parámetros objetivos que permitan aplicarlos de forma invariable a todos los casos.

Dado que la subjetividad es implícita al daño estético, es necesario poseer un método de valoración justo y equitativo que permita determinar con la mayor igualdad posible entre todos los lesionados la importancia de la pérdida de belleza.

Solo tres métodos de valoración son de aplicación exclusiva a cicatrices.

La fórmula para el cálculo del daño estético causado por cicatrices en cualquier parte del cuerpo, propuesta por Bermúdez,² valora variables como la longitud y anchura de la cicatriz, su localización, estableciendo para ello cinco zonas y ordenándolas de mayor a menor visibilidad (nariz y labios serían de máxima visibilidad y pie y hueco axilar de mínima visibilidad), su relación con pliegues y arrugas, y características de la cicatriz: aspecto, superficie y color. Este autor añade en la valoración del daño ocasionado por las cicatrices factores como el sexo, la edad y el estado anterior (es la más difundida en nuestro medio).

*El método de las distancias del daño estético para cicatrices en la cara*³ propuesto por Bermúdez, establece unos criterios descriptivos, valorándose tanto la localización de la cicatriz (centro-faciales o periorificiales y laterales u ocultas por el cuello cabelludo) como sus características: existencia de cicatriz o deformidad, coloración, relieve, deformación por modificación de la armonía o relieve de la cara y ulceración, y un criterio normativo, entendiendo por tal la distancia a la que se percibe la cicatriz. Bermúdez recomienda *examinar al paciente primero a 50 cm (distancia íntima) y posteriormente de 120 cm a 3 metros máximo (distancia social)*. Una vez valorada la cicatriz según estos criterios, se traslada a la tabla correspondiente que recoge los grados de daño estético.

2. Bermúdez, Jorge, "Valoración del daño estético por cicatrices", en *Cuadernos de valoración*, Sociedad Española de Valoración del daño corporal, 2004.

3. Rouge, D.; Blanc, A.; Telmon, N.; Ster, F.; Gavroy, J. P. y Costagliola, M., "Évaluation du dommage esthétique de la face: la méthode des distances", en *Rev. Franc. Dommage Corp.*, 1996; 22(4), pp. 363-374.

El *coeficiente del daño estético para cicatrices en la cara* se utiliza para evaluar el daño estético que ocasionan las cicatrices localizadas en la cara. Multiplica el coeficiente de localización (máximo 10 puntos) por el coeficiente de identificación (máximo 10 puntos), con lo que el resultado oscilará entre 0 y 100 puntos. Para calcular el coeficiente de localización evalúa los siguientes factores: topografía (divide la cara en 4 zonas), afectación de orificios, dirección con relación a los pliegues naturales y alteración de la mímica. El coeficiente de identificación toma en cuenta los siguientes factores: dimensión, forma, relieve y color. Es un método complejo de manejar cuando coexisten varias cicatrices.

Algunos términos importantes:

Armonía: Es la conveniente proporción y correspondencia de parte de una región o estructura anatómica del rostro con su similar del lado opuesto.

Cara: Parte anterior de la cabeza humana desde el principio de la frente hasta la punta de la barbilla.

Deformidad: Alteración de la forma natural y/o de la disposición armónica de las partes.

Deformación permanente de rostro: Lesión permanente y visible a una distancia social, que produce pérdida del equilibrio estético del rostro.

Desfiguración de rostro: Desemejar, afear, ajar la composición, orden y hermosura del semblante y de las facciones, de manera temporal o permanente. La desfiguración del rostro es considerado como un término jurídico. Depende del observador según parámetros propios de belleza.

Distancia social: Es la distancia mínima de encuentro social, que corresponde aproximadamente a unos 120 cm hasta un máximo de 3 metros, este factor también depende del observador en su agudeza visual.

Rostro: Es un concepto estético, médico legal y jurídico, que comprende desde el inicio de la inserción del cabello o la sutura fronto biparental (para los calvos), el mentón, la cara anterior de los pabellones auriculares, la cara anterior y lateral del cuello (esternocleidomastoideo - borde del músculo trapecio) hasta el ángulo de Louis.

Simetría del rostro: Se refiere a la correspondencia de las dos mitades del rostro (derecha e izquierda); que son comparables entre sí, tomando como referencia el eje sagital del cuerpo. La simetría es un requisito indispensable para la armonía del rostro.

Instrucciones para la evaluación médico legal

La evaluación debe realizarse habiendo transcurrido como *mínimo 90 días a partir de la fecha de producida la lesión* o realizada la primera evaluación médica de lesiones. Se consideran 90 días teniendo en cuenta el proceso natural de cicatrización de los tejidos en su primera fase, aunque lo recomendable para la evaluación *según los cirujanos plásticos es de 6 meses como mínimo*, salvo excepciones como los casos de *pérdida de sustancia y/o amputación traumática, de una o más áreas y/o estructuras anatómicas del rostro, pérdida de dos o más piezas dentarias que involucre incisivos y/o caninos*; el médico puede determinar que la lesión descrita, constituye deformación de rostro, sin necesidad de esperar los 90 días, a la que se refiere el punto.

En el caso de que el lesionado, haya sido sometido a tratamiento de reparación y/o corrección médico-quirúrgico antes de la evaluación médico legal correspondiente; se recomienda solicitar la información médica necesaria (historia clínica), antes de emitir el pronunciamiento médico legal respectivo. Es recomendable para la elaboración del informe pericial lo siguiente: a. Que la primera evaluación de la lesión y las subsiguientes evaluaciones sean realizadas en la misma División Médico Legal y de ser *posible por el/los mismo(s) perito(s)*; b. En caso de no poder cumplir con lo anteriormente señalado, se requerirá que a la solicitud del examen se adjunte copia certificada (Institucional-IML) de examen/es anterior/es, *fotografías, informes médicos* u otros de interés. La evaluación debe ser realizada *bajo luz natural o luz artificial blanca (halógena)*, y a *una distancia de conversación o íntima de 60 cm y distancia social que va de 120 cm, hasta un máximo de 3 metros*.

Consignar los siguientes datos:

Fecha de la agresión y relación con el agresor. Breve referencia de los hechos y agente causal. Tratamiento médico-quirúrgico recibido: lugar, fecha, número de veces, tipo y profesional. Referencia de signos y síntomas funcionales actuales.

Examen clínico forense:

Se realiza en dos momentos, primero una “evaluación en reposo” y después una “evaluación dinámica”:

- **Evaluación en reposo:** se centra en la *descripción* de la lesión, en los planos frontal y lateral (derecho e izquierdo): a. *Ubicación topográfica* y localización en relación a por lo menos dos puntos de referencia; b. *Medidas:* ancho, largo, y si corresponde, altura o profundidad; c. *Morfología*, bordes y superficie (lineales, puntiformes, circulares, ovaladas, y/o irregulares, a colgajo; deprimidas, sobre elevadas, hipertróficas, queiloidea, etc.); d. *Color* (hipocrómica, eucrómica, hipertrófica); e. *Sentido en relación a planos o ejes corporales*.
- **Evaluación dinámica:** se centra en la búsqueda y puesta en evidencia de *alteraciones de la mímica y/o de la función*; que afectan la simetría y armonía del rostro, mediante la realización de gesticulaciones y/o pruebas funcionales tales como: arrugar la frente, “fruncir el ceño”, abrir y cerrar los párpados. Reír, sonreír, mostrar los dientes. Gesticulación nasal. Silbar, soplar, succionar. Pronunciar palabras. Gesticulación labial: Besar, arrugar los labios. Masticar. Lateralización y protrusión del maxilar inferior (mandíbula). Tomar fotografías durante la evaluación dinámica.

Metodología para la valoración de cicatrices:

Extensión: Resulta de la longitud y el ancho de la cicatriz y determina a qué distancia es visible; Cuando la observación solo es posible a menos de 50 cm es considerada una distancia íntima; Cuando puede ser visible a más de 3 metros, una distancia social.

Localización: Es importante describir si la zona es visible de forma permanente o no, ya que la valoración será distinta según el caso. Las manos, el cuello, y en la mujer el tercio superior del tórax y las piernas, son consideradas zonas siempre visibles, mientras que solo son ocasionalmente visibles (en la playa o con práctica de deportes) el tórax, el abdomen y en el hombre las piernas; solo son visibles en caso de desnudez las nalgas, el pubis, las caras internas de los muslos, y el

pecho en la mujer; y zonas raramente visibles son las plantas de los pies, los huecos axilares y la cabeza oculta.

Relación con los pliegues y arrugas: Las cicatrices serán menos aparentes si se sitúan dentro o paralelas a estas líneas de tensión.

Morfología: Si bien nunca se produce una restitución *ad integrum*, puede considerarse una cicatriz como normal o aceptable cuando presenta un correcto afrontamiento de sus bordes, conformando una cicatriz lineal. Sin embargo, cuando esto no ocurre, se da origen a las cicatrices denominadas “viciosas”, que observan algunas de estas alteraciones:

Aspecto: Puede ser *retráctil*, cuando la pérdida de piel es extensa, y no hay un adecuado afrontamiento de bordes. También puede presentarse *radiada* o estrellada por la formación de fisuras; *esclerosa*, *adherida a planos profundos*, e infinidad de otras formas anormales.

Superficie: Es *deprimida* cuando la herida destruye la capa basal de la epidermis y la parte superficial de la dermis, entonces el epitelio cicatrizal se hunde entre los bordes separados. Es *hipertrófica* por una proliferación anormal de las fibras colágenas, que no llega a sobrepasar los límites de la cicatriz. *Queloides* por hiperplasia del tejido conjuntivo intradérmico que sobrepasa los límites de la herida, de color rojizo, acompañada frecuentemente de prurito o dolor.

Coloración: Normocrómica o discrómica (hipo o hiperocrómica).

Factores personales:

Edad: El niño en condiciones normales arrastrará el defecto durante más años, por lo tanto tienen mayor porcentaje de daño corporal los menores que los mayores.

Sexo: Si bien crece la tendencia a descartar este concepto por discriminatorio, en la práctica se considera aun mayor la repercusión del daño estético en la mujer.

Estado anterior: Podrá ser evaluado por fotografías.

Se ha desarrollado hasta ahora el análisis de parámetros eminentemente objetivos que el médico valorador obtiene con el examen clínico, lo cual se condice con el enfoque que debe tener una alteración física de la forma normal, como es la presencia de una cicatriz.

El propósito de la evaluación médico legal (en reposo y dinámica), tiene como finalidad establecer:

1. *Visibilidad de la cicatriz* (señal permanente) o irregularidad anatómica de origen traumático: esta debe evidenciarse a la distancia íntima (50-60 cm) y social de 120 cm.
2. *Permanencia.*
3. Alteración de la *simetría.*
4. Alteración de la *armonía.*
5. Alteración de la *mímica y/o función.*

Los métodos que existen para la valoración del perjuicio estético son muchos. El desarrollar un protocolo para realizar y estandarizar estas valoraciones, facilitaría el trabajo del médico forense y mejoraría la calidad del peritaje, al basarse en criterios objetivos y, en la medida de lo posible, eliminar la utilización de cálculos complejos (coeficientes) que puedan inducir a error. Pero aunque se realicen protocolos de evaluación con escalas diferentes, lo cierto es que la valoración estética sigue teniendo un componente subjetivo muy importante.

El problema de la valoración del daño estético es que se trata de valorar un daño objetivable, cuya apreciación es subjetiva, o sea, siempre hay un elemento subjetivo del observador, en este caso el perito médico, que deberá valorar según los parámetros que he mencionado anteriormente (visibilidad de la cicatriz, permanencia, simetría, armonía alteración de la mímica y/o función) para intentar mejorar la calidad del peritaje, al basarse en criterios objetivos. Aun así, teniendo en cuenta estos parámetros, no deja de ser una de las valoraciones médico-periciales con mayor componente subjetivo.

Delitos atinentes a la pornografía infantil: consideraciones psiquiátricas y psicológicas en relación a la evaluación pericial forense y a la eventual recomendación de tratamiento

Alejandra F. Lubel* y Nazarena Traba**

Los delitos relacionados con material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes (MASNNA)¹ resultan una de las formas de explotación sexual y se encuentran ligados a la prostitución y al turismo sexual infantil, al tráfico y a la explotación sexual de personas menores de edad. A su vez, son la cara visible de la violencia sexual ejercida a niñas, niños y adolescentes. Estos abusan, degradan y explotan a los miembros más débiles y vulnerables de la sociedad, transformándose en un registro permanente de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes.

En cuanto a la cadena de responsabilidades en relación con el uso de MESNNA, se encuentra en el primer eslabón a los fabricantes o creadores de imágenes y/o videos, siendo estos los probables autores del delito de abuso sexual en sus distintas modalidades. El segundo nivel de responsabilidad involucra a aquellos que distribuyen dicho material en Internet, los cuales se pueden dividir en comerciales y no comerciales. Finalmente, los poseedores o meros consumidores de

* Licenciada en Psicología UBA. Psicóloga forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

** Médica Psiquiatra y Legista. Médica Forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

1. A modo de facilitar la lectura, teniendo en cuenta las recomendaciones de la Guía de Luxemburgo y adhiriendo a la postura general que considera a la “pornografía infantil” como una forma de evidencia forense de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, a lo largo del capítulo utilizaremos las siglas MASNNA para referirnos al material en que se muestran actos de abuso sexual y/o se enfocan las partes genitales de la niña, el niño o el adolescente, y las siglas MESNNA para referirnos al material que engloba todo el material sexualizado en el que aparecen niñas, niños o adolescentes.

este material de abuso se encuentran en el último nivel de esta cadena. Sin embargo, de no existir estos consumidores, no existiría la demanda y por ende no sería rentable la producción de estas imágenes, es decir, desaparecería la oferta de la misma.

El argumento que fundamenta la pena del consumidor de MASNNA se basa en que la producción, posesión y/o distribución del mismo incide directamente en el aumento del material disponible, lo que conlleva una producción mayor y a un aumento de niñas, niños y adolescentes víctimas. Es por ello que se dice: “no es posible tener sin antes haber abusado sexualmente de un niño”,² basado en que debió ocurrir un abuso previo para que exista dicho material y reforzado por el hecho de que los niños no pueden ni dan su consentimiento a los actos sexuales a los que están siendo sometidos.

Si bien en la actualidad suele asociarse la existencia de MASNNA con Internet, esta es anterior, pudiendo situarse como momento de máximo apogeo de la producción comercial la década de los setenta en el mundo occidental, siendo Dinamarca, Holanda y Suecia los principales productores de material. El tráfico y la producción de materiales audiovisuales de abuso infantil solía realizarse, antes de la aparición de Internet, en círculos muy restringidos.

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías a bajo costo e Internet se vio facilitado el contacto entre pedófilos y/o abusadores de niños que, hasta ese momento, se encontraban aislados, a través de foros, chats y comunidades específicas. En este sentido, los consumidores comienzan a producir materiales propios y así a transformarse en productores y difusores de estas imágenes. Existen numerosas estadísticas que confirman esta escalada en el delito, desde la tenencia de MASNNA hasta el mismo abuso sexual.

Se han descripto actitudes compulsivas en el consumo de MASNNA, las cuales llevan a la permanente elaboración, búsqueda y tráfico de nuevo material, con un contenido de mayor violencia o impacto, a los fines de satisfacer la excitación sexual del pedófilo. Esto se encuadra en una conducta que podría denominarse “del coleccionista”, en la que el pedófilo colecciona, comparte y busca permanentemente nuevo material, posibilitando en algunos casos el pasaje al acto, es decir, materializar un abuso sexual.

2. Parada, Ricardo A., *Ciberdelitos y delitos informáticos*, Buenos Aires, Erreius, 2018.

Los estudiosos de la problemática que va de la adicción sexual al material de abuso sexual hasta alcanzar conductas psicosexuales violentas coinciden en una etiología de tinte cognitivo conductual y distinguen cuatro períodos bien delimitados:³

1. Período de adicción: predomina una atracción al material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes que lleva a un incremento progresivo de consumo.
2. Período de escalada: se necesita material cada vez más crudo, perverso o de mayor impacto para lograr la excitación sexual.
3. Período de desensibilización: aquello que inicialmente producía culpa y ofendía la conciencia empieza a verse aceptable por el propio sujeto y aparecen justificaciones y argumentos que le permiten autoinculparse.
4. Período de actuación: se comienza a actuar, a imitar la conducta aprendida en el material pornográfico.

De nuestra práctica

En nuestro desempeño diario como peritos de la Dirección de Medicina Forense, se presenta como solicitud habitual la evaluación de los condenados por delitos relacionados con MASNNA (según el art. 27 bis del Código Penal)⁴ acerca de la necesidad y eficacia de la realización de

3. Montejo González, Ángel, *Sexualidad, psiquiatría y cultura*, Barcelona, Ed. Glosa, 2005.

4. Código Penal, art. 27 bis: "Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.
4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. *Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.*
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo".

un tratamiento médico o psicológico a los fines de evitar la reiteración de conductas disvaliosas.

En estos casos, se procede a realizar una amplia entrevista psicológica y psiquiátrica y en ocasiones se efectúa un psicodiagnóstico. Posteriormente se realiza el debate pericial y la confección del informe pertinente.

Consideramos de suma importancia esta evaluación pericial ya que posibilita acceder al conocimiento de la personalidad del condenado y a las motivaciones que permitieron la realización de las conductas penadas. Asimismo permite tratar de establecer un perfil de personalidad del imputado y evaluar la necesidad de una intervención terapéutica eficaz.

La evaluación pericial se basa en la recopilación de información a partir de entrevistas diagnósticas forenses, también mediante el uso de instrumentos psicológicos para conocer su funcionamiento intelectual, sus características de personalidad y de comportamiento, así como posibles trastornos psicopatológicos. Además, debe evaluarse si el sujeto presenta abuso de alcohol o consumo de sustancias estupefacientes.

Un aspecto importante a explorar es la posible presencia de una excitabilidad sexual anómala, en el sentido de que el individuo pueda presentar una fuerte preferencia y excitación sexuales ante estímulos atípicos e ilícitos, como pueden ser las niñas, niños y adolescentes.

Acerca de la pedofilia

Sobre la base de esta experiencia, podemos enunciar ciertos rasgos de personalidad que hallamos habitualmente en los imputados por delitos relacionados con MASNNA. Los sujetos evaluados mayormente evidencian tendencias perversas, que resultan compatibles con los criterios para el diagnóstico de pedofilia descriptos en el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM 5)*:⁵

- A. Durante un período de seis meses al menos, excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años).

5. American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM 5*, Editorial Médica Panamericana, 5ta ed., 2014.

- B. El individuo ha cumplido estos deseos sexuales irrefrenables, o los deseos irrefrenables o fantasías sexuales causan malestar importante o problemas interpersonales.
- C. El individuo tiene como mínimo 16 años y es al menos cinco años mayor que el niño/niños del Criterio A.

Algunos autores distinguen a los pedófilos entre primarios o secundarios. Los primarios presentan una preferencia sexual por los niños, sin apenas interés por los adultos. Tienen fantasías sexuales de carácter claramente pedófilo, una existencia bastante solitaria, pudiendo contar con ciertas estrategias de seducción y suelen ubicarse en trabajos, actividades deportivas y lúdicas que permiten proximidad con niños.

Los pedófilos secundarios pueden tener contactos sexuales esporádicos con niños, como resultado de la soledad y el estrés. Pueden percibir este comportamiento como anómalo, por lo que es frecuente que experimenten vergüenza y sentimientos de culpa.

Aunque diferentes trabajos evidencian la dificultad en hallar rasgos característicos o comunes de este tipo de patología, algunos autores señalan la presencia de rasgos psicopatológicos en esta población, entre los que se encuentran el trastorno psicopático, rasgos de personalidad con signos de conducta pasiva-dependiente, trastornos de la personalidad narcisista, falta de asertividad, elevada sociopatía y presencia de distorsiones cognitivas, así como dificultades en la interacción con el otro sexo.

Es decir que, en las distintas investigaciones, no se ha hallado suficiente evidencia para referirse a una psicopatología específica, por lo que los pedófilos suelen ser personas de apariencia “normal” que se desenvuelven adaptativamente en distintas áreas de su vida pública y muestran una particular inhabilidad en reconocer la necesidad de un tratamiento por su inusual práctica sexual así como una resistencia a cambiar esta conducta.

Recomendación de tratamiento

Los delitos relacionados con MASNNA tienen importantes implicancias tanto sociales como éticas y jurídicas, que exigen un adecuado equilibrio entre la necesaria protección a la comunidad y el respeto debido a los principios y derechos de todas las personas, incluidas

quienes han abusado o agredido sexualmente. En este sentido surge la necesidad de programas de tratamiento con una perspectiva plenamente psicoeducativa.

Con relación al tratamiento recomendado, el apropiado para los agresores sexuales será cualquier intervención disponible que permita corregir sus comportamientos y disminuir el riesgo de reincidencia. Ante la ausencia de programas actuales específicos en la materia para tratar dicha problemática, dependerá de cada tratamiento en particular y de la dinámica del mismo.

Debido a la multifactorialidad etiológica de la pedofilia y de los fenómenos de abuso sexual, no debería esperarse que el tratamiento de los imputados –que se dirige a resolver solo algunos de los factores facilitadores del acto delictivo sin poder resolverlos todos– elimine por completo el riesgo de reincidencia de los infractores, sino que sería más conveniente plantear una postura realista y aspirar a que la implementación de un tratamiento pueda disminuirlo. Siendo esto último nuestro principal horizonte en la intervención pericial psicológica y psiquiátrica forense.

Claro que existen aspectos más estáticos, en cuanto no puedan ser modificados por un tratamiento, como las características de la personalidad o el modo de ser del sujeto, o bien algunos aspectos relacionados con experiencias pasadas. No obstante, la incidencia de factores dinámicos como estilo de vida antisocial, creencias justificadoras de la conducta y déficit en la habilidad de comunicación, sí pueden ser modificados con programas de intervención terapéutica diseñados a tal fin.

Algunas investigaciones demuestran la presencia de otros factores de riesgo susceptibles de modificación por la intervención psicoeducativa, por lo que se convierten en los objetivos principales del tratamiento, a saber: escasa y distorsionada información sobre la sexualidad; intereses sexuales desviados; distorsiones cognitivas, en especial hacia la figura femenina o los niños; bajas habilidades de interacción social, autoestima descompensada; déficit en la capacidad de resolución de problemas; bajos niveles de empatía o emociones solidarias o compasivas con otras personas; baja tolerancia a la frustración; déficits en el autocontrol general y específico; soledad emocional y carencia afectiva. Así también, se pueden modificar factores relacionados con la impulsividad y el abuso de alcohol o drogas asociado en ocasiones a estos delitos.

De esta percepción sobre el dinamismo y la capacidad de modificación de determinados factores relacionados a la conducta del consumidor de MASNNA, se ha derivado la fundamentación conceptual así como los objetivos de los programas que se encuentran vigentes en la actualidad.

En ellos se parte de la idea de que la sexualidad adulta socialmente ajustada y respetuosa de las leyes, no es un mero automatismo, sino que es el resultado de un proceso prolongado de aprendizaje y socialización sexual, que se inicia en la infancia y se intensifica durante la adolescencia y la juventud. Este proceso suele requerir, en primer término, la adquisición de ciertos valores, actitudes, pautas de conducta e inhibiciones acerca de aspectos como los actores sexuales y parejas que resultan apropiados, los contextos y lugares que suelen ser adecuados para emprender conductas sexuales y, sobre todo, la necesidad de consentimiento por parte de las personas implicadas en una relación sexual y la absoluta exclusión de contactos sexuales con menores.

Se asume como principio educativo que cuanto menor sea el infractor mayor es la posibilidad de éxito de estos programas, ya que podrían derivarse de carencias educativas y déficits en habilidades de comunicación e interacción adecuadas para el inicio y la práctica de una sexualidad normalizada y consentida.

Otra cuestión discutible que surge entre los distintos profesionales es en relación con la demanda de tratamiento del infractor, entendiéndose por demanda aquel llamado al otro que lleva a un sujeto a consultar a un profesional de la salud por algún padecimiento o sintomatología reconocida por el mismo hasta con el deseo de cambiar algún tipo de comportamiento.

En este sentido, cabe destacar la diferencia entre el ámbito clínico y el ámbito judicial, siendo que en el primero la demanda de tratamiento resulta un elemento primordial en el inicio del mismo, mientras que en el contexto judicial nuestra intervención como peritos forenses adquiere su sentido más responsable. En nuestro quehacer diario, la demanda no siempre es el punto de inicio del tratamiento recomendado. En estos casos, la intervención sugerida tendrá como primer objetivo lograr la implicancia subjetiva con relación a los hechos denunciados y a una aceptación de estos, así como también de las motivaciones subjetivas que subyacen a la comisión de estos actos reprochables. Resulta

importante que el sujeto haga consciente de que tiene un problema y se sienta disconforme con las conductas que ha realizado, deseando cambiar su comportamiento futuro.

Sin embargo, en lo que concierne a la motivación de los infractores para modificar su conducta, hay que tener en cuenta que esta voluntad de cambio puede no ser del todo genuina y sincera como sería deseable (y menos aún) si se encuentra atravesada por un proceso judicial. No obstante, esto no significa que no se deba ni sea posible trabajar con estos sujetos. En un primer estadio, la motivación para el tratamiento puede ser concebida más como un objetivo del propio programa que como un requisito para el inicio de la intervención. También hay que tener en cuenta que, aun cuando el sujeto evaluado no expresa una demanda explícita de tratamiento, existe un compromiso por su parte de cumplir con las pautas de conductas establecidas en el acuerdo de avenimiento (art. 266 CPPCABA);⁶ el cual suele ser una posible resolución del proceso judicial en el que se formalizan y acuerdan las penas, implicando una aceptación explícita por parte del imputado.

En muchos de los casos evaluados por nosotras, el propio encuentro del infractor con la ley y sus consecuencias tales como la pérdida del empleo, la separación conyugal o la estigmatización y exclusión social, provoca esa demanda de tratamiento en el imputado y su motivación de cambio.

Además de la pretensión de evitar la recidiva de conductas disvaliosas se pueden establecer objetivos específicos a corto plazo como ser: intentar lograr el desarrollo de empatía hacia la víctima, aceptar la responsabilidad por los hechos, reducir las distorsiones cognitivas (justificación y negación o minimización del hecho delictivo), alcanzar

6. Código Procesal Penal CABA, Art. 266: "Avenimiento. En el momento de la intimación al/la imputado/a por el hecho o a partir de ese momento en cualquier etapa del proceso hasta los cinco (5) días posteriores a la notificación de la audiencia de debate, el/la Fiscal podrá formalizar con el/la imputado/a y su defensor/a, un acuerdo sobre la pena y las costas. El acuerdo debe contener los requisitos del requerimiento de Juicio, o remitirse a ese acto si ya se hubiera formulado y la conformidad del/la imputado/a, con asistencia de su defensor/a, la que importará la aceptación sobre la existencia del hecho o de los hechos reprochados y su participación, con la calificación legal adoptada y con la pena solicitada. El/la Juez/a citará al/la imputado/a a una audiencia de conocimiento personal, lo/la interrogará sobre sus circunstancias personales y sobre si comprende los alcances del acuerdo. Luego deberá homologar el acuerdo o rechazarlo y disponer que continúe el proceso, por auto, si considerase que la conformidad del/la imputado/a no fue voluntaria".

estándares de competencia social (autoestima, autoconocimiento), desarrollar actitudes motivacionales (autoconfianza), desarrollar un locus de control interno (percepción del sujeto de que los eventos ocurren principalmente como efecto de sus propias acciones, implica una valoración positiva del esfuerzo, la habilidad y la responsabilidad personal).

Existe evidencia empírica que avala la eficacia del abordaje multimodal que combina los tratamientos cognitivo-conductuales usados con medidas psicosociales, psicoeducativas y/o jurídicas. La mayoría de los tratamientos aplicados en el mundo tienen como fundamento el formato de tratamiento cognitivo-conductual estándar aplicado por Marshall y su equipo en Canadá.⁷

Distintos autores han destacado el carácter grupal de las intervenciones sobre dicha conducta desviada para el desarrollo de una sana sexualidad y el establecimiento de estrategias eficaces de autocontrol basándose en las teorías del aprendizaje social, aumentando de esta forma las posibilidades de reeducación, reinserción y asesoramiento. El objetivo es el desarrollo de habilidades que le permitan al infractor prevenir conductas desajustadas, desarrollando un sentido sano de las relaciones sociales, en especial, de la sexualidad.

A su vez, se complementa con el tratamiento individual teniendo en cuenta las características personales de los infractores y su historia vital. También se sugiere la intervención de las familias en el caso de jóvenes que delinquen, como aspecto determinante en el éxito de la misma.

En cuanto a las intervenciones medicamentosas, focalizadas en la reducción de la excitación sexual, impulso sexual y comportamientos concomitantes que la acompañan, se ha descrito el uso de antiandrógenos y agentes serotoninérgicos, los que habitualmente se prescriben son la ciproterona y acetato de medroxiprogesterona. Otros dos fármacos utilizados en delincuentes sexuales son la goselerina y la leuprorelina.

Medida más agresiva y de carácter permanente es la castración quirúrgica, que ocasionalmente se practica en Alemania, República Checa y Suiza, mientras en Estados Unidos, en función del estado hay quienes solo ofrecen como única opción a los delincuentes la

7. Marshall, William. L. y Fernández, Yolanda M., "Enfoques cognitivo-conductuales para las parafilias: el tratamiento de la delincuencia sexual", en Caballo, Vicente (ed.), *Manual para el tratamiento cognitivo-conductual de los trastornos psicológicos*, Madrid, Siglo XXI, vol. I, 2007.

castración física, como Texas, habiendo otros estados donde se les permite escoger entre esta o la castración química.

Conclusiones

No existe en la actualidad un único tratamiento biológico, psicológico, socioeducativo, jurídico-penal, que por sí mismo dé una solución eficaz a lo que acontece en la pedofilia, necesitándose así de una mirada interdisciplinaria para poder diseñar programas de intervención dirigidos a aumentar el control voluntario de la excitación sexual y la reducción del impulso sexual, así como también dotar al infractor de nuevas habilidades sociales para que modifique su patrón cognitivo-conductual.

Por último, cabe resaltar la importancia de la legislación obtenida recientemente sobre los delitos relacionados con material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes (Ley N° 27436), que ha permitido dirigir una mirada hacia esa temática, fortalecer las medidas de protección de las niñas, niños y adolescentes contra la explotación sexual y demás delitos de las que son víctimas.

Resulta fundamental abordar la problemática del uso de MASNNA mediante una legislación adecuada, acuerdos y cooperación internacional como existen en la actualidad, restando desarrollar alternativas psicoterapéuticas, psicoeducativas y psicosociales que acompañen a las penas impuestas en los procesos judiciales desde una perspectiva más efectiva e inclusiva.

Es necesario diseñar intervenciones en el ámbito del sistema de salud de nuestro país, los cuales deberán ser específicas en la materia, con diagramación de objetivos a corto plazo, que permitan contener las conductas compulsivas de consumo y distribución de MASNNA a fin de disminuir la posibilidad de reincidencias y el desarrollo de conductas más graves, y sobre todo evitando el aumento del número de víctimas. Es importante, en ese sentido, aprender de las experiencias desarrolladas en otros países para adaptarlas a las particularidades de nuestra sociedad. Sin duda, esta ardua tarea nos convoca y nos compromete a todos aquellos quienes, desde distintas posiciones y disciplinas, intervenimos en esta problemática.

Bibliografía

ABRACEN, Jeffrey y LOOMAN, Jan, “Recidivism among treated sexual offenders and comparison subject”, en *Journal of Sexual Aggression*, 2011.

ACORDADA N° 29363, de la Suprema Corte de Justicia del Poder Judicial de Mendoza, Argentina, del 15 de octubre de 2019.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, American psychiatric publishing, 2013.

BALBUENA RIVERA, Francisco, “Cartografiando la pedofilia: eficacia de los tratamientos y estrategias futuras”, en *Apuntes de Psicología*, vol. 32, N° 3, 2014.

BARBAREE, Howard E. y LAGTON, Calvin M., “The effects of child sexual abuse and family environment”, en BARBAREE, Howard E. y MARSHALL, William L., *The juvenile sex offenders*, Nueva York, The Guilford Press, 2006.

BARBAREE, Howard E. y MARSHALL, William L., “An introduction to the Juvenile Sex Offenders”, en BARBAREE Howard E. y MARSHALL, William, L., *The juvenile sex offenders*, Nueva York, The Guilford Press, 2006.

BECERRA GARCÍA, Juan, “Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales”, en *Revista de Psiquiatría y salud mental*, 2009.

_____, “¿Existe un perfil característico de psicopatología de la personalidad en pedofilia?”, en *Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace*, 2013.

BECKER, Judith y HUNTER, John, “Understanding and treating child and adolescent sexual offenders”, en OLLENDICK, Thomas, *Advances in clinical child psychology*, 1997.

BERLIN, Fred, “Pedophilia and DSM-5: The importance of clearly defining the nature of a Pedophilic disorder”, en *Journal American Academy Psychiatry Law*, 2014.

BERLINERBLAU, Virginia, “Pornografía infantil, paidofilia e Internet”, en *Cuadernos de Medicina forense*, Año 5, N° 1.

BROWN, Sara, *Treating sex offenders*, Cullompton, Willan Publishing, 2005.

BUDRIONIS, Rita y JONGSMA, Arthur E., *The sexual abuse victim and sexual offender: treatment planner*, Nueva Jersey, Huboken John Wiley & Sons, 2003.

CEPEDA RODRÍGUEZ, José I. y RUIZ PÉREZ, Zulma Y., “Distorsiones cognitivas: diferencias entre abusadores sexuales, delincuentes violentos y un grupo control”, en *Revista Criminalidad*, Bogotá, vol. 58, N° 2, 2016.

ECHEBURÚA, Enrique; GARCÍA ARAN, Mercedes; MENA, José M.; NAVARRO, Joan C. y REDONDO ILLESCAS Santiago, *¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes?*, Interrogantes de la Fundación Víctor Grifols, Barcelona, Fundación Víctor Grifols, Monográfico N° 1, 2009.

ECHEBURÚA, Enrique y GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina, *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

_____, “Especial consideración de algunos ámbitos de victimación”, en BACA, Enrique, ECHEBURÚA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep (eds.), *Manual de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ECHEBURÚA, Enrique y REDONDO ILLESCAS, Santiago, *¿Por qué víctima es femenino y agresor masculino? La violencia contra la pareja y las agresiones sexuales*, Madrid, Ed. Pirámide, 2010.

GARRIDO, Vicente y BENEYTO, María J., *El control de la agresión sexual. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad*, Valencia, Ed. Cristóbal Serrano Villalba, 1996.

GRUPO DE TRABAJO INTERINSTITUCIONAL, “Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales”, ECPAT International, Luxemburgo, 2016.

HENDRIKS, Jan y BIJLEVELD, Catrien, “Juvenile sexual offenders: contrasting child abusers with peer abusers”, en *Criminal behavior and mental health*, 2004.

JIMÉNEZ DÍAZ, Rafael, “Tratamiento de un caso de pedofilia desde la terapia de aceptación y compromiso (ACT)”, en *Avances en psicología latinoamericana*, Bogotá, vol. 34, N° 3, 2016.

JUNG, Sandy y GULAYETS, Michael, “Using clinical variables to evaluate treatment effectiveness in programmes for sexual offenders Journal of Sexual Aggression”, en *American Psychological Association*, 2011.

KAPLAN, Benjamín y ALCOTT SADOCK, Virginia, *Sinopsis de Psiquiatría*, Barcelona, Waverly hispánica, 9na ed., 2004.

MARSHALL, William, L. y FERNÁNDEZ, Yolanda M., “Enfoques cognitivo-conductuales para las parafilias: el tratamiento de la delincuencia sexual”, en CABALLO, Vicente, (ed.), *Manual para el tratamiento cognitivo-conductual de los trastornos psicológicos*, Madrid. Siglo XXI, vol. I, 1997.

_____, *Agresores sexuales*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.

MONTEJO GONZÁLEZ, Ángel L., *Sexualidad, psiquiatría y Cultura*, Barcelona, Ed. Glosa, 2005.

PARADA, Ricardo A., *Ciberdelitos y delitos informáticos*, Buenos Aires, Erreius, 2018.

POLASCHEK, Devon L., ANSTISS, Brendan y WILSON, Marc, “The assessment of offending-related stage of change in offenders: Psychometric validation of the URICA with male prisoners”, en *Psychology, Crime & Law*, 2010.

REDONDO, Santiago, *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.

_____, *Manual para el tratamiento psicológico de los agresores sexuales*, Madrid, Ed. Pirámide, 2008.

_____, *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*, Madrid, Editorial Pirámide, 2008.

_____, “Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2008.

RIGHTHAND, Sue y WELCH, Carlann, “Juveniles who have sexually offended: a review of the professional literature”, U.S. Department of Justice Office of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Washington, 2001.

ROMI, Juan C. y GARCÍA SAMARTINO, Lorenzo, “Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia, Año 3, N° 2 y 3, junio de 2005.

SERIN, Ralph C. y LLOYD, Caleb D., “Examining the process of offender change: The transition to crime desistance”, en *Psychology, Crime & Law*, 2009.

WARD, Tony; HUDSON, Stephen M. y KEEMAN, Thomas R., “The assessment and treatment of sexual offenders against children”, en HOLLIN, Clive R. (ed.), *Offender assessment and treatment*, Chichester, Reino Unido, Wiley, 2001.

Reflexiones acerca del secreto profesional en la actuación del perito psicólogo: un posicionamiento ético

Alicia B. Vieyto*

A lo largo de estos diez años de trabajo en la Dirección de Medicina Forense, los psicólogos que nos desempeñamos en el cargo de perito oficial muchas veces nos hemos visto implicados en situaciones donde se cuestiona no solo el dictamen pericial sino también nuestra actuación, solicitando la inclusión en el expediente judicial de los protocolos resultantes de la evaluación pericial psicológica que realizamos bajo la falacia argumental de “controlar la prueba”.

Dicha solicitud importa al perito un dilema ético-legal, cuando su inclusión es ordenada por el juez, dado que cumplir con la manda nos implica infringir tanto las normas legales dispuestas en la Ley N° 23277 del Ejercicio Profesional de la Psicología y el articulado del Código Penal referente al secreto profesional, como también las disposiciones de los códigos de ética vigentes.

La actividad del perito

La praxis del perito psicólogo se cumple en el marco de un juicio, es decir, un proceso judicial originado en una controversia de derechos. Cada parte integrante del mismo –actor y demandado en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario; parte acusadora y parte acusada en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas– puede solicitar una prueba pericial psicológica a fin de argumentar su postura.

*Licenciada en Psicología (UBA). JTP de la II Cátedra de Psicología Jurídica UBA y de la Universidad Kennedy; Profesora Adjunta en la Universidad de Flores. Perito Oficial del Poder Judicial de la CABA. Coordinadora de Psicología Forense.

De allí surge un campo particular que se genera a partir del entrecruzamiento discursivo de dos ciencias muy diferentes pero que comparten un mismo objeto de estudio: la conducta humana. Psicología y Derecho se entrecruzan cuando esta requiere un asesoramiento específico vinculado al campo de conocimiento de aquella. Mientras que el Derecho incluye al hombre en un sistema de normas, leyes o reglas, la Psicología busca lo individual o subjetivo para entender y particularizar los hechos y conductas de un individuo, en un determinado momento de su historia.

El término “perito” proviene del latín *peritus* y significa experto, docto, experimentado o práctico en alguna ciencia, técnica o arte; por lo cual es llamado por la justicia para dictaminar acerca de aquellos hechos cuya apreciación requiere de su especificidad.

Según Soler,¹ el perito “es un tercero llamado a juicio para suministrar esclarecimiento sobre hechos cuya verificación e interpretación requieren conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria”. Dentro del proceso judicial, es un tercero ajeno al hecho que se investiga convocado por un juez a fin de que por su aptitud, idoneidad técnica, científica o artística, emita su opinión fundada acerca de hechos controvertidos y/o dudosos, cuya resolución requiere conocimientos especiales, cumpliendo así la función de asesor del magistrado judicial.

Las consecuencias traumáticas en el psiquismo de las víctimas de hechos ilícitos, las características estructurales y dinámicas de la personalidad de víctimas y/o victimarios, la credibilidad de los testimonios, las características de los vínculos de pareja, las motivaciones de las conductas criminales, son algunos de los interrogantes que requieren de la intervención del psicólogo forense.

El perito psicólogo es, entonces, un tercero ajeno a la litis quien ofrece sus conocimientos y aplicación de técnicas de evaluación apropiadas, colaborando en la ardua tarea de dictar sentencia que llevan a cabo los magistrados.

Para Urra Portillo –prestigioso psicólogo forense a nivel internacional– la psicología forense es:

... la ciencia que enseña la aplicación de todas sus ramas y saberes de la psicología ante las preguntas de la Justicia y coopera en todo momento con la administración de la justicia, actuando en el Foro, y mejorando el

1. Soler, Sebastián, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, TEA, 1995.

ejercicio del derecho. El límite de la actuación lo establecerá el requerimiento que el proceso judicial plantee.²

La actuación del perito psicólogo implica conocer las limitaciones que determina el ejercicio de un rol condicionado por el campo jurídico, cuyos lineamientos son muy diferentes a los que plantea el campo de la psicología clínica.

En primer lugar, debe analizar y establecer los objetivos de la solitud de su intervención, para luego construir la estrategia más eficaz que le permita brindar las respuestas que le solicitan, seleccionando los medios de evaluación que considere adecuados para desarrollar su tarea con objetividad, imparcialidad, independencia y honestidad.

Las mencionadas condiciones de idoneidad y ética de nuestra praxis se reflejan en el dictamen pericial que constituye el asesoramiento requerido.

Witthaus sostiene que la prueba pericial “es la opinión fundada de una persona especializada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a dominar”.³ Si bien es de carácter no vinculante, se trata de un medio de prueba expresamente consignado en los Códigos Procesales de ambos fueros que será valorado por el magistrado actuante al momento de dictar sentencia.

En este sentido, es dable citar un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario en el cual destaca la importancia de la opinión del experto de la Dirección de Medicina Forense, plasmada en su dictamen pericial, para la resolución de un pleito. La Sala I, integrada por los Dres. Fabiana H. Schafrik de Núñez, Carlos F. Balbín y Mariana Díaz, en los autos “T. O., N. I. c/GCBA s/ responsabilidad médica” dijo:

Pues bien, al respecto del valor de la prueba pericial esta Sala tiene dicho que dicha diligencia “es, en principio, el medio más idóneo para aclarar cuestiones propias de una especialidad técnica que sea ajena al conocimiento judicial. Debiendo tenerse en cuenta que ‘ante la diversidad de opiniones de los expertos, es adecuado inclinarse por la del Cuerpo Médico Forense [...] cuya imparcialidad está garantizada...’” (Cámara

2. Urra Portillo, Javier y Vázquez Mezquita, Blanca (comps.), *Manual de Psicología Forense*, Madrid, Siglo XXI, 1993.

3. Witthaus, Rodolfo, *Prueba pericial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991.

Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala III - 05/12/1991- Varela, Eladio c. Estado nacional - Estado Mayor Gral. del Ejército - LA LEY 1992-D, 299 - DJ 1992-2, 834- AR/JUR/1520/1991).⁴

El secreto profesional. Marco legal

La especificidad de la tarea requiere al menos de una profunda reflexión acerca del tratamiento del secreto profesional en la evaluación de los peritados, ya que adquiere ciertas particularidades imprescindibles de destacar respecto del deber de confidencialidad que tiene el psicólogo en resguardo de la privacidad de un paciente.

La Ley del Ejercicio Profesional de la Psicología en su artículo 8 establece que

Los profesionales que ejerzan la psicología están obligados a: [...] 2) Proteger a los examinados, asegurándoles que las pruebas y resultados que obtenga se utilizarán de acuerdo a normas éticas y profesionales [...] 4) Guardar el más riguroso secreto profesional sobre cualquier prescripción o acto que realizare en cumplimiento de sus tareas específicas, así como de los datos o hechos que se les comunicare en razón de su actividad profesional sobre aspectos físicos, psicológicos o ideológicos de las personas.⁵

Por otro lado, nuestra Constitución Nacional en el artículo 19 tutela el derecho a la intimidad de las personas. En igual sentido, el Código Civil protege el mismo derecho previendo un derecho indemnizatorio para aquel que haya sido perturbado en su intimidad (art. 1071 bis). Asimismo, el Código Penal también hace referencia al tema, considerando la violación del secreto profesional como un delito y estableciendo una pena de prisión o multa e inhabilitación “al que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (art. 156).

4. Sala I CAyT en autos “Lazcano Claudia Edith c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios”, Expte.: N° 5916/0, del voto del Dr. Carlos F. Balbín, Dr. Horacio G. Corti y Dra. Inés M. Weinberg de Roca, sentencia del 04/07/2012.

5. Ley N° 23277. Sanción: 27/09/1985, promulgación de hecho: 06/11/1985, publicación: BO N° 25806 del 15/11/1985.

Podemos decir, en términos generales, que existe “justa causa” cuando la no revelación del secreto pueda causar un daño severo, permanente o irreversible a terceros.

En este punto, el maestro Nerio Rojas nos enseña que el secreto profesional siempre es relativo por definición. Plantea que habría una discusión desde dos puntos de vista antagónicos: el secreto absoluto y el secreto relativo. El secreto absoluto es el que sostiene el deber de callar siempre y en todos los casos, por ser el garante de la situación clínica; en cambio, el secreto relativo se fundamenta en la posibilidad de limitarlo en función de un requerimiento de orden legal (esto es, las preguntas que se hace la Justicia) o a criterio del mismo profesional (aquí la ética cobra un rol protagónico).

Es decir que los peritos psicólogos, si bien debemos respetar el más riguroso secreto profesional respecto de nuestros peritados, estamos relevados del deber de mantenerlo solo respecto de poder brindar las respuestas requeridas a través de las preguntas que ordena el magistrado que interviene en el proceso judicial.

El primer paso de nuestra intervención requiere que sepamos exactamente cuál es la solicitud judicial. Para ello, debemos realizar un pormenorizado estudio del expediente judicial y de las preguntas que específicamente se deberán responder (esto es, los puntos de pericia); tomar nota de la designación de peritos de parte o de consultores técnicos a fin de evitar la presencia de terceros ajenos a la pericia durante su realización; y establecer día y hora de realización de las entrevistas, teniendo en cuenta los plazos legales estipulados.

Una vez frente al peritado, es trascendental exponer las condiciones de la tarea que se desarrollará, es decir, aquello que los psicólogos denominamos “encuadre”: explicar a la persona a evaluar el objetivo de la evaluación psicológica forense que se realizará, la modalidad de trabajo y las pruebas o técnicas de exploración psicológica que se implementarán. También, que el resultado de la misma se plasmará en un informe dirigido al juez que será presentado en el expediente judicial, y que no recibirá una devolución personal de los resultados, tal como sucede en las evaluaciones clínicas.

Las entrevistas que se realicen serán siempre semipautadas, es decir que contendrán preguntas estructuradas y preguntas libres, dándole al peritado el espacio que sea necesario para relatar lo que le

sucede. En cuanto a las técnicas, serán seleccionadas por el perito de acuerdo a lo que se le solicite evaluar en los puntos de pericia, las condiciones de la evaluación y las características del peritado.

La indicación clínico-diagnóstica de cuáles herramientas diagnósticas son las más adecuadas para cada caso particular solo puede planificarse después de la primera entrevista. No puede aceptarse de un lego en Psicología la indicación de cuáles técnicas deben administrarse, ya que solo el perito psicólogo está capacitado para seleccionarlas en base a lo antedicho y al contexto vincular (transferencial) de la entrevista.

Además, una cantidad numerosa de técnicas no garantiza la científicidad de un peritaje, ya que el resultado es la conclusión a la que arriba el experto luego del análisis intra e inter test, donde se busca la coherencia interna de las mismas (recurrencias y convergencias).

Posicionamiento ético del perito

Si tenemos en cuenta que la peritación que se nos encomienda no concluye sino con la valoración definitiva del dictamen pericial que realiza el juez al momento de dictar sentencia, siguiendo lo planteado por Travacio⁶ se puede diferenciar tres momentos del secreto profesional del perito psicólogo a lo largo de su actuación.

Un primer momento quedaría definido por la práctica pericial propiamente dicha. Es durante las entrevistas de evaluación y en los protocolos resultantes de las técnicas implementadas que el perito resulta depositario de todo lo dicho y lo no dicho por el peritado, siendo deber del profesional resguardar la intimidad del mismo consignando en su informe solo lo pertinente al requerimiento judicial, reservando bajo el secreto profesional de rigor el resto de la información recibida.

El segundo momento sería la confección del dictamen pericial y su presentación en el expediente judicial, dando lugar a una tática eximición parcial del secreto profesional; en caso de audiencias de debate, se agrega la complejidad del posible interrogatorio por parte del juez o el tribunal que interviene, el que solo podrá versar estrictamente sobre lo plasmado en el dictamen ya realizado.

6. Travacio, Mariana, *Manual de Psicología Forense*, Buenos Aires, UBA, 1996.

Una vez dictada la sentencia definitiva, continúa la obligación del perito de respetar y preservar la intimidad del peritado marcando el tercer momento del secreto profesional. En el supuesto caso de que, una vez concluido definitivamente el proceso judicial, se utilizará el material con propósitos científicos (docencia y/o investigación), y se deberán tomar todos los recaudos necesarios a fin de preservar la identidad del peritado.

De acuerdo a lo hasta aquí desarrollado, vemos que es en el segundo momento cuando el mantenimiento del secreto profesional se torna más complejo, dado que el dictamen pericial queda a consideración de las partes, las que pueden solicitar una ampliación por surgir dudas de lo allí expresado, o aclaraciones de algún o algunos puntos; ser impugnado o que se lo declare nulo.

Muchas veces, es en esta etapa donde se nos piden los protocolos resultantes de nuestra intervención. Más allá de lo explicitado respecto del deber de mantener el secreto profesional basados en las normas nacionales y locales en la materia, las normas éticas que rigen nuestro actuar tanto en el ámbito de la República Argentina como en otros países donde la Psicología forense se encuentra ampliamente desarrollada, son contrarias a presentar los protocolos en los procesos judiciales y sostienen que es de rigor la conservación de los mismos por el perito.

Como ya dijimos, la tarea pericial psicológico-forense permite obtener material referente a la persona examinada, brindado por las entrevistas diagnósticas y las técnicas administradas. Dicho material es analizado en los planos manifiesto, latente y vincular; es decir, de los fenómenos emergentes del vínculo entrevistado-entrevistador, siempre en el marco particular del contexto forense. El informe pericial es el resultado de la interpretación integral de todos los datos obtenidos, y no de la interpretación parcial o aislada de las técnicas que se hubieran administrado.

Los códigos de ética orientan el actuar del perito psicólogo tanto en la construcción de una identidad propia como en las exigencias y las formas de comportamiento más adecuado a su desempeño profesional.

El Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (FEPRA), de la Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina (APFRA), del Colegio de Psicólogos de la provincia de Buenos Aires, y del Psicodiagnosticador de la Asociación Argentina

de Estudio e Investigación en Psicodiagnóstico (ADEIP), son coincidentes en cuanto a que “el secreto profesional es la obligación y derecho permanente de silencio que contrae el psicólogo en el transcurso del ejercicio de su profesión” (Colegio de Psicólogos de la provincia de Buenos Aires) determinando la “obligación de guardar el secreto profesional de la información brindada en el contexto de la evaluación y el mantenimiento de la seguridad de los protocolos originales de las pruebas realizadas que quedan en custodia del perito”.

Así lo reafirma la Lic. Cejas de Scaglia, ex Perito del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional y Secretaria Científica de APFRA, quien sostiene que

Todo el material psicológico obtenido por el perito oficial o perito de oficio, en cuanto a entrevistas, pruebas gráficas y diferentes respuestas brindadas por el examinado, no debe ser adjuntado al informe. Con respecto a los peritos de parte o consultores técnicos podrán consultar dicho material cuando lo deseen pero no se les entregará fotocopias de los mismos.⁷

El derecho a la defensa vs. el deber profesional del perito

El derecho a la defensa de toda persona es un derecho fundamental en todo proceso judicial, ya sea tanto una causa del fuero Contencioso Administrativo y Tributario o del fuero Penal, a fin de evitar desequilibrios y/o limitaciones en la posición procesal de las partes que pudieran provocar una situación de indefensión.

Se trata de una garantía constitucional de la cual derivan otras, tales como el debido proceso, el principio de inocencia, *in dubio pro reo*, entre otras (art. 18 CN).

Por otro lado, la indefensión es un concepto jurídico referido a aquella situación procesal en la que la parte se ve limitada o despojada por el órgano jurisdiccional de los medios de defensa que le corresponden en el desarrollo del proceso.

7. Cejas de Scaglia, María A., “Psicología Forense- Actividades científicas”, en *Revista de la Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina*, Año 28, N° 29, diciembre de 2017.

Las consecuencias de la indefensión pueden suponer la imposibilidad de hacer valer un derecho o la alteración injustificada de la igualdad de medios entre las partes, otorgando a una de ellas ventajas procesales arbitrarias.

En relación con la prueba pericial, tanto el Código Procesal Penal como el Contencioso Administrativo prevén la presencia de un perito de parte o un consultor técnico a criterio de las partes intervinientes, a quienes faculta para presenciar las operaciones pertinentes, formular observaciones, pedir aclaraciones y/o ampliaciones.⁸

El magistrado a cargo del proceso judicial es quien debe observar, a lo largo del litigio, el cumplimiento de las garantías constitucionales para las partes intervinientes.

Es así como la interpretación –a mi entender, desafortunada– de este derecho se transforma en un argumento falaz a la hora de solicitar la entrega y/o inclusión de los protocolos en los expedientes judiciales.

Reflexiones finales

Las evaluaciones psicológico-forenses se realizan mediante las técnicas de exploración que el perito psicólogo considera más apropiadas para cumplir adecuadamente con su tarea. Las conclusiones se plasman en un dictamen pericial que resulta siempre un juicio clínico consecuencia de la interpretación que realiza el experto de los datos disponibles, los que se obtienen de la evaluación en conjunto del material obtenido en un contexto que le es propio y que incluye el vínculo entrevistado-entrevistador, teniendo en cuenta las interrelaciones de las pruebas utilizadas y los elementos cualitativos extraídos de cada entrevista.

Así, la entrega de los protocolos y su inclusión en el expediente judicial no solamente obliga al perito psicólogo a romper con el deber de mantener el secreto profesional, en contra de las normas legales y éticas ya mencionadas, sino que al hacerlo se corre un alto riesgo de

8. Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Título III, Prueba, Capítulo 5, arts. 129 a 137, aprobado por Ley N° 2302 el 29/03/2007. Código Contencioso Administrativo, Capítulo V Prueba de Peritos, arts. 363 a 386, aprobado por Ley N° 189 el 28/06/1999.

desvirtuar los resultados del dictamen pericial, permitiendo que sean interpretados por quienes no participaron del proceso de evaluación.

Además, resulta imposible dar cuenta explícita y manifiestamente de todo lo acontecido durante cada entrevista de evaluación sin vulnerar la ética profesional del perito psicólogo, ya que los peritados se exhiben a sabiendas de que el material que brindan está resguardado bajo el secreto profesional, garantizado tanto por nuestra formación teórica como por nuestra trayectoria profesional.

De esta forma, la tarea pericial se vería perjudicada por el riesgo de permitir que se llegue a conclusiones descontextualizadas y erróneas.

Los protocolos resultantes de las pruebas administradas, como es de rigor a la tarea pericial, deben permanecer a resguardo en los archivos de la Dirección de Medicina Forense, a fin de ser consultados por aquellos profesionales psicólogos que, aun no habiendo presenciado las entrevistas psicodiagnósticas, sean autorizados por el magistrado interviniente para consultarlos en presencia del perito actuante, en la sede de la misma Dirección.

Asimismo, deben quedar a disposición del perito, quien deberá utilizarlos en caso de que se requiera alguna ampliación para la mejor comprensión de sus conclusiones.

Bibliografía

ÁLVAREZ, Héctor, VARELA, Osvaldo y GREIF, Dora, *La actividad pericial en Psicología Forense*, Buenos Aires, Ediciones del Eclipse, 1992.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “El secreto profesional en el proyecto del Código Penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 33, Fasc./Mes 3, 1980.

CASTEX, Mariano, *El secreto médico en peritación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1988.

CEJAS DE SCAGLIA, María A., “Psicología Forense-Actividades científicas”, en *Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina*, Año 28, N° 29, diciembre de 2017.

GARDINER, Graciela, *Construir puentes en Psicología Jurídica*, Buenos Aires, JVE Ediciones, 2003.

PUHL, Stella Maris; IZCURDIA, Mariel y OTEYZA, Gabriela, *Psicología Jurídica y Práctica pericial*, Buenos Aires, 2019.

PUHL, Stella Maris; IZCURDIA, Mariel y VARELA, Osvaldo, *La actividad pericial en Psicología Jurídica*, Buenos Aires, Asociación de Psicología Jurídica y Pablo Zamorano Editor, 2013.

ROJAS, Nerio, *Medicina Legal*, Buenos Aires, El Ateneo, 1959.

SIERRA FREIRE, Juan; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Eva y BUELA CASAL, Gualberto, *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.

SOLER, Sebastián, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, TEA, 1995.

TALARICO PINTO, Irene, *Pericia Psicológica*, Buenos Aires, La Rocca, 2007.

TRAVACIO, Mariana, *Manual de Psicología Forense*, Buenos Aires, UBA, 1996.

URRA PORTILLO, Javier y VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca (comps.), *Manual de Psicología Forense*, Madrid, Siglo XXI, 1993.

VARELA, Osvaldo; SARMIENTO, Alfredo; PUHL, Stella Maris e IZCURDIA, María de los Ángeles, *Psicología Jurídica*, Buenos Aires, JCE Ediciones, 2010.

_____, *Psicología y Derecho: aportes desde la subjetividad*, Buenos Aires, JCE Ediciones, 2018.

WITTHAUS, Rodolfo, *Prueba pericial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991.

Códigos

- Código de Ética de la Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina (APFRA).
- Código de Ética del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires.
- Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (FEPRA).
- Código de Ética del Psicodiagnosticador de la Asociación Argentina de Estudio e Investigación en Psicodiagnóstico (ADEIP).
- Código Civil Argentino.
- Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.
- Código Penal Argentino.
- Código Procesal Civil y Comercial Argentino.
- Código Procesal Penal Argentino.
- Código Procesal Penal de la CABA.

El testimonio y el sistema legal

Juan Francisco Mugnolo*

Para la ley el testimonio es la experiencia que relata el testigo ante autoridad competente sobre el conocimiento concreto que tenga, por percepción sensorial directa, de un objeto o hecho pasado que tiene interés probatoria. Para ser traído al proceso debe ser conducente al esclarecimiento del hecho objeto de investigación, pues de lo contrario será un testimonio inconducente, esto es ajeno al proceso.¹

El testimonio tiene por fundamento y presupuesto ideológico presunción de verdad; sin embargo como expresión humana tiene que estudiarse en su justa dimensión y en las diversas facetas que lo hacen eficaz o ineficaz. Se pueden exponer dos argumentos a favor del fundamento de la presunción de la veracidad de la prueba testimonial:²

1. Es más difícil para el hombre idear una mentira. Si el testigo dice la verdad y su narración se limita a decir la verdad, solamente narrará lo que recuerda, pero si miente no solamente narrará lo que recuerda, sino que tendrá que fabricar circunstancias que posteriormente deben ser conservadas en la memoria paralelamente junto a los hechos percibidos.
2. Nuestra vida se ha desarrollado casi exclusivamente con fundamento en testimonios aceptados como ciertos, sin cuestionamientos.

Identificación de testigos y testimonio

Cuando un testigo describe o reconoce a un delincuente, está dependiendo de su memoria. Por ello para entender el proceso de

* Psicólogo UP. Máster en Psicobiología y Psicología Cognitiva Universidad de Barcelona. Psicólogo forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

1. Jauchen, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

2. Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, Temis, 2da ed., 1960.

identificación realizado por un testigo resulta menester comprender cómo funciona la memoria. En general, la psicología reconoce tres procesos que forman el sistema de memoria: la codificación, el almacenamiento y la recuperación de la información. La codificación involucra la recolección de información y la acomodación de esta, de tal manera que pueda ser retenida en la memoria. El almacenamiento implica la retención de la información codificada en el cerebro a lo largo del tiempo. La recuperación importa el acceso y la extracción de la información almacenada cuando esta es requerida.³

Los errores en la memoria pueden ocurrir en cualquiera de los tres procesos del sistema. Cuando codificamos un evento, seleccionamos algunos aspectos e ignoramos otros. Las imágenes y sonidos que almacenamos pueden deteriorarse con el paso del tiempo, y el proceso de recuperación incluye algún tipo de reconstrucción.

Existen muchos casos en los cuales el testimonio de un testigo puede hacer la diferencia entre la condena y la absolución. Este suele ser el caso de la justicia del fuero penal, donde el testimonio resulta ser crucial, ya que en muchos casos es la mayor prueba de evidencia en un juicio. En un estudio realizado por Loftus,⁴ examinó 347 casos en los cuales la única evidencia era el testimonio de algún testigo. En el 74% de los casos el encausado fue condenado. En el 49% de los casos donde el acusado fue condenado, solo había un único testigo.

La persuasión del testimonio de un testigo es solamente un problema si el testigo está equivocado. Desafortunadamente, la investigación sugiere que un testigo ocular es mucho más falible de lo que comúnmente se supone. Sin embargo, las investigaciones sobre las personas que han sido condenadas por delitos cuya inocencia fue probada más tarde revelan que los errores en la identificación por parte de los testigos oculares condujeron a más condenas erróneas que cualquier otro tipo de evidencia.⁵ De hecho, los errores de identificación jugaron un rol en el 76% de los casos donde la persona condenada

3. Foster, Jonathan K., *Memory: a very introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

4. Loftus, Elizabeth F., "Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory", en *Learning Memory*, N° 12, 2005, pp. 361-366.

5. Innocence Project, "Eyewitness misidentification", 2010. Disponible en: <http://www.innocenceproject.org/understand/Eyewitness-Misidentification.php>

erróneamente fue liberada de prisión debido a que las pruebas de ADN (que aparecieron con posterioridad) probaran su inocencia.⁶

A causa de dos casos emblemáticos sucedidos en los Estados Unidos de América –“Neil vs. Biggers” (1972) y “Manson vs. Braithwaite” (1976)– la Corte Suprema de dicho país ha enfatizado cinco factores que deben ser tomados en cuenta cuando se evalúa la precisión de la identificación por parte de un testigo ocular:

1. la oportunidad que tuvo el testigo de ver al perpetrador del delito,
2. el nivel atencional del testigo,
3. la certeza en la descripción del testigo, previa a la ronda de reconocimiento,
4. el grado de certeza desplegado por el testigo con posterioridad a la ronda de reconocimiento,
5. el tiempo transcurrido desde que alguien fue testigo de un delito hasta la identificación del perpetrador.

Este conjunto de criterios es conocido en la actualidad como el *criterio Manson*. Si bien parecen lógicos, son muy difíciles de aplicar a los delitos actuales, y uno de los principios (el grado de certeza) es contrario a los hallazgos de las investigaciones.

Salvo algunas excepciones (por ejemplo, haber sido rehén durante varias horas), es muy difícil de evaluar la oportunidad y el nivel atencional que tiene el testigo de ver al perpetrador del delito. Usualmente, los jueces dependen de lo que los testigos dicen sobre el tipo de oportunidad que han tenido para observar el delito, como también sobre cuán atentos estaban en dicho momento. De hecho, no existe una manera precisa de medir la atención en estos casos.

La evidencia sugiere que la agudeza mejora si el testigo mira a la cara del delincuente durante un tiempo prolongado. Pero en la mayoría de los casos, es imposible saber por cuánto tiempo el testigo fue capaz de estudiar la cara del perpetrador. La gente sobrestima la duración de un breve evento, especialmente si el mismo es estresante. Consecuentemente, el tiempo parece transcurrir más lento para un testigo aterrado. Se ha estimado que la sensación de tiempo durante un evento estresante es 3 a 4 veces más extensa que durante un evento cualquiera.

6. Wells, Gary L.; Memon, Amina y Penrod, Steven D., “Eyewitness evidence: Improving its probative value”, en *Psychological science in the Public Interest*, vol. 7, N°2, 2006, pp. 45-75.

Esto significa que un testigo que estimó haber visto al delincuente durante 2 minutos podría haberlo hecho durante 30 segundos.

La certeza de un testigo es un indicador poco fiable de exactitud, más aún si tenemos en cuenta la problemática hallada sobre el efecto que provoca los interrogatorios tendenciosos y los procedimientos en las rondas de reconocimiento, los cuales incrementan una falsa certeza del testigo y pueden conducirlo a sobrestimar la claridad con la que vieron al delincuente.

Según Wells y Quinlivan,⁷ deberíamos confiar en autoinformes de los testigos para evaluar tres de los cinco criterios *Manson* (certeza, visión, y atención). Si estos autoinformes fueron corrompidos por interrogatorios sugestivos y procedimientos de identificación, podrían ser indicadores engañosos de la exactitud del testigo.

La construcción y reconstrucción de la memoria de un testigo ocular

La memoria no es perfecta, incluso bajo las mejores circunstancias. Más aún si consideramos que la mayoría de los delitos suelen suceder de noche y se realizan de forma rápida, pretendiendo que no haya testigos. Los testigos de delitos y las víctimas están a menudo muy aterrados y preocupados por su propia seguridad que por ver al delincuente. Más allá de estas preocupaciones generales, los investigadores han descubierto muchos prejuicios específicos que influyen en la memoria del testigo ocular.

Las investigaciones muestran que la gente tiene dificultades en identificar a personas que no pertenecen a su grupo racial,⁸ hecho que es conocido como *efecto interracial*. El prejuicio aparece en el ser hu-

7. Wells, Gary L. y Quinlivan, Deah S., "Suggestive eyewitness identification procedures and the Supreme Court's reliability test in light of eyewitness science: 30 years later", en *Law and Human Behavior*, N° 33, 2009, pp. 1-24.

8. Brigham, John C.; Bennett, L. Brooke.; Meissner, Christian. A.; Mitchell, Tara. L., "The influence of race on eyewitness memory", en Lindsay, R.; Rosss, David; Read, J. Don y Togliola, Michael (eds.), *The handbook of eyewitness psychology*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, vol. 2, 2007, pp. 257-281.

mano a partir de los nueve meses⁹ y es consistente para preescolares, adolescentes, y adultos.¹⁰

Al mismo tiempo, existe el mito que el impacto del estrés aumenta la memoria, el cual radica en que muchos sostienen tener recuerdos vividos de eventos importantes de sus vidas. Los eventos activadores podrían conducir a memorias vividas, pero los detalles de dichas memorias podrían no ser más tan certeros como las memorias de eventos mundanos.

Morgan y colaboradores¹¹ examinaron el impacto de situaciones muy estresantes sobre la agudeza de los testigos mediante un estudio de una muestra de 509 soldados durante un ejercicio de supervivencia. El ejercicio simulaba la experiencia de haber sido capturado como prisionero de guerra. La experiencia fue modelada a partir del relato de personal militar que efectivamente había sido prisionero de guerra, e incluía la imitación de estar preso en un campamento. Una variable clave en el estudio era si la imitación de un interrogatorio (el cual duraba aproximadamente unos 40 minutos) era de alto o bajo estrés. La característica crítica de un interrogatorio de alto estrés era que incluía confrontación física real.

Se halló que la tasa de identificaciones correctas era significativamente alta en los sujetos con la condición de bajo estrés (71%) comparada con la de los participantes con alto estrés (38%). Contrariamente a la creencia popular que sostiene que la mayoría de la gente nunca olvidaría la cara de un sujeto que los ha confrontado físicamente y amenazado por más de 30 minutos, un gran número de individuos de este estudio no fueron capaces de identificar correctamente a su perpetrador. Esta información provee una robusta evidencia de que la memoria de los testigos durante eventos que son personalmente relevantes, altamente estresantes y de naturaleza real (no imaginados) podría ser de un error substancial.

9. Kelly, David J.; Quinn, Paul C.; Slater, Alan M.; Lee, Kang; Ge, Liezhong y Pascalis, Oliver, "The other-race effect develops during infancy", en *Psychological science*, N° 18, 2007, pp. 1084-1090.

10. Pezdek, Kathy; Blandon-Gitlin, Iris; Moore, Catherine, "Children`s face recognition memory: more evidence for the cross-race effect", en *Journal of applied psychology*, N° 88, 2003, pp. 760-763.

11. Morgan, Charles A.; Hazlett, Gary; Doran, Anthony; Garrett, Stephan; Hoyt, Gary; Thomas, Paul *et al.*, "Accuracy of eyewitness memory for persons encountered during exposure to highly intense stress", en *International Journal of Law and Psychiatry*, N° 27, 2004, pp. 265-279.

En los juicios penales, los fiscales suelen argumentar que un testigo que ha identificado al acusado es seguramente fiable, ya que el estrés de mirar (o ser la víctima de) un delito, habría focalizado su atención y causado la capacidad de recordar el evento con certeza. Los fiscales tienen algo de razón en su argumentación: ser testigo de un delito suele disparar el nivel de estrés. Pero el efecto de esta activación sobre la codificación de la información es generalmente negativo, en parte debido a que la activación frecuentemente incluye temor por la propia seguridad personal. Un meta análisis de veintisiete estudios diseñado para evaluar el efecto del estrés en la identificación de una persona concluyó que el estrés elevado perjudica la memoria y consecuentemente reduce la tasa de identificación correcta.

Un hallazgo bien establecido relacionado con el estrés ha sido denominado “efecto de focalización en el arma”, el cual sostiene que si un testigo puede ver si el delincuente portaba un arma de fuego o un arma blanca, entonces su habilidad para reconocer al asaltante se verá perjudicada. En tales situaciones, los testigos tienden comprensiblemente a focalizar su atención sobre el arma, en parte porque es inesperado ver un arma en la mayoría de los escenarios, y también por el potencial peligro que ella representa. Consecuentemente, se presta menos atención a otros detalles importantes del delito, como ser la cara del delincuente. También suele suceder que la persona identifica erróneamente a un sujeto muy parecido al verdadero delincuente, o lo confunde con alguien visto cerca de la escena del delito, o visto en una rueda de reconocimiento sesgada. Estas situaciones se denominan *transferencia inconsciente*. Una cara que es familiar en un contexto es transferida a la escena del crimen. Algunas veces sucede que un rostro visto en una foto de prontuario conduce a la *transferencia inconsciente*. Esta posibilidad existe cada vez que un testigo ve fotos de prontuarios, previo a realizar una rueda de reconocimiento.¹²

En una serie de experimentos clásicos,¹³ demostraron cómo el recuerdo de testigos oculares podía ser alterado por cambios insignifican-

12. Deffenbacher, Kennet A.; Bornstein, Brian H.; Penrod, Steven D.; McGorty, E. Kiernan, “A meta-analytic review of the effects of high stress on eyewitness memory”, en *Law and Human Behavior*, N° 28, 2004, pp. 687-706.

13. Loftus, Elizabeth F. y Palmer, John C., “Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory”, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, N° 13, 1974, pp. 585-589.

tes en la expresión o redacción de la pregunta. Por lo tanto, el recuerdo de una escena delictiva podría ser alterado dependiendo cómo el testigo ocular es inicialmente interrogado. En un estudio de laboratorio, los participantes vieron diapositivas del cuarto de un estudiante que había sido asaltado. Luego, los experimentadores utilizaron un cuestionario selectivo para preguntar sobre detalles de la escena del delito.¹⁴ Aunque había muchos libros en la foto del cuarto, los experimentadores preguntaban solamente sobre un particular tipo de pulóver. Cuando se los interrogó más tarde sobre lo que habían visto, los participantes tendieron a tener buenos recuerdos de los pulóveres, pero muy pobres sobre otros objetos, tales como los libros. La recuperación de memorias de pulóveres hizo más dificultoso recordar aspectos de la escena sobre los cuales inicialmente no se les había preguntado. La recuperación selectiva solo de algunos aspectos de la escena “inhibe” el recuerdo de otros aspectos. Este fenómeno es conocido como *inhibición de la recuperación*. Otra cuestión que hay que tener en cuenta es que lo que esperamos ver influye en lo que realmente vemos y cómo recordamos lo que vemos. Una forma de expectativa es lo que los científicos sociales denominan *scripts* o *guiones*. Estos están ampliamente contenidos en creencias sobre secuencias de acción que ocurren típicamente en situaciones particulares. Aparentemente los seres humanos tenemos guiones preexistentes para muchas situaciones comunes. Los guiones nos permiten procesar la información eficientemente. Debido a que sabemos qué esperar, no tenemos que tratar cada situación como si fuera completamente nueva o única. Pero en ocasiones, los guiones pueden conducirnos al error. Si la información está faltando o está codificada insuficientemente, a menudo dependemos de los guiones para rellenar los huecos en nuestra memoria.

Si consideramos estas implicaciones para un testigo ocular, podríamos afirmar que la memoria no comienza como un DVD en blanco, y los conocimientos y creencias previas se inmiscuyen, mezclándose con los eventos observados.

Las investigaciones indican que los testigos altamente seguros tienden a persuadir a los jueces.¹⁵ No obstante, correlaciona débilmente

14. Koutstaal, Wilma; Schacter, Daniel L.; Johnson, Marcia K. y Galluccio, Lissa, “Facilitation and impairment of event memory produced by photograph review”, en *Memory and Cognition*, N° 27, 1999, pp. 478-493.

15. Douglass, Amy B.; Neuschatz, Jeffrey; Imrich, Jennifer; Wilkinson, Miranda, “Does port-identification feedback affect evaluations of eyewitness testimony and identification procedures?”, en *Law and Human Behavior*, 2010, pp. 282-294.

con la precisión. Un testigo seguro puede ser moderadamente un buen indicador de precisión bajo circunstancias favorables (por ejemplo, cuando las condiciones de visibilidad son buenas, las ruedas de reconocimientos están bien estructuradas, y en ausencia de un interrogatorio tendencioso), pero podría ser un sinsentido o incluso un indicador engañoso de precisión bajo circunstancias menos favorables.¹⁶

Un estudio conducido por Wells y Bradfield¹⁷ reveló cómo la seguridad de un testigo ocular puede ser manipulada mediante comentarios sesgados o tendenciosos. El incremento de certeza pos identificación podría ser parcialmente explicado por la teoría de la disonancia cognitiva, la que predice que una vez que uno se compromete a un curso de acción particular, se encontrará motivado a justificar ese curso de acción. En el caso de la identificación por parte de un testigo ocular, una vez que ha identificado a alguien como el delincuente, la acción sería disonante (inconsistente) con el conocimiento de que se estaba inseguro sobre la identificación efectuada, y entonces será muy difícil admitir que se identificó a la persona equivocada, por lo que el medio más oportuno de reducir la disonancia sería incrementar el nivel de seguridad o certeza.¹⁸

La utilización de los hallazgos científicos para mejorar la precisión de los testigos oculares

El sistema judicial no puede controlar quién es testigo de un delito, ni cómo lo observa, tampoco si la raza de la víctima es diferente a la del delincuente. Estos factores, los cuales están por fuera del control del sistema legal, se denominan variables periciales. Son de gran ayuda en estimar la precisión de una identificación. No obstante, Wells¹⁹ argumentó que los científicos sociales interesados en la identificación

16. Sporer, Siegfried L.; Penrod, Steven; Read, Don; Cutler, Brian, "Choosing confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies", en *Psychological Bulletin*, N° 118, 1995, pp. 315-327.

17. Wells, Gary L., y Bradfield, Amy L., "Good, you identified the suspect": Feedback to eyewitnesses experience", en *Journal of Applied Psychology*, N° 83, 1998, pp. 360-376.

18. Douglass, Amy B.; Steblay, Nancy M., "Memory distortion in eyewitnesses. A meta-analysis of the post-identification feedback effect", en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 20, 2006, pp. 859-869.

19. Wells, Gary L., "Applied eyewitness testimony research: System variables and estimator variables", en *Journal of Personality and Social Psychology*, N° 36, 1978, pp. 1546-1557.

hecha por testigos oculares deberían focalizar sobre las variables del sistema. Estos factores están bajo el control del sistema judicial, por ejemplo, el sistema legal puede controlar cómo se interroga a un testigo, o cómo son construidas las ruedas de reconocimiento.

En 1998, la Sociedad de Psicología Legal Americana (APLS) designó un comité para revisar más de un cuarto de siglo de investigaciones sobre el testimonio de los testigos oculares con la meta de desarrollar una serie de pautas generales para recolectar evidencia. El reporte de dicho comité propuso cuatro reformas simples que reducen dramáticamente el número de identificaciones erróneas. Dichas modificaciones afectan a:²⁰

- a. quienes administran las ruedas de reconocimiento o las fotos de prontuarios,
- b. las instrucciones dadas a los testigos que participan en dichas ruedas,
- c. a quienes aparecen en las ruedas de reconocimiento junto al sospechoso,
- d. obteniendo información sobre la confianza del testigo ocular.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos usó estas pautas para crear siete reglas generales para ser usadas por la policía y los investigadores:²¹

1. Administradores de ruedas de reconocimientos *ciegos*

La primera regla sostiene que la persona que conduce la rueda de reconocimiento o el archivo de fotos de prontuarios no debe estar informado sobre cuál es el sospechoso. Desafortunadamente, es muy raro que esta regla se siga, ya que la rueda de reconocimiento es dirigida por el personal policial que investiga el caso. Dicho personal a menudo tiene fuertes sospechas sobre quién ha cometido el delito, y esas sospechas pueden ser comunicadas (accidentalmente) al testigo ocular. Una gran cantidad de evidencia demuestra cómo las creencias y las expectativas de una persona pueden modelar sutilmente las respuestas de otra.

20. Wells, Gary L.; Bradfield, Amy L., *op. cit.* Wells, Gary L.; Memon, Amina; Penrod, Steven D., "Eyewitness evidence: Improving its probative value", *op. cit.*

21. Department Of Justice, "Eyewitness evidence: A guide for law enforcement", Washington, DC, National Institute of Justice, 1999.

2. Instrucciones reductoras de sesgos para el testigo
La segunda regla es decirle al testigo ocular que el verdadero delincuente podría no estar en la rueda de reconocimiento. Esta instrucción reductora de sesgos elimina la presunción que supone que el testigo está obligado a elegir a alguien de las opciones disponibles. Adicionalmente, hay que decirle al testigo que la persona que está administrando la rueda de reconocimiento no sabe quién es el sospechoso, ya que este tipo de información disuade al testigo de buscar en otras personas presentes en el cuarto algún tipo de pista sobre quién es la persona a identificar, forzando al testigo a depender únicamente de su propia memoria.
3. Ruedas de reconocimiento imparciales
Las ruedas de reconocimiento y los archivos fotográficos deben estar contruidos de tal forma que el sospechoso no se destaque del resto de los sujetos que conforman la rueda o el archivo (se los suele denominar “distractores”). Esto es, cada una de las personas que participan en la rueda o se presentan en el archivo fotográfico deberían parecerse unos a otros, y todos deberían estar emparentados a la descripción verbal que hizo el testigo del delincuente.
Para probar si la rueda está sesgada, se puede utilizar el procedimiento del “testigo simulado”, el cual consiste en dar descripción verbal que dio el testigo sobre el culpable a una persona que no vio el delito y con dicha información debe identificar al sospechoso. Entonces, para una rueda de reconocimiento formada por seis personas, si dos de doce de los testigos simulados pueden seleccionar al sospechoso, se puede decir que hay alta probabilidad de que la rueda de reconocimiento sea imparcial.
4. Rating de confianza
Debido a que la confianza tiene probabilidades de cambiar desde el momento de la rueda de reconocimiento hasta el momento del juicio, la cuarta recomendación es obtener una clara declaración de cuán seguro está el testigo que la persona identificada es la persona correcta. Esta declaración debe ser tomada inmediatamente después de que el acusado es identificado, antes de que el testigo reciba algún comentario o devolución sobre su

elección. La confianza tiende a incrementarse entre la identificación inicial y el testimonio en el juicio. Existen muchos factores que podrían elevar la confianza una vez que el acusado ha sido identificado, por ejemplo, la policía podría decirle al testigo que creen que él identificó a la persona correcta o podrían decirle que otros testigos describieron a la misma persona.

La confianza elevada producida en un testigo que ha recibido comentarios confirmatorios después de la identificación parece tener un impacto directo sobre la credibilidad percibida del testigo ocular. Estudios sobre este efecto revelaron que los testigos oculares quienes recibieron comentarios confirmatorios fueron juzgados luego por otras personas como más certeras y más seguras que aquellos testigos quienes no habían recibido comentarios, o quienes recibieron comentarios desaprobatorios.²²

5. Grabaciones de video

La grabación en video de una rueda de identificación debería servir como una perdurable y objetiva prueba audiovisual de qué ocurrió durante el proceso de identificación. Los jueces, los fiscales y los abogados defensores podrían ver y escuchar por ellos mismos qué tipo de instrucciones fueron dadas a los testigos, si los miembros que componían la rueda de reconocimiento se parecen entre sí, qué tipo de comentarios se le hace al testigo inmediatamente después de la identificación, cuán seguro parece estar el testigo durante la rueda de reconocimiento, qué tipo de comentarios fueron hechos por la policía o los testigos, y cuánto tiempo tomó todo el proceso.²³

6. Ruedas de reconocimiento secuenciales

En las ruedas secuenciales, un testigo ocular observa de a un sospechoso por vez y decide si la persona era o no el delincuente. En contraste, el modo más común de rueda de reconocimiento es la denominada simultánea, donde varias personas

22. Douglass, Amy; Neuschatz, Jeffrey; Imrich, Jennifer y Wilkinson, Miranda, *op. cit.* Jones, Eric; Williams, Kipling; Brewet, Neil, "I had a confidence epiphany". Obstacles to combating post-identification confidence inflation", en *Law and Human Behavior*, N° 32, 2008, pp. 164-176.

23. Kassin, Saul M., "Eyewitness identification procedures: The fifth rule", en *Law fifth human Behavior*, N° 22, 1998, pp. 649-653.

están paradas una al lado de otra. La lógica subyacente para utilizar un procedimiento secuencial es asegurarse de que el sospechoso no es juzgado solamente en relación al resto de las personas que conforman la rueda. En el procedimiento simultáneo, el testigo tiende a comparar a las personas de la rueda uno con otros y después identificar a la persona que mejor se parece a su imagen mental del delincuente. En otras palabras, el testigo ocular tiende a depender de juicios relativos. Las ruedas secuenciales son superiores en el sentido que reducen la habilidad de las personas de comparar un candidato con otro, haciendo la identificación más individualizada en vez de comparativa. Existe amplia evidencia que sugiere que el procedimiento secuencial reduce el número de identificaciones erróneas.²⁴

7. Expertos en testimonios

Un resguardo final es tener un experto en la identificación por parte de testigos oculares testificando en el juicio. Cuando se testifica sobre esta capacidad, los psicólogos sintetizan los hallazgos de las últimas investigaciones sobre las condiciones que incrementan o disminuyen la precisión de los testigos oculares.²⁵ Finalmente, es importante resaltar que de las siete reglas descritas anteriormente ninguna es particularmente costosa de poner en práctica. De hecho, las mejoras tecnológicas han hecho que la implementación de las reformas en los interrogatorios y las ruedas de reconocimiento resulten muchas más fáciles de lo que fueron hasta ahora. Por ejemplo, el uso de *laptops* para presentar ruedas de reconocimiento mediante fotos puede potencialmente solucionar muchos problemas y podría, en efecto ser más barata que las prácticas tradicionales. Los “disectores” apropiados pueden ser seleccionados por *software*, y el orden en el cual las fotos son presentadas en la pantalla de la computadora pueden ser mostradas de manera aleatoria muy

24. Douglass, Amy B.; McQuiston-Surrett, Daw M., “Post- identification feedback: Exploring the effects of sequential photospreads and eyewitnesses awareness of the identification task”, en *Applied Cognitive Psychology*, N° 20, 2006, pp. 991-1007.

25. McAuliff, Bradley D.; Kovera, Margaret B., “Estimating the effects of misleading information on witness accuracy: Can experts tell jurors something they don’t already know?”, en *Applied Cognitive Psychology*, N° 21, 2007, pp. 849-870.

fácilmente. Las instrucciones imparciales pueden ser presentadas en la pantalla antes de que comience la sesión, un *rating* de confianza puede ser grabado justo después de que se ha hecho una identificación, y la cámara de la *laptop* puede grabar en forma completa la sesión de reconocimiento.

Pero mucho más importante que cualquier costo financiero o de tiempo es el considerable costo humano que acarrea una falsa identificación: la vida del sospechoso reconocido erróneamente se afecta e incluso se destruye, el testigo ocular que luego descubre su error debe vivir sabiendo que fue el responsable por la acusación de una persona inocente, y el verdadero delincuente permanece libre pudiendo cometer más delitos.

Conclusión

Los buenos investigadores entienden que es de importancia crítica que la escena del crimen se mantenga sin contaminar. Pero muy a menudo sucede que la evidencia crucial no es física sino psicológica: es la memoria de una víctima o de un testigo ocular. Al igual que la sangre y las huellas digitales, la memoria humana puede ser fácilmente contaminada o distorsionada. En la actualidad, los psicólogos tienen que revelar qué tipo de interrogatorios y procedimientos de investigación tienen más probabilidad de corromper las memorias existentes o incluso crear falsas memorias. Si son usados procedimientos coercitivos o sugestivos para recoger información del testigo, esta debe ser desacreditada e incluso descartada. La razón del por qué el manejo de la evidencia tanto física como psicológica debe hacerse cuidadosamente es la misma: *estar seguros de que la persona correcta es arrestada y condenada.*

Bibliografía

BRIGHAM, John C.; BENNETT, L. Brooke.; MEISSNER, Christian. A. y MITCHELL, Tara. L., "The influence of race on eyewitness memory", en LINDSAY, R.; ROSS, David; READ, J. Don y TOGLIA, Michael (eds.), *The handbook of eyewitness psychology*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, vol. 2, 2007.

DEFFENBACHER, Kennet A.; BORNSTEIN, Brian H.; PENROD, Steven D. y MCGORTY, E. Kiernan, "A meta-analytic review of the effects of high stress on eyewitness memory", en *Law and Human Behavior*, N° 28, 2004.

DEPARTMENT OF JUSTICE, "Eyewitness evidence: A guide for law enforcement", Washington, DC, National Institute of Justice, 1999.

DOUGLASS, Amy B. y MCQUISTON-SURRETT, Dawn, "Post-identification feedback: Exploring the effects of sequential photospreads and eyewitnesses awareness of the identification task", en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 20, 2006.

DOUGLASS, Amy B.; NEUSCHATZ, Jeffrey; IMRICH, Jennifer y WILKINSON, Miranda, "Does port-identification feedback affect evaluations of eyewitness testimony ad identification procedures?", en *Law and Human Behavior*, 2010.

DOUGLASS, Amy B. y STEBLAY, Nancy K., "Memory distortion in eyewitnesses. A meta-analysis of the post-identification feedback effect", en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 20, 2006.

FOSTER, Jonathan K., *Memory: a very introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Temis, 2da ed., 1960.

INNOCENCE PROJECT, "Eyewitness misidentification", 2010. Disponible en: <http://www.innocenceproject.org/understand/Eyewitness-Misidentification.php>

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2004.

JONES, Eric; WILLIAMS, Kipling y BREWET, Neil, "I had a confidence epiphany'. Obstacles to combating post-identification confidence inflation", en *Law and Human Behavior*, N° 32, 2008.

KASSIN, Saul M., "Eyewitness identification procedures: The fifth rule", en *Law fifth human Behavior*, N° 22, 1998.

KELLY, David J.; QUINN, Paul C.; SLATER, Alan M.; LEE, Kang; GE, Liezhong y PASCALIS, Oliver, "The other-race effect develops during infancy", en *Psychological science*, N° 18, 2007.

KLUWE, Rainer; LÜER, Gerard y RÖSLER, Frank, *Principles of Learning and Memory*, Basilea, Springer Basel AG, 2012.

KOUTSTAAL, Wilma; SCHACTER, Daniel L.; JOHNSON, Marcia K. y GALLUCCIO, Lissa, "Facilitation and impairment of event memory produced by photograph review", en *Memory and Cognition*, N° 27, 1999.

LOFTUS, Elizabeth F., "Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory", en *Learning Memory*, N° 12, 2005.

LOFTUS, Elizabeth F. y PALMER, John C., "Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory", en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, N° 13, 1974.

MCAULIFF, Bradley, D. y KOVERA, Margaret B., "Estimating the effects of misleading information on witness accuracy: Can experts tell jurors something they don't already know?", en *Applied Cognitive Psychology*, N° 21, 2007.

MORGAN, Charles A.; HAZLETT, Gary; DORAN, Anthony; GARRETT, Stephan; HOYT, Gary; THOMAS, Paul et al., "Accuracy of eyewitness memory for persons encountered during exposure to highly intense stress", en *International Journal of Law and Psychiatry*, N° 27, 2004.

PEZDEK, Kathy; BLANDON-GITLIN, Iris y MOORE, Catherine, "Children's face recognition memory: more evidence for the cross-race effect", en *Journal of applied psychology*, N° 88, 2003.

SPOKER, Siegfried L.; PENROD, Steven; READ, Don, y CUTLER, Brian, "Choosing confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies", en *Psychological Bulletin*, N° 118, 1995.

SURPRENANT, Aimee y NEATH, Ian, *Principles of memory: Models and perspectives*. New York, Psychology Press, 2009.

US SUPREME COURT, “Manson v. Braithwaite”, 432 U.S. 98, 1977.

WELLS, Gary L., “Applied eyewitness testimony research: System variables and estimator variables”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, N° 36, 1978.

_____ y BRADFIELD, Amy L., “‘Good, you identified the suspect’: Feedback to eyewitnesses experience”, en *Journal of Applied Psychology*, N° 83, 1998.

_____; MEMON, Amina y PENROD, Steven D., “Eyewitness evidence: Improving its probative value”, en *Psychological science in the Public Interest*, N° 7, 2006.

_____ y QUINLIVAN, Deah S., “Suggestive eyewitness identification procedures and the Supreme Court’s reliability test in light of eyewitness science: 30 years later”, en *Law and Human Behavior*, N° 33, 2009.

Responsabilidad jurídica vs. responsabilidad subjetiva en los informes psicológicos periciales

M. Carla Zocco Monsalvo*

Entrecruzamiento de la ley y la psicología

El discurso jurídico está conformado por leyes y códigos. La ley es una norma jurídica general que se encuentra expresada por medio de la palabra escrita en un código, originada por un proceso determinado y un órgano legislativo que se instaure dentro del marco de sistema del derecho positivo. Siguiendo las conceptualizaciones del Dr. Eugenio Zaffaroni, el derecho es el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social.¹

La ley es la representación de la norma que rige en una sociedad para poder vivir en armonía, esta debe ser aceptada por todos los integrantes de la sociedad y no quebrantada, así el bien social está asegurado. El derecho se centra en leyes que regulan la conducta de los seres humanos, y son impuestas al individuo.²

Los juristas parten de leyes universales y se centran en lo particular, la ley representa lo objetivo, el deber ser que se le impone al individuo. El valor de la norma es que cumple determinadas condiciones que están establecidas en un ordenamiento superior. Mientras que el discurso psicológico se basa en el ser, en el descubrimiento, es decir, descubre las leyes de la conducta, se basa en lo singular, lo que aparece con la categoría en el derecho subjetivo.

La psicología, como el derecho, sitúa al individuo como responsable de su conducta, de sus actos y de su capacidad para modificarlos.

* Psicóloga, UNLP, Perito Oficial del Poder Judicial de la CABA.

1. Varela, Osvaldo; Sarmiento, Alfredo; Puhl, Stella Maris e Izcurdia, María A., "Relación entre psicología y ley", en *La psicología en el campo jurídico*, Buenos Aires, 2012, p. 162.

2. Ídem.

La estabilidad y el bienestar social tienden a ser alcanzados cuanto mayor es la adaptación de estos.

Por lo tanto, el derecho se basa en la conducta exteriorizada, entendiendo que la función de las leyes positivas es la regulación de la conducta, lo que da cuenta de lo que los individuos pueden o no hacer. Y la función de la psicología es el entendimiento de los procesos internos de la conducta de los individuos, que lleva a encontrar por qué un sujeto se adhiere a la ley o la trasgrede.

La psicología forense aparece como un conocimiento especializado para preciar correctamente un hecho o circunstancia relevante de un caso. El perito psicólogo debe atenerse a la norma sin intentar explicar si es justa o injusta, ni argumentar sobre sus fines, pero sí proporcionar datos que colateralmente pueden ser interpretados por los juristas como muestra de disfuncionalidad de ciertos objetivos.

Mientras que al derecho le importa investigar lo relacionado con la verdad objetiva, la verdad de los hechos acaecidos, la psicología centra su estudio en la verdad subjetiva, la verdad que subyace al sujeto y se construye sobre la base de la historia de vida y contexto sociocultural en que se desenvuelve.³ Es decir, una verdad que va más allá de la voluntad del yo, donde se tiene en cuenta al inconsciente y que propicia la acción.

Responsabilidad jurídica vs. responsabilidad subjetiva

La responsabilidad se confronta con dos prácticas discursivas disímiles, el derecho y la psicología, pero ambas provienen de las ciencias humanas y las ciencias sociales y comparten un mismo objeto de estudio y área de intervención que es el comportamiento humano.

Siguiendo a la Lic. María Soledad Rossini, podemos afirmar que existen tres tipos de responsabilidad: la jurídica, la moral y la subjetiva.

La responsabilidad jurídica y la moral están limitadas artificialmente. Es decir, están establecidas en torno a un código valorativo socialmente compartido. Lo inherente a la responsabilidad jurídica está escrito en los códigos y leyes. Lo inherente a la responsabilidad moral, se podría decir que es transmitido en el seno del grupo de pertenencia, al inicio de la

3. *Ibíd.*, p. 171.

vida y, luego, a través de las agencias de socialización secundaria, sobre todo los medios masivos de comunicación.⁴

Para poder contextualizar la responsabilidad subjetiva, considero relevante empezar a delimitar cuándo esta comienza a esbozarse en un expediente jurídico. Muchas veces desde el fuero penal nos convocan a los peritos psicólogos oficiales como expertos para intervenir en el asesoramiento o en el esclarecimiento de las pruebas en relación a lo que el juez solicita para el acto de administrar justicia, con el objeto de responder los puntos de pericias vinculados a la aplicación de los artículos 34 y 35 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Art. 34. Incapacidad sobreviniente. Suspensión del proceso. El trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento, provocara la suspensión del procedimiento hasta que desaparezca la misma.

Sin embargo, no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del procedimiento con respecto a otros imputados. La incapacidad será declarada por el juez, previo examen pericial.

Cuando la incapacidad sea irreversible, se dispondrá el archivo a su respecto. Los actos del incapaz carecerán de valor, salvo que lo favorezcan y la validez la sostenga la defensa.

Art. 35. Revisión física y psíquica. Toda persona detenida deberá ser inmediatamente revisada por un médico legista para dejar constancia de su estado físico, la existencia de lesiones y su capacidad para comprender el acto y los hechos que lo motivaron, sin perjuicio de la posterior realización de peritaje al respecto.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el juez o jueza, a pedido de parte, dispondrá la revisión física o psíquica del/la imputado/a por profesionales idóneos, cuando resulte necesario para establecer sus condiciones, lesiones o afecciones, por circunstancias vinculadas a la prueba de los hechos, la capacidad para comprender el alcance y/o dirigir sus acciones o por cualquier otro motivo justificado en las necesidades de la pesquisa.

Por consiguiente

... para el derecho, frente a la criminalidad de un acto, lo primero que hay que discernir es el estado de responsabilidad de su autor, su capacidad

4. Rossini, María Soledad, "Sistema carcelario y sistemas alternativos a la privación de la libertad", en Di Nella, Yago (comp.), *Psicología forense y derechos humanos*, Buenos Aires, Koyatun, vol. 1, 2008, p. 256.

de comprensión de la criminalidad de su acto y la dirección de sus acciones. Ello lo hace imputable y responsable frente a la ley.⁵

Imputable es un individuo al que se le pueden atribuir las consecuencias de sus actos que constituyen violaciones a conductas previamente descritas en las leyes como faltas, controversias o crímenes. Inimputable es aquel que en razón de algunas características definidas por la ley (edad, estado de su salud mental) no se le pueden atribuir aquellas consecuencias del Código Penal que se les atribuyen a los individuos considerados imputables por la ley.

La noción de la responsabilidad jurídica entiende al sujeto como aquel que porta derechos y obligaciones, el *sujeto de derecho*. Se trata de un sujeto autónomo, capaz de hacerse responsable de sus acciones, elecciones y decisiones.

Se diferencia de la responsabilidad subjetiva, no solo por la concepción diversa de sujeto que conlleva, sino además, por el lugar en que cada uno convoca a responder.⁶

Debido a que el sujeto no solo es sujeto de derecho sino también sujeto del inconsciente, es una entidad socio-bio-psicológicamente determinado en un momento histórico y social.

La responsabilidad subjetiva es aquella que confronta al sujeto con aquello que, si bien es de su pertenencia, le es ajeno, que aparece vinculada a un propósito desconocido para él. En este campo, y a diferencia del jurídico, el sujeto es siempre imputable en términos éticos y no morales. También es responsable de aquello que desconoce de sí mismo y que puede ir en contra de sus valores morales, si se presentara a la conciencia.

Conceptualizando a Fariña, la responsabilidad subjetiva es un proceso por el cual el sujeto reconoce el deseo de hacer algo. Es un proceso de tres tiempos. En el tiempo uno lleva a cabo una acción, que se agota en los fines para los que fue concebida, no se puede hablar de acto, de decisión en términos subjetivos (el acto en sí mismo).

El tiempo dos es el que le devolverá al sujeto la respuesta de la realidad, del mundo exterior, mostrándole la acción emprendida en el tiempo uno que no se agota en los fines para los que el sujeto creía que la había llevado adelante. Una verdad que lo habita le resulta ajena, y

5. Ídem.

6. Ídem.

es revelada en forma de interrogante desde afuera. Interroga que la verdad propia del sujeto le resulta oculta. Sujeto escindido que no sabe todo de sí y que se puede ir descubriendo por sus propios actos, aun cuando los está llevando a cabo y en ese momento no los reconozca como tales. El tiempo dos abre la posibilidad al sujeto de que opte, elija o decida. La decisión implica un acto singular, acto ético siempre que represente algo de los derechos humanos, por su directa relación con el concepto de responsabilidad.

El tiempo tres es el tiempo de la responsabilidad subjetiva en el que el sujeto, a través de su respuesta a la interrogación planteada por el mundo exterior, podrá dar cuenta de que ha comprendido cuánto de su verdad subjetiva se encuentra contenida en la acción del tiempo uno.⁷

Por consiguiente, en el circuito de la responsabilidad, en el tiempo dos es donde se ubica a la intervención judicial porque es el tiempo de la interpretación del otro, que implica la sanción del otro, semblante en nuestro dictamen del juez, a la hora de decidir la punibilidad de un sujeto que ha trasgredido la ley penal.⁸ También es el tiempo de la evaluación donde el perito psicólogo es convocado para contestar los puntos de la pericia que fueron propuestos por los magistrados con relación a poder discernir la capacidad de comprensión, de dirección de sus acciones, y si puede estar en juicio, donde el profesional por medio de la pericia rastrea las posibles consecuencias subjetivas para poder realizar el dictamen pericial. Para este último, se toma en cuenta lo dicho en las entrevistas psicodiagnósticas, como también las constancias del expediente judicial, la relación inter e intra-prueba, esto es la recurrencia y convergencia de cada técnica tomada gozan de validez y confiabilidad suficiente para permitir arribar a una conclusión con rigor científico que requiere la evaluación forense.

Siguiendo el discurso de la subjetividad, el paso del sujeto por el aparato judicial y el contacto con la ley es lo que posibilita la emergencia del sujeto porque implica una apertura de la responsabilidad de este sobre sus actos, ya que dejó de ver una posición de la realidad: es decir, las consecuencias legales y subjetivas que conlleva la comisión de un delito.

7. Ídem.

8. Camargo, Luis, "Responsabilidad e inimputabilidad", en *Encrucijadas del Campo Psi-Jurídico. Diálogos entre el Derecho y el Psicoanálisis*, Buenos Aires, Letra Viva Editorial, 2005, p. 119.

No obstante, para que el individuo se implique en su actuar y se responsabilice por ello llevando así a la modificación subjetiva de su conducta. No basta solamente con la intervención del aparato judicial por medio de la sanción (castigo), sino que se tiene que anudar la trilogía responsabilidad, culpabilidad y sanción.

La culpa para el derecho se concibe como una actitud referida al momento de la comisión de un delito y a la intencionalidad del autor. Por lo tanto, para que alguien sea jurídicamente imputable primero tiene que demostrar su capacidad de culpabilidad, mientras que para la psicología la culpa aparece como el trazo de la ley en la constitución de la subjetividad, aparece como carácter estructural de la personalidad del sujeto.⁹

Según planteó Zaffaroni:

En un sentido amplísimo, se usa imputabilidad como posibilidad de cargar a alguien con algo (de ponerle a cargo); pero jamás se lo usa técnicamente en ese sentido. El derecho penal la considera como la capacidad psíquica de culpabilidad.

Para que haya conducta, es necesario que el sujeto activo tenga capacidad de voluntad (voluntabilidad). Si la persona no puede conocer los elementos de tipo objetivo, habrá un error de tipo psíquicamente condicionado que elimina la tipicidad.

No hay una clasificación de las personas en imputables o inimputables, sino los injustos pueden ser imputables o inimputables por razones de capacidad psíquica del autor.

La capacidad psíquica requerida para reprocharle a un sujeto un injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza antijurídica de lo que hacía y que le hubiese permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuricidad.

1. Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijurídica de su conducta, no puede ser reprochado.
2. Quien comprenda la antijurídica de su conducta, pero no tenga capacidad para adecuarla a esa comprensión, tampoco puede ser reprochado por su injusto.

La imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad: uno que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijurídica, y el otro que consiste en la capacidad de adecuar su conducta a esa comprensión, tampoco puede ser reprochado por su injusto.

9. Ídem.

Si el sujeto carece de la primera no habrá culpabilidad por ausencia de culpabilidad exigible de comprensión antijurídica.

Si carece de la segunda: se trata de un estrechamiento del ámbito de autodeterminación por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica.¹⁰

Por consiguiente, con relación a los actos criminales, su sanción y la responsabilidad subjetiva, se podría decir que la responsabilidad jurídica lleva a la responsabilidad subjetiva, es decir, a la posibilidad de que el sujeto responda por sus actos y al asentamiento subjetivo que es necesario para la significación misma del castigo, en tanto supone la asunción del lugar de sujeto en los actos que le son propios, sería la implicación subjetiva del sujeto en estos. Llevando de esta forma a la resignificación de los mismos, a una modificación subjetiva, en otras palabras, a la modificación de su conducta. Anudando de esta forma la trilogía responsabilidad, culpabilidad y sanción. Debido que solo ahí hay sujeto responsable frente al acto delictivo y respondería a los dos foros, el interno y el externo.

Sin embargo, si la trilogía se desanuda tendríamos culpables, posibles autores confesos, arrepentidos, etc., o criminales pero no sujetos responsables, como sucede en los casos de inimputabilidad, dando cuenta de una imposibilidad de índole estructural para la asunción de la responsabilidad subjetiva, en este caso, desde la responsabilidad psicológica se estaría caracterizando a sujetos con una estructura psíquica de personalidad psicótica.

No obstante, no solo se desanuda la trilogía donde se declara la inimputabilidad del autor del acto cometido en los casos, sino que en algunos en los que se lo declara imputable puede suceder que no llegue a la asunción de la responsabilidad subjetiva, como sucede en estructuras psíquicas de personalidades psicopáticas y perversas donde también se presenta una imposibilidad de índole estructural, en la cual no va haber lugar a la resignificación del acto ni a la modificación subjetiva de su conducta, porque una de las tantas características de la personalidad psicopática y/o perversa es no poder implicarse subjetivamente, ni sentir culpa, dos características esenciales para lograr la

10. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Inexigibilidad de la comprensión de la antijurídica por incapacidad psíquica", en *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, cap. 21, p. 120.

modificación subjetiva, es decir de su conducta ante la ley, más allá de si presentan capacidad de comprender la antijurídica.

Reflexiones finales

Siguiendo al licenciado Luis Camargo, me parece relevante tomar dos ejemplos, para continuar repensando la responsabilidad subjetiva vs. la responsabilidad jurídica, y con qué nos encontramos a veces los peritos psicólogos.

Un ejemplo tomado de Vicente Cabello, psiquiatra forense frecuentemente referencial para el discurso jurídico argentino: “el delirante celotípico que mata a su mujer, sabe con qué y cómo la mata, pero yerra –y aquí la falta de comprensión– en cuanto al razonamiento que lo lleva a creer en la infidelidad de su mujer”. De modo que, ¿qué es lo que no “comprendió” el criminal? Saber que se mata no es equivalente a saber por qué se mata. Comprensión, ¿se refiere entonces a un juicio de valor acerca de lo normativo o de lo moral o lo ético? Si un individuo, –como por ejemplo, el resonado caso del odontólogo platense Barreda– reconoce el carácter antijurídico de su acción y su punibilidad por la ley, pero subjetivamente, moralmente, se considera en menor o en mayor grado justificado en su conducta, o dicho de otro modo, si acepta una responsabilidad jurídico-penal pero rechaza la responsabilidad subjetiva del acto realizado, ¿le cabe o no la declaración de imputabilidad?¹¹

Bibliografía

ÁLVAREZ, Héctor; VARELA, Osvaldo y GREIF, Dora, *La actividad pericial en psicología forense*, Buenos Aires, Edición del Eclipse, caps. I y II, 1992.

CAMARGO, Luis, *Encrucijadas del campo psi-jurídico. Diálogos entre el Derecho y el Psicoanálisis*, Buenos Aires, Letra Viva, 2005.

CÓDIGO PROCESAL PENAL ARGENTINO.

11. Camargo, Luis, *op. cit.*, p. 120.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA CABA, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014.

CORACH, Irene, “Probation y subjetividad”, en DI NELLA, Yago (comp.), *Psicología forense y derechos humanos*, Buenos Aires, Koyatun, vol. 1, 2008.

CORACH, Irene; DI NELLA, Yago y WULFSOHN, Alicia, “La psicología y los derechos de la infancia”, en DI NELLA, Yago (comp.), *Psicología forense y derechos humanos*, Buenos Aires, Koyatun, vol. 1, 2008.

DI NELLA, Yago (comp.), *Psicología forense y derechos humanos*, Buenos Aires, Koyatun, 2008.

NORIEGA, Reynaldo, “Consentimiento Informado en Psicoterapia”, presentación efectuada en el Primer Congreso Provincial de Psicología, celebrado en 1994 en la ciudad de Mar del Plata.

ROITSTEIN, Gabriela L.; LEGUIZAMÓN, Marcela; CATTÁNEO, María E. y BIDART, María C., “Administración de justicia: el perito psicólogo”, en Ficha de Cátedra, Universidad Nacional de La Plata, 2003.

_____, “El dispositivo de control social en el ámbito de la minoridad”, en Ficha de Cátedra, Universidad Nacional de La Plata, 2001.

ROSSINI, María Soledad, “Sistema carcelario y sistemas alternativos a la privación de la libertad”, en DI NELLA, Yago (comp.), *Psicología forense y derechos humanos*, Buenos Aires, Koyatun, Vol. 1, 2008.

VARELA, Osvaldo; SARMIENTO, Alfredo; PUHL, Stella Maris e IZCURDIA, María A., *La psicología en el campo jurídico*, Buenos Aires, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, caps. 1 y 21, 2006.

_____, “Inexigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica”, en *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, cap. 21, 2006.

La intervención psicológica forense en la niñez y la adolescencia

Alejandra F. Lubel* y Daniela V. Bevilacqua**

Algunas consideraciones en torno a nuestro quehacer profesional

Como psicólogas y peritos de la Dirección de Medicina Forense de este Consejo de la Magistratura del Poder Judicial la CABA, nos vemos convocadas a intervenir en procesos judiciales que involucran a Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante NNYA),¹ partiendo del reconocimiento de su vulnerabilidad basada en su edad cronológica menor a 18 años. Su acceso a la justicia, tanto en su condición de víctima y/o testigo, tiene sus particularidades, ya que debe garantizar la protección especial de sus derechos, según la normativa legal vigente.²

En 1994, la República Argentina le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo preámbulo se afirma el hecho de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales. Asimismo, expone el principio de interés superior del niño estableciendo que

... en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

* Licenciada en Psicología UBA. Psicóloga forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

** Licenciada en Psicología UBA. Docente en Psicología UBA. Psicóloga forense de la Dirección Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

1. *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/niñas, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*, Unicef, 2008. A modo de facilitar la lectura y teniendo en cuenta que las mujeres representan la mayoría de los casos de víctimas de estos delitos, haremos referencia a niños, niñas y adolescentes en género femenino a lo largo de todo el artículo.

2. Se refiere al marco legal de referencia: la Convención de los Derechos del Niño de Unicef, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (E/200520), Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y Ley N° 2451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA.

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.³

La doctrina internacional tiende a señalar que las NNyA tienen derechos humanos específicos. No obstante, no se trata de derechos especiales, puesto que esto supondría derechos excluyentes a los demás seres humanos, sino que son derechos que le atribuyen a la NNyA una mayor asistencia y protección. Así los derechos específicos de estos refuerzan los derechos humanos en general.

Desde su propia Constitución, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha mostrado su compromiso con la especial atención a los derechos de las NNyA, con la ejecución de políticas institucionales y acciones tendientes a la efectivización, defensa y resguardo de sus derechos en su participación en los procesos judiciales.

Las intervenciones judiciales, además de garantizar la protección de estos derechos, deberán ser adaptadas a la edad, nivel de madurez y necesidades especiales de cada NNyA, teniendo en cuenta su derecho a ser oído, en tanto pueda expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial.

A pesar de la existencia de distintos protocolos, no existe un modelo fijo y prediseñado de intervención aplicable a las diversas situaciones de vulneración de derechos en el ámbito de la niñez, ya que cada sujeto infantil es singular, como así también su problemática. El diseño del modo de abordaje dependerá de los profesionales idóneos en la materia que deberán trabajar de manera coordinada para evitar desarticulaciones perjudiciales y/o revictimizantes para las NNyA, siendo el objetivo central preservar la palabra de cada NNyA. Se trata de extremar las precauciones y evitar en lo posible que la NNyA comparezca ante el tribunal, sólo cuando sea estrictamente necesario, debiendo los profesionales intervinientes limitar el número de entrevistas o encuentros.

La intervención psicológica forense

En casi todas las interacciones de la población infantil con la justicia intervienen psicólogos forenses. Desde nuestra disciplina, surgen

3. Unicef, Convención de los Derechos del Niño (1989).

innumerables interrogantes que acompañan nuestra práctica: ¿desde qué lugar se interviene?; ¿cuál es la idea que está operando en la concepción de niñez con la que se trabaja?; ¿qué pasa con la distancia que existe entre la concepción de niño y el niño junto al cual intervenimos?; ¿hay un sujeto del inconsciente en el niño?; ¿por quién es hablado un niño? A modo de síntesis: ¿qué significa escuchar a un niño, más allá de su derecho a ser oído?

En primer lugar, se debe considerar el ambiente en el que se recibirá al NNyA, ya que este deberá reunir las características necesarias para ayudar a la NNyA a sentirse cómoda y eliminar o mitigar todo lo posible las vivencias de ansiedad y/o de temor. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴ en su artículo 166, reafirma la obligación de los Estados de garantizar que el proceso se desarrolle “en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la Niña, Niño o Adolescente”⁵ y agrega en el artículo 168 que las salas de entrevistas deberán brindar “privacidad y confianza”.⁶

El documento de Unicef se refiere a un “ambiente diseñado especialmente para este fin, procurando que la NNyA se sienta lo más cómoda y relajada posible, sin interrupciones y en un entorno que le provea privacidad”.⁷

En la mayor parte de estas interacciones, dependiendo de la instancia judicial en que se encuentre, interviene un “psicólogo especialista en niños”,⁸ quien cuenta con la formación necesaria para adecuar la interacción al momento evolutivo que atraviesa al niño y a su condición particular en relación con los hechos que se investigan. La complejidad de la intervención requiere de profesionales comprometidos y específicamente capacitados para la atención de NNyA víctimas y testigos, con actualizaciones periódicas relativas a la práctica forense.

Muchas veces la naturaleza misma del delito que se investiga se produce de manera clandestina o en ámbitos privados, sin testigos presenciales, en general sin señales físicas y con versiones contradictorias

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua”, sentencia de 8 de marzo de 2018.

5. Ídem.

6. Ídem.

7. Unicef, Convención de los Derechos del Niño, *op. cit.*

8. Ídem.

de la víctima y del agresor, otorgando frecuentemente a la entrevista de declaración testimonial y a la evaluación pericial un inestimable valor por ser a veces los únicos medios de prueba. En estos casos, tanto la evaluación del testimonio como las características psicológicas del sujeto infantil que determinan su capacidad para testimoniar y la posible presencia de daño psíquico por el impacto traumático del suceso padecido, se convierten en piezas claves de la investigación.

Ahora bien, aunque se trate de dos instancias claramente diferenciadas y delimitadas: la entrevista de declaración testimonial y la pericia psicológica, cuando estas son consideradas en interrelación brindan su mayor aporte para la dilucidación de la causa. La evaluación en este tipo de denuncias solo puede ser entendida como un proceso sistemático de recopilación de información y la formación de una opinión profesional acerca de la fuente y el significado de las declaraciones, el comportamiento, los pensamientos y emociones de la NNyA en cuestión. En ese sentido, el desarrollo del proceso judicial dependerá de una acertada y adecuada intervención de nuestra parte.

Desde nuestra perspectiva, la reconstrucción del hecho traumático resulta imposible, ya que muchas veces este se encuentra perdido en los laberintos del inconsciente, además de ser un proceso revictimizante. La verdad sobre la que debe dar cuenta el psicólogo forense no es la verdad material del hecho en cuestión sino la verdad del sujeto infantil. Escuchar a un niño implica alojar su dolor y sufrimiento para poder alojar algo de ese padecimiento. El psicólogo interviniente resulta el nexo entre la NNyA y la respuesta de la justicia a su padecer.

La entrevista de declaración testimonial

En esta instancia, se privilegia la posibilidad de brindarle al niño un espacio y un tiempo del que pueda apropiarse y en el que se sienta, tal vez por primera vez, escuchado pudiendo expresarse como pueda, con sus propios recursos, algo que estaba destinado a callar. Es el primer paso para que la NNyA vulnerada en sus derechos pueda empezar a construir una historia diferente con aquello que le tocó vivir y nuestro principal objetivo se constituye en poder rescatarlo tanto como sujeto de derecho como en su singularidad.

Cuando no existen evidencias médicas o testimonios de otros adultos, el testimonio infantil es la primera fuente de datos e investigación. El objetivo específico de la entrevista de declaración testimonial es obtener información, precisa, confiable y completa de lo que habría ocurrido a través del relato de la NNyA.

No obstante, dicho testimonio se encuentra determinado por numerosos factores como ser la capacidad de expresión verbal, la capacidad de comprensión, la imaginación y la fantasía, el período evolutivo que atraviesa, la motivación y/o la sugestionabilidad de su relato. Es por eso que debe tenerse especial cuidado y precaución a la hora de valorarlo para que pueda constituirse como una fuente fiable de información. El principal interrogante que surge por parte de los funcionarios y magistrados intervinientes en el proceso, en esta instancia, es sobre la fiabilidad o validez del testimonio de la declaración infantil. Se espera que el psicólogo forense pueda valorar si la NNyA fabula, miente, fantasea o dice la verdad respecto del o los hechos denunciados.

Varios factores inciden sobre la claridad y la cantidad de información confiable que brinda la NNyA, como ser:

- 1) El nivel de desarrollo del niño;
- 2) Las características del evento en cuestión;
- 3) Las técnicas usadas por los entrevistadores para obtener el testimonio.

En relación con esto último, si bien no hay una práctica única ni estandarizada, recientes estudios sostienen las ventajas de usar para las entrevistas de investigación de víctimas de presunto abuso sexual y/u otros delitos el protocolo de NICHD.⁹ Se trata de una entrevista estructurada a la presunta víctima, cuya metodología se basa en un enfoque gradual, siendo clave la creación de una relación de confianza entre el entrevistador forense y la NNyA. En un entorno físico y un clima que facilite la comodidad de la NNyA, se propiciará a través de una serie de comentarios y preguntas de final abierto, que la NNyA describa en sus propias palabras exactamente lo que le ha sucedido. Esto sólo puede darse en el contexto de la construcción de una relación de confianza, de un vínculo de empatía entre la niña/o o adolescente

9. Protocolo del National Institute of Child Health and Human Development para las entrevistas en la Investigación de Víctimas de Abuso Sexual.

y el entrevistador, y requiere de habilidad, paciencia y tiempo. Las niñas/os necesitan confiar antes de contar experiencias sensibles. Recién cuando la fase de relato libre ha concluido, el entrevistador/a puede realizar preguntas aclaratorias –focalizadas y específicas– para expandir y clarificar detalles, plantear dudas y lograr aclaraciones. Luego, pasará a tópicos más livianos, a modo de cierre de la entrevista.

Este modelo de la entrevista por etapas se basa en la importancia de construir una situación de *rapport* o confianza previa al comienzo de la entrevista en sí y, una vez conseguida, en facilitar el recuerdo libre de la NNyA con la menor cantidad de intervenciones posibles.

Se debe cumplir con todas las pautas legales y reconocer a las entrevistas forenses como un elemento importante aunque no sinónimo de la investigación judicial. El compromiso del psicólogo forense estriba en realizar un abordaje con profesionalismo, con actitud objetiva, neutral e imparcial, sin predisposiciones hacia hipótesis exclusivas acerca de si el niño dice la verdad o miente.

Con el fin de evitar la revictimización secundaria –que se refiere a la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico penal que puede contribuir a agravar el daño psicológico– y teniendo en cuenta lo previsto en las Reglas de Brasilia,¹⁰ se procede a la grabación de la entrevista de declaración en soporte audiovisual para evitar su repetición en sucesivas instancias judiciales.

La experiencia internacional demuestra que el trabajo en equipo presenta claros beneficios. En esos casos, se conforman equipos con un mínimo de dos personas para realizar la toma de la entrevista, siendo una de las profesionales quien conduce la entrevista y la otra actúa como psicóloga colaboradora o monitora, quien permanece en la sala de observación, junto con el resto de los actores. Esta profesional puede hacer un seguimiento de la entrevista, asegurando que no queden cuestiones por tratar en función de la planificación previa y que se respeten las necesidades de la NNyA. Otras de las funciones que cumple es la de interactuar con la autoridad a cargo de la entrevista (juez o fiscal) durante su desarrollo, aclarando dudas y corroborando que, en la medida de lo conveniente, sus pretensiones e interrogantes sean tenidos en cuenta.

10. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008).

La evaluación pericial infantil

En ocasiones, resulta necesaria la evaluación pericial con el fin de complementar, confirmar o descartar los resultados obtenidos en la entrevista de declaración testimonial. A diferencia de la entrevista de declaración, la pericia responde a interrogantes concretos solicitados por el magistrado. Muchas veces el objetivo de este examen alude al estado mental de la NNyA y a su capacidad de brindar testimonio así como también a poder establecer el daño psíquico ocasionado, es decir, establecer un nexo causal y/o concausal entre el padecimiento y el o los hechos que se investigan.

El psicodiagnóstico infante juvenil mantiene algunas similitudes con el de los adultos, especialmente en lo referente a contar con instrumentos fiables y válidos. Sin embargo, la evaluación infantil supondrá un desafío mayor para el psicólogo forense ya que el niño es un ser en desarrollo, en permanente cambio. Es durante la etapa infantil y la adolescencia que se dan los cambios biológicos y comportamentales que mayor trascendencia van a tener en la construcción de la persona adulta. El perito deberá ser especialmente cuidadoso en el establecimiento de un diagnóstico que pueda resultar estigmatizante para la niña y prestarse a la escucha de cada niña en su singularidad irrepetible.

Como en cada evaluación pericial, una/un NNyA no es excluyente de su contexto que es la familia. Por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales y es, en principio, a los padres a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionarlos dentro de sus posibilidades y medios económicos. Asimismo, en la Convención ya mencionada, se reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños.

Es por eso que, como primera fuente de información fiable y, cuando es posible, previo al acceso a la NNyA, se cita a los adultos o tutores a cargo de su crianza y su cuidado para indagar las características evolutivas de la niña, su grado y adaptación familiar, escolar y social, los desvíos del desarrollo y posibles conflictos emocionales. Esta entrevista informativa y vincular con las figuras parentales o adultos más significativas está destinada, además de conocer los aspectos

inherentes a la evolución integral de la NNyA, también a los relativos a la dinámica familiar.

Claro que este modo de abordaje se basa en un ideal de familia, donde los padres ejercen funciones de cuidado y sostén hacia los hijos, donde se transmite afecto y se enseñan los límites y normas que van a permitir la construcción de la subjetividad, en un entramado vincular apuntalado en el reconocimiento de las diferencias sexuales y generacionales, regulado por el tabú del incesto y en estrecho intercambio con el entorno social. No obstante y tal como lo afirma Abelleira, la familia no puede ser evaluada en un sentido fijo y como una institución única. En ocasiones, esta conforma un grupo en el que predomina un ejercicio abusivo del poder y en el que los derechos de los más débiles pueden ser violados sistemáticamente y, por lo tanto, los vínculos de amor y cuidado no son tales y prima el desconocimiento de una/un NNyA como sujeto.

Es por ello que, a pesar de que la entrevista a padres constituye un instrumento sumamente valioso, no es aplicable a todos los casos y menos aún en materia penal, cuando uno de los progenitores, quien debiera cuidar de la niña, es imputado o tiene claros intereses en el conflicto judicial. Resulta imprescindible evaluar entonces cada situación familiar en particular y se decidirá la pertinencia de realizar dicha entrevista y a quién, con el fin de obtener esta información vital, que no es esperable que la NNyA sepa de sí misma.

La entrevista a padres representa el eje fundamental alrededor del cual giran los demás instrumentos de evaluación, ya que no solo sirve para establecer el clima de confianza necesario sino que también la información obtenida en ella nos ayudará a definir qué aspectos de la personalidad del menor deben ser evaluados en relación con el objetivo pericial; nos permitirá, en consecuencia, diseñar la batería psico-diagnóstica implementada e interpretar los resultados obtenidos.

La estrategia combinada de entrevista y la implementación de tests psicométricos y proyectivos deben ponerse en cada caso al servicio de las necesidades específicas. Es decir que no hay una batería estándar sino que esta debe atenerse a criterios pragmáticos de la información recabada, el nivel de desarrollo y medio sociocultural del sujeto evaluado, el dominio del instrumento por parte del evaluador y la calidad científica, en términos de validez y confiabilidad, del mismo.

No debe confundirse el rigor exigido a la actividad pericial psicológica con el abuso en la administración de test. Si se trata de evitar la victimización secundaria de la NNyA, se debe partir de la idea de que la niña intervenga lo mínimo posible con la justicia. También en este sentido el abuso de los test en el entorno forense se vincula a la creencia de los operadores jurídicos de que son pruebas objetivas sobre el funcionamiento de la mente humana, a la presión legal (como un escudo científico en las audiencias de juicio) y/o a la competencia interprofesional entre los peritos de parte.

Es necesario, en las entrevistas de este ámbito, no sólo escuchar atentamente sino también, observar con precisión lo no verbal, lo gestual.

Resulta de suma utilidad en niños pequeños, no escolarizados de hasta 5 años la hora de juego diagnóstica, que genera un espacio no contaminado para la libre expresión de su realidad psíquica, o en su caso, de su vivencia traumática.

A partir de los 5-6 años, si bien se incluyen aspectos lúdicos, adquieren mayor relevancia la entrevista, el material gráfico y las técnicas proyectivas, Rorschach. En prepúberes y adolescentes puede agregarse el MMPI II (Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota).

Referirse a la hora de juego diagnóstica como técnica de evaluación implica tener claridad conceptual respecto del término “juego”. La interpretación de esta técnica está directamente vinculada con los conocimientos que se tengan sobre el mismo.

De esta manera se advierte que el desarrollo de NNyA depende no solo de lo que trae al nacer, sino también del tipo de maduración y de lo que “el medio” le proporciona (desarrollo y aprendizaje). Los tres procesos se encuentran íntimamente ligados y presentan momentos de mayor o menor relevancia a lo largo de la vida.

Se sabe del juego que es fundamentalmente social en su naturaleza y origen. Desde que una/un NNyA nace, el medio le proporciona juguetes y elementos para jugar. Son los adultos quienes introducen al niño en el mundo de los juguetes y los que le “enseñan” a jugar.

Para Piaget,¹¹ luego del primer período reflejo, el resto de los comportamientos del niño pueden ser considerados imitación y juego y ambos son las bases del desarrollo de la inteligencia.

11. Piaget, Jean, *Psicología de la inteligencia*, Buenos Aires, Ed. Psique, 1955 (1947).

En este sentido, el juego depende de que ciertas personas le enseñen al niño a jugar y que este tenga el “deseo” y las posibilidades de aprender.

La técnica de la hora de juego diagnóstica que goza de reconocimiento internacional es entonces una de las herramientas fundamentales que posee el psicólogo para acceder a la evaluación de los procesos del desarrollo infantil de manera privilegiada, ordenada y profunda.

- 1) La hora de juego diagnóstica se utiliza como primer encuentro con el niño en el proceso psicodiagnóstico y conjuntamente con la entrevista a padres.
- 2) La elección de una técnica lúdica para dicho encuentro no es casual. Se considera óptimo utilizar juguetes que sean un elemento de uso diario para los niños como primer material de indagación, alejado de lo que ellos puedan interpretar como material típico de evaluación. Esto permite que el niño se distienda y favorece una sensación de comodidad.
- 3) Se puede aplicar en niños desde los 18 meses de edad hasta los 11 o 12 años.
- 4) Se requiere de un lugar adaptado a las necesidades y tamaños de los niños.
- 5) Se utiliza un material de prueba denominado caja de juguetes, que incluyen material estructurado e inestructurado.
- 6) La consigna estímulo es la misma para todos los niños y en todas las edades.

En la actualidad no caben dudas acerca de la importancia del juego en el desarrollo infantil, se puede concluir a la luz de las últimas investigaciones que el juego no sólo informa sobre procesos neurológicos. A su vez brinda información sobre el aprendizaje y la relación de este con las diversas modalidades vinculares que se generan en diferentes ambientes.

Algunas reflexiones finales acerca del modo de intervención psicológica forense con las NNyA

La intervención psicológica forense con NNyA, en cualquiera de sus etapas, deberá contemplar las consecuencias que su dictamen puede tener a nivel de la sanción jurídica, teniendo en cuenta todas las

variables que se presentan en el caso por caso, así como también los conflictos y fantasías de los adultos denunciantes para la mejor orientación general del caso y para indicar alguna medida terapéutica.

Es fundante entender que una NNyA se encuentra en pleno desarrollo, y que su pasaje por la instancia judicial requiere de profesionales idóneos que, por un lado, tengan en consideración este aspecto evolutivo para poder adaptar la intervención y, a su vez, minimicen el impacto y el sufrimiento de la NNyA involucrada.

La capacitación constituye el punto fundamental para el desarrollo de las habilidades y conocimientos necesarios para realizar las entrevistas adecuadamente, esto es, conseguir la mayor cantidad y calidad de información en un clima de confianza y cordialidad que evite cualquier perjuicio para la NNyA. Los profesionales debemos mantenernos informados en cuanto a estudios, avances y descubrimientos sobre la materia, a fin de desarrollar estrategias que permitan la autovigilancia y autocorrección de los sesgos en los que pudieran incurrir.

La justicia, por su parte, deberá asegurar una infraestructura acorde para que el ambiente sea ameno para las NNyA, evitando también que puedan cruzarse con los detenidos u otros actores intervinientes en el proceso judicial.

Resulta esencial y sumamente beneficioso contar con espacios que permitan compartir e intercambiar con nuestros colegas experiencias, inquietudes y frustraciones de nuestra tarea cotidiana, con el fin de poder aunar criterios que nos permitan mejorar nuestra práctica. Los entrevistadores expertos no nacen, se hacen. Asumir nuestro rol de un modo dinámico en permanente cuestionamiento y revisión es nuestra mayor responsabilidad profesional y ética.

Bibliografía

ABELLEIRA, Hilda y DELUCCA, Norma, *Clínica Forense en familias. Historización de una práctica*, Buenos Aires, 2004.

ABERASTURY, Arminda, *Teoría y técnica del psicoanálisis con niños*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1961.

ANTEQUERA JURADO, Rosario, “Evaluación psicológica del maltrato en la infancia”, *Cuadernos de Medicina Forense*, N° 43-44, 2006.

APSAC, *Guía de Prácticas. La entrevista forense en Casos de Sospecha de Abuso Infantil*, 2014.

CÓDIGO DE ÉTICA DEL EJERCICIO PROFESIONAL DEL PSICÓLOGO.

ECHEBURÚA, Enrique y SUBIJANA, Ignacio, “Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente”, en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Granada, 2008.

GUTTON, Philippe, *El juego de los niños*, Barcelona, Nueva Tierra, 1976.

HERNÁNDEZ, José Antonio, *El juego y la plasticidad neuronal y Maduración, plasticidad neuronal y desarrollo*, Buenos Aires, Publicaciones El cisne, 1997.

KLEIN, Melanie, *Obras completas*, Buenos Aires, Editorial Paidós.

NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, (2005/20).

PIAGET, Jean, *Psicología de la inteligencia*, Buenos Aires, Ed. Psique, 1955 (1947).

Protocolo “Statement Validity Assessment (SVA)”, para la valoración de la credibilidad del testimonio.

Protocolo “The National Institute of Child Health and Human Development”, para las entrevistas en la Investigación de Víctimas de Abuso Sexual (NICHD), *Child Abuse & Neglect*, vol. 24, N° 6, 2000.

SIQUIER DE OCAMPO, María L. y GARCÍA ARZENO, María E., *Las técnicas proyectivas y el proceso psicodiagnóstico*, Buenos Aires, Nueva visión, 1976.

UNICEF, ADC (Asociación por los Derechos Civiles), *Acceso a la justicia de los niños/as víctimas en la Argentina. La experiencia de elaboración de protocolos unificados de actuación en Formosa, Jujuy y Tucumán*, 2015.

_____, *Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Judicial de Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos*, 2008.

UNICEF, ADC (Asociación por los Derechos Civiles), JUFEJUS, *Guía de las Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*, 2013.

UNICEF, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989.

VALENCIA COROMINAS, Jorge, *Derechos humanos del niño*, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1990.

VOLNOVICH, Jorge y otros, *Abuso sexual en la infancia*, Buenos Aires, Editorial Lumen, 2002.

WINNICOTT, Donald, *Realidad y juego*, Buenos Aires, Granica, 1971.

La evaluación del daño psíquico en los procesos de duelo. Análisis de un fallo

M. Eugenia Hippe,* Paula M. Manrique** y M. Dolores Rivas***

Introducción

El discurso jurídico ha de ser lógico, preciso, y conforme a la ley, sienta sus bases en los conceptos de verdad y legalidad, excluyendo toda subjetividad, creando normas que funcionan como base para el orden social, cuyo cumplimiento garantiza la coherencia estructural del sistema y su correcto funcionamiento.

Ahora bien, cuando la búsqueda de una respuesta verdadera tiene por objeto de análisis, reflexión y enjuiciamiento la realidad de los actos humanos en los que entran en juego la razón, la emoción, las imprevistas culturales y lo imprevisto, la tarea se torna difícil, pues la existencia humana se sitúa en el entrecruzamiento de dos perspectivas: la del “derecho” y la del “sujeto”. Esto se presenta como una dificultad, puesto que no son suficientes los conocimientos legales para evaluar, juzgar y emitir sentencia, objetivamente y con “verdad”, una realidad que escapa a su conocimiento.

Es aquí cuando la justicia convoca a la psicología, convirtiéndose esta en una ciencia auxiliar del derecho. Se establece, así, una relación delicada entre ambas disciplinas un cruce discursivo interdisciplinario que genera un campo particular. Desde esta óptica y tomando el concepto de J. Urra Portillo respecto de la psicología en su intervención en el ámbito de la justicia, diremos que la Psicología forense es aquella “ciencia que enseña la aplicación de todas las ramas y saberes

* Licenciada en Psicología UBA. Psicóloga forense de la Dirección Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

** Licenciada en Psicología UBA. Especialista en Psicología Clínica. Psicóloga forense de la Dirección de Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

*** Licenciada en Psicología UBA. Psicóloga forense de la Dirección Medicina Forense del Consejo de la Magistratura de la CABA.

de la Psicología ante las preguntas de la justicia, y coopera en todo momento con la administración de Justicia, actuando en el foro (tribunal), mejorando el Ejercicio del Derecho...”¹

El artículo 457 del CPCN, reglamenta la procedencia de la prueba pericial, señalando que “será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos esenciales en alguna ciencia, arte, industria o actividad especializada”. Así es como la Psicología forense resulta la psicología aplicada como instrumento accesorio para la toma de decisiones por los jueces y tribunales, como psicología aplicada al servicio del Poder Judicial del Estado. El psicólogo “expone, analiza, ilustra y asesora al lego sobre cuestiones que hacen a la psicología en un proceso judicial con lenguaje claro, comprensible y preciso”,² respondiendo a las preguntas que lo convocan a través de un informe pericial.

La pericia (del latín *peritia*) es la habilidad, sabiduría y experiencia en una determinada materia. Quien cuenta con pericia recibe el nombre de perito: se trata de un especialista que suele ser consultado para la resolución de conflicto.

El psicólogo es llamado a actuar como perito, siendo convocado por los jueces para dirimir en cuestiones dilemáticas en concordancia a su competencia material. El perito es definido como “la persona, que sin ser parte del proceso, emite declaraciones sobre hechos que tienen carácter procesal en el momento de su captación, para cuyo conocimiento o apreciación son necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”.³

La pericia psicológica no es un tratado de psicología o de psicodiagnóstico, sino el dictamen de los peritos, que son llamados a informar ante el juez o tribunal por razón de sus conocimientos especiales. Una pericia psicológica es, en esencia, un pedido de carácter científico que el juez hace a un licenciado en Psicología para que valore cientí-

1. Urra Portillo, Javier y Vázquez Mezquita, Blanca, *Manual de psicología forense*, Madrid, Siglo XXI, 1993.

2. Varela, Osvaldo; Sarmiento, Alfredo; Puhl, Stella M. e Izcurdia, M. de los Ángeles, *Psicología jurídica*, Buenos Aires, JCE Ediciones, Cap. 9, 2005.

3. Serrano Bermúdez, José M., “La intervención del perito en el proceso judicial”, en Sierra Freire, Juan C.; Jiménez González, Eva M. y Buela Casal, Gualberto, *Psicología Forense, manual de técnicas y aplicaciones*, España, Biblioteca Nueva, 2006.

ficamente un hecho en controversia entre partes. El psicólogo, por lo tanto, aporta una valoración científica y no un mero parecer o una opinión subjetiva. Esto implica que es necesario ponderar si el profesional tiene conocimientos científicos útiles y provechosos en relación con el hecho controvertido para poder ilustrar al magistrado sobre aquello por lo que se lo consulta. La prueba pericial, según Rodolfo Witthaus, es “la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a dominar; y la persona dotada de tales conocimientos es el perito, y su opinión fundada, el dictamen”.⁴ La pericia es un medio de prueba.

A fin de responder a los puntos de pericia, el psicólogo se vale del psicodiagnóstico. El método psicodiagnóstico es una combinación de técnicas científicamente válidas que incluye pruebas psicométricas y proyectivas tendientes al estudio de la personalidad de un sujeto y a su modo singular de vincularse.

La administración de pruebas psicológicas se incluye en un encuadre que le es propio y su interpretación se realiza atendiendo la interrelación de dichas pruebas y a un contexto vincular con el administrador. Fuera de este encuadre y de la variable transferencial que establece la persona que está siendo evaluada psicológicamente por el psicólogo que administra las técnicas, la interpretación y el diagnóstico de las mismas resultan erróneos ya que se extraen de contexto, restándoles validez. Por otro lado, se corre serio riesgo de caer en generalizaciones que no tengan en cuenta la singularidad del examinado.

Acerca del daño psíquico

Desde la perspectiva jurídica, consideramos necesario introducir la noción de daño. Desde el Código Civil de Vélez Sarsfield, se establece en el artículo 1068 que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

4. Varela, Osvaldo; Sarmiento Alfredo; Puhl, Stella Maris e Izcurdia, María de los Ángeles, *op. cit.*

Dado que el daño deberá ser probado, al tratarse de una lesión a la salud psíquica, será un perito psicólogo quien, a través de una pericia asesore a quien lo solicite, en la determinación del daño.

El Dr. Risso establece que el daño psíquico es un

... síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución en las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años).

La figura jurídica de daño psíquico requiere como elemento unificador la presencia de un cuadro psicopatológico, ya que signos aislados que no conforman una categoría diagnóstica no son compatibles con la figura de daño psíquico. Aquello que configure un cuadro psicopatológico puede encuadrarse dentro del denominado “daño moral” y no corresponde al perito psicólogo determinarlo, aunque sí detectarlo en su práctica pericial para informarlo al juez, quien es el que determinará o no la existencia del mismo.

El llamado “daño psíquico” no es entonces una entidad nosológica en sí misma, por lo que el perito psicólogo deberá evaluar los síntomas resultantes del hecho traumático para poder concluir si hubo o no conformación patológica; es decir, la relación entre ella y el hecho al que se le atribuye.

Ahora bien, desde lo psicológico describimos lo “traumático” como un acontecimiento que irrumpe en la vida de un sujeto y no logra inscribirse en el psiquismo por falta de tiempo, de previsión, de terreno emocional, ya que lo traumatizante es aquello que supera la capacidad de respuesta adaptativa del aparato psíquico. Por decirlo en otras palabras, es la significación que ese hecho tiene en la persona lo que realmente provoca el trauma.

Análisis de un fallo

A continuación se analizará un fallo en el que este entrecruzamiento discursivo queda expuesto, a través de la labor del psicólogo forense y la descripción del concepto de daño psíquico, como un con-

cepto que surge del discurso jurídico, pero que requiere una respuesta desde el discurso psicológico.

En el fallo de autos N° 33209, “R. G y otros contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros sobre Responsabilidad Médica” (Juzgado CAyT N° 10, Sec. N° 20, CABA):

... se presentan R.G. y E. A, ambos por intermedio de apoderado, y promueven demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires [...] Relatan que R.G. sufre desde hace años cuadros aislados de ausencias vinculadas con desórdenes de índole neurológico, habiéndosele diagnosticado epilepsia. Por ello, ante la decisión de ser madre intentó tomar todos y cada uno de los recaudos para llevar a cabo un embarazo sin riesgos. Fue así que en el mes de mayo de 2008 concurrió al Hospital General de Agudos “Francisco Santojanni” con el fin de atenderse con un especialista, donde fue tratada por la Dra. M.C.D., médica neuróloga. Dada su condición de epiléptica se encontraba permanentemente medicada con una droga denominada “carbamazepina” y quería informarse acerca de los pasos a seguir para tener un hijo. Sin embargo, a su entender la profesional no la atendió correctamente, ya que le informó que la medicación que estaba utilizando no era riesgosa en absoluto para el futuro de su hijo. “Aún más, no solo le prescribió seguir adelante con la medicación, sino que decidió imprudentemente aumentársela”. Señalan que con la confirmación del embarazo de R., el 19 de agosto de 2008 concurrieron nuevamente a la neuróloga del Hospital Santojanni; quien, contrariamente a lo que antes ella misma había prescripto, aconsejó disminuir la dosis de la citada droga. A partir de ese momento, continúan, los médicos que controlaban la evolución del embarazo también afirmaron que debía seguir adelante con la medicación aconsejada, que en nada aumentaba la chance de que el embarazo se complicara. Con fecha 5 de noviembre de 2008 R. se realizó una ecografía que confirmó el diagnóstico de la existencia de malformaciones fetales de diversos tipos, y que en esas condiciones la posibilidad de vida de la criatura era nula. Luego de consultar al jefe de obstetricia del Hospital Santojanni, y de realizar unos estudios posteriores en su consultorio particular, se determinó que el feto había empeorado y que no tenía posibilidades de vida, por lo que le indicaron que debía expulsarlo y realizar un aborto prematuro para evitar riesgos en su salud. En razón de ello, el día 10 de diciembre de 2008, luego de dos días de internación y largas jornadas de humillaciones y padecimientos innecesarios, la paciente expulsó y se le informó que sería llevado al sector de Anatomía Patológica para estudiarlo con el fin de otorgarle el resultado de los análisis durante el mes de enero

del año 2009. Manifiestan que grande fue su sorpresa cuando, al solicitar los resultados de la autopsia, les informaron que no tenían ningún análisis registrado a nombre de ellos y refirieron que en el Hospital no tenían noticias de un feto expulsado el día 10 de diciembre próximo pasado. En virtud de ello E. A. se dirigió al Centro Obstétrico del hospital para verificar si allí se encontraba el feto, pero el resultado también fue negativo. Se le informó que había sido retirado por el sector de Anatomía Patológica el mismo día del parto, según lo asentado en el correspondiente libro de registro. Los demandantes explican que, a raíz de ello, el señor A. regresó al sector Anatomía Patológica solicitando al enfermero que se encontraba en dicha dependencia, M.A.N., que buscara el feto en la morgue, pero tampoco este intento resultó positivo. Concluyen que los médicos que atendieron a la señora R. G. (por prescribirle la medicación u omitido suspenderla) probablemente hayan provocado daños irreversibles en su embarazo, y esta situación condujo a la pérdida del hijo. Expresan que, además, los médicos y asistentes del Hospital Santojanni han incumplido la obligación de realizar los análisis de estilo, lo cual hubiese permitido obtener información indispensable para confirmar las causas de lo ocurrido y así aumentar las chances de evitar su posible reiteración en el futuro. En definitiva, atribuyen responsabilidad al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por la negligencia en la prescripción de medicinas, error de diagnóstico y tratamiento, falta de realización de estudios necesarios (con la consecuente pérdida del embarazo); como así también, por el extravío del feto, falta de realización de los estudios correspondientes (con la consecuente pérdida de chance de determinar las causas de la malformación y pérdida de chance de planificar debidamente un próximo embarazo). Como consecuencia es dable afirmar que no se ha logrado determinar con exactitud cómo sucedió el hecho e individualizar a los partícipes. Pero está claro el resultado (extravío del feto) y también su origen. Ello configura entonces la falta de servicio, directamente imputable a la parte demandada por tratarse de sucesos acontecidos en el ámbito de un hospital público dependiente del Ministerio de Salud. En este contexto, el gobierno debe responder por los perjuicios que guarden adecuado nexo de causalidad con este acontecimiento. Establecida la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, resta analizar la procedencia de los perjuicios reclamados como consecuencia del extravío del feto; a saber: daño psíquico, tratamiento psicológico y daño moral. Daño Psíquico y Tratamiento Psicológico: Alegan los actores que, como resultado del episodio, se han visto alterados sus equilibrios psíquicos "... los mismos han sufrido consecuencias psíquicas de aislamiento, pánico, fobia, depresión, disminución y retraimiento. Una profunda crisis derivó en un

cuadro depresivo severo cuya reparación es debida". Y reclaman por este rubro la suma de \$ 50.000 para cada uno. En la especie, la Licenciada en Psicología, integrante del equipo de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, luego de describir las técnicas de diagnóstico utilizadas y sus resultados, concluyó con respecto a coactora R. G. que: "presenta una personalidad con una buena estructuración psíquica, con predominio de rasgos histéricos y obsesivos. Es posible señalar la presencia de un síndrome depresivo ansioso de origen reactivo, de grado leve, que guarda una relación de concausa con el hecho de marras y sus graves consecuencias. La Sra. R. G. no ha podido elaborar la pérdida de su hija, su elaboración del duelo se encuentra demorada por las circunstancias en las que la pérdida se produce y la incertidumbre concomitante a la desaparición del cuerpo de su hija. Es decir, que se ha generado un contenido traumático que hoy le sigue despertando reacciones de intensa angustia que mantienen activa su manifestación de tipo depresivo ansioso [...] Respecto del coactor E.A, la profesional describe un trastorno adaptativo en base a los criterios diagnósticos del DSM IV".

El trabajo expuesto propone la temática del duelo, en la que se visualiza claramente la discriminación entre daño moral y daño psíquico: el duelo normal sería tributario del daño moral y el duelo patológico conformaría una patología psíquica compatible con daño psíquico.

El trabajo de duelo puede ser definido como el conjunto de operaciones cognitivas, afectivas, psicodinámicas y vinculares que se ponen en marcha como consecuencia de la pérdida de un ser (o un objeto) querido, es decir cargado libidinalmente.

El duelo es un sentimiento subjetivo que aparece tras la muerte de un ser querido, lo que se denomina "objeto de amor". El sentimiento de pérdida se relaciona con el sentirse privado de algún ser querido que ha fallecido. El duelo es considerado como un síndrome, porque la persona presenta determinadas manifestaciones y síntomas. El trabajo de duelo resulta un proceso psicológico complejo que consiste en deshacer los lazos contraídos con aquel objeto ausente (fallecido) y enfrentarse al dolor de la pérdida. En el duelo, la pérdida trae grandes desviaciones en la conducta normal, pero no es considerada una conducta patológica. Se trata de una pérdida real, o sea que se pierde un objeto del mundo externo, se sabe cuál es y se logra superar con el paso del tiempo. El dolor intenso de la fase inicial del duelo comienza

a desvanecerse, la depresión debería disminuir y para la persona debería ser posible pensar en otras cosas y proyectar su futuro.

En cuanto a la tipificación de los duelos patológicos, diversos autores describen formas en las que el duelo puede devenir en un modo anormal, patológico, por tratarse de un duelo no resuelto, inhibido, retardado, enmascarado o intensificado, entre otras caracterizaciones.

La muerte de un hijo es una de las experiencias más duras, difíciles y dolorosas que puede sufrir un ser humano. Los padres se sienten responsables de la protección de sus hijos y su pérdida suele ser vivida como un fracaso. Es lógico pensar que, en este caso particular, la muerte de su hija resulta altamente frustrante y devastadora, más aun teniendo en cuenta que tener un hijo era para ella (RLG) su principal deseo vital.

Los psicoanalistas de la Asociación Psicoanalítica Argentina, Aída Roitman de Fainstein, Marcela Armus y Norberto Szwarc, en su trabajo “El duelo por la muerte de un hijo”, dicen:

... así como la propia muerte resulta inconcebible, tanto más se refuerza en el caso de la muerte de un hijo. La muerte de un hijo produce una abrupta ruptura de la idea de la “inmortalidad del yo” y de la “continuidad generacional”. Se desgarran la vida porque se coló definitivamente la muerte. No se puede aceptar haber sido padre como algo efímero; es decir, asumir la destitución de ser padre de ese hijo. En estas circunstancias cae violentamente el proyecto de investidura de futuro, a través de la continuidad generacional que un hijo implica para sus padres. El valor que identifica con la figura de ser padre o madre está dado por la vida del hijo, que es quien le da sentido a la paternidad-maternidad. La pérdida sacude estas identificaciones [...] y con un hijo, la pérdida es más radical, se pierde no sólo a un ser amado, o un pasado en común, sino lo que potencialmente un hijo hubiera podido brindar de haber vivido. La medida del horror de quien está de duelo es función de la medida de la no realización de la vida del muerto.⁵

Si bien la pareja de RLG y EA tuvo tiempo de preparación para poder procesar la idea de que ese bebé no iba a nacer o sobrevivir, la esperanza estaba puesta en la posibilidad de que ese feto les pudie-

5. Roitman de Fainstein, Aída; Armus, Marcela y Szwarc, Norberto, “El duelo por la muerte de un hijo”, presentado en Fepal - XXIV Congreso Latinoamericano de Psicoanálisis: Permanencias y cambios en la experiencia psicoanalítica, celebrado en setiembre de 2002 en la ciudad de Montevideo, Uruguay.

ra dar cierta certeza y respuestas sobre la causa de la malformación, e incluso, la seguridad y tranquilidad de que no volvería a ocurrir en futuros embarazos. Esta expectativa se ve insatisfecha al desaparecer el feto, lo que los deja sin información para comprender lo ocurrido, impidiendo poner en marcha conductas de prevención. Además, la desaparición del feto produce un trauma que, en sentido estricto, se corresponde a una ruptura de las cadenas asociativas y dificulta el proceso de elaboración de la pérdida.

En este caso, no solo se da que se trata de una madre que ha perdido a un hijo, lo que se configura como un duelo de dificultosa o hasta imposible disolución, sino que, además, la desaparición del feto refuerza la capacidad de este hecho de producir un efecto traumático en el psiquismo de la actora.

Cuando mencionamos lo “traumático”, la psicología habla de un acontecimiento que irrumpe en la vida del sujeto y no logra inscribirse en el psiquismo por falta de tiempo, de previsión, de terreno emocional que la razón pueda ir preparando para el desenlace, ya que lo traumatizante es aquello que, por su intensidad, supera la capacidad de respuesta adaptativa del aparato psíquico.

La Sra. RG pasó por una situación de duelo de características anormales, pero no a causa de limitaciones relativas a su propia constitución psíquica, sino por lo siniestro del contexto en el que se desarrollaron los hechos: diagnóstico, parto inducido seguido de la sensación de abandono por parte de los médicos intervinientes y la desaparición del feto. Este escenario interfiere de tal manera que obstaculiza llevar adelante una tramitación normal por la pérdida del objeto de amor y despierta además, pensamientos intrusivos, extraños para sí misma con el afán de darle una explicación a una situación inexplicable.

En este caso particular y teniendo en cuenta los datos de la historia vital de la damnificada, las características de su personalidad de base, la mecánica de los hechos y sus consecuencias, resulta claro el nexo causal entre el siniestro de marras y los trastornos que presenta la examinada. Es decir, de la presencia de daño psíquico.

Entendemos así entonces que padecer un trauma no es homologable a ningún trastorno *per se*, ni puede ser cuantificado o entendido del mismo modo para todos, sencillamente porque cada individuo responde al trauma reaccionando de un modo singular, según su vivencia

personal y cómo se inserte en la cadena asociativa de su devenir histórico. Con relación al caso expuesto, la perito señala la existencia de un hecho que se inscribió de modo traumático en los actores, pero que, al momento del examen, y sobre la base de los distintos factores desarrollados anteriormente y que hacen a la singularidad de cada uno, se manifiesta de manera diferente.

Conclusión

Si pensamos a la justicia como la búsqueda de la verdad, veremos que la psicología se postula entonces como una ciencia auxiliar que permite, colabora y aporta su saber como herramienta en este proceso.

El discurso jurídico ha de ser lógico y preciso, creando normas que funcionan como base para el orden social, cuyo cumplimiento garantiza la coherencia estructural del sistema y su correcto funcionamiento. En este orden social donde las normas son “equitativas” a todos, podemos pensar que la subjetividad quedaría excluida o que, de alguna manera, irrumpiría generando nuevos interrogantes cuyas respuestas tienen por objeto de análisis la realidad de los actos humanos, en los que entran en juego las historias personales, la razón, la emoción, las improntas culturales, entre otras cosas. Los seres humanos no somos todos iguales, ni actuamos del mismo modo, ni respondemos de la misma manera.

La psicología aporta una respuesta, ofrece conocimientos acerca del comportamiento humano ligados al orden de lo simbólico y lo imaginario; contribuye a la dimensión subjetiva. Es en el cruce de ambas ciencias donde se encuentra el objeto de estudio que las relaciona: la conducta humana, la que no resulta simple ni única, es una compleja respuesta a múltiples factores. Aquí es donde el psicólogo puede intervenir, buscando comprender las singularidades para poder ofrecer un saber más cercano a la verdad en el caso por caso. Podemos pensar también que la intervención del psicólogo “humaniza” la implementación de la ley, así como el contexto en el que esta interviene con una mirada reflexiva sobre las subjetividades de las personas.

Se puede concluir entonces que la psicología es la ciencia que logra inscribir dentro del campo del derecho –aquel donde la justicia puede comprenderse como la búsqueda de verdad para todos–, la sin-

gularidad de cada uno y del caso por caso, para poder brindar soporte, dentro de la diferencia, de la búsqueda de equidad.

Bibliografía

CASTELAO, Silvia, “El daño psíquico: delimitación conceptual y su especificidad en casos de accidentes de tránsito, mala praxis médica y duelos”, en *Cuadernos de Medicina Forense Argentina*, Año 3, N° 1.

CASTEX, Mariano, *Daño psíquico y otros temas forenses*, Buenos Aires, Editorial Tekné, 1997.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 2015.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 2015.

CÓDIGO DE ÉTICA DE LA DE LA FEDERACIÓN DE PSICÓLOGOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

LEY N° 23277 DEL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA PSICOLOGÍA, 1985.

MARIANETTI, José, *El daño psíquico: el daño psíquico y el daño moral*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

NAVARRO, Daniel A., *Daño Psíquico: Diagnóstico y evaluación pericial*, Buenos Aires, Dunken, 2009.

ROITMAN DE FAINSTEIN, Aída; ARMUS, Marcela y SZWARC, Norberto, “El duelo por la muerte de un hijo”, presentado en Fepal - XXIV Congreso Latinoamericano de Psicoanálisis: Permanencias y cambios en la experiencia psicoanalítica, celebrado en setiembre de 2002 en la ciudad de Montevideo, Uruguay.

RUBIO, Juan Manuel y cols., *Psicología jurídica- forense y psicoanálisis*, Buenos Aires, Letra Viva, 2010.

TALARICO PINTO, Irene, *Pericia psicológica*, Buenos Aires, La Rocca, 2007.

URRA PORTILLO, Javier y VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *Manual de psicología forense*, Madrid, Siglo XXI, 1993.

VARELA, Osvaldo; PUHL, Stella M. e IZCURDIA, Mariel, *La actividad pericial en Psicología Jurídica*, Buenos Aires, Ecu, 2013.

VARELA, Osvaldo; PUHL, Stella M.; SARMIENTO, A. e IZCURDIA, M. de los Ángeles, *Psicología jurídica*, Buenos Aires, JCE, 2005.

_____, *La Psicología en el campo jurídico*, Buenos Aires, Ecu, 2012.

VARELA, Osvaldo; SARMIENTO, Alfredo y ÁLVAREZ, Héctor R., *Psicología Forense*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

_____, *Entre la psicología y el derecho. Cruzamientos discursivos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.