

**6ª Sesión.**

**Imputación personal, culpabilidad  
y neurociencia**

# **EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA POR EXCESO DE VELOCIDAD EN SITUACIONES DE APARENTE EMERGENCIA. ¿ESTADO DE NECESIDAD O CAUSA DE INEXIGIBILIDAD INDIVIDUAL? (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL Nº 20 DE MADRID DE 14/02/2011)**

MARÍA LUISA BAYARRI MARTI

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

mlbayarri@icav.es

**Resumen:** El delito de conducción temeraria por exceso de velocidad es uno de los que más aplican los Tribunales en el campo de los delitos contra la seguridad vial. Cuando se enjuicia, en numerosas ocasiones, el acusado alega situaciones de estado de necesidad, trastorno mental transitorio o miedo insuperable para conseguir la absolución o una rebaja sustancial de la pena. Los Tribunales resuelven de distintos modos dichas alegaciones. Por ejemplo, la sentencia de 14 de febrero de 2011, del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, condenó al acusado como autor de un delito de conducción temeraria por exceso de velocidad del art. 379.1 del Código Penal, con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, ya que le produjo gran inquietud y desasosiego la llamada recibida, indicándole que su hija iba a ser ingresada en el hospital tras haber sufrido un ictus cerebral.

**Palabras clave:** Conducción temeraria; exceso de velocidad; estado de necesidad; trastorno mental transitorio; miedo insuperable.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Tras dar un repaso a las cuestiones generales sobre la conducción temeraria por exceso de velocidad y sobre determinadas eximentes que pueden ser aplicadas en este tipo de delitos de forma completa o incompleta, se analizará en esta comunicación el modo en que las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales han resuelto determinados supuestos en que se alegaban dichas circunstancias para conseguir la absolución o una rebaja sustancial de la pena. Pero, principalmente, se estudiará la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2011, que analiza en profundidad el estado de necesidad y el trastorno mental transitorio como causa de inexigibilidad individual, decantándose por la aplicación de este último al supuesto concreto, como eximente incompleta.

## **II. EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA POR EXCESO DE VELOCIDAD.**

En la delincuencia vial, determinadas conductas son objeto de criminalización en aras de una mayor protección de bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad

física, y la seguridad del tráfico viario en general, mediante la tipificación de comportamientos que implican un peligro concreto para tales bienes, pero también penalizando acciones que frecuentemente constituyen un alto riesgo de producción de resultados lesivos (delitos de peligro abstracto), aunque en el caso concreto tales bienes no hayan sufrido un efectivo peligro de lesión.<sup>1</sup>

Veamos, a continuación, la regulación que el Código Penal prevé para el delito de conducción temeraria por exceso de velocidad en los arts. 379.1 y 380.

De acuerdo con la redacción del art. 379.1 del Código Penal (conducción con exceso de velocidad)<sup>2</sup>, podemos deducir que no se vincula el carácter delictivo de la conducción a la puesta en peligro de la seguridad vial, sino que se configura una presunción *iuris et de iure*, por la que se considera delictiva la conducción que sobrepase los límites de velocidad prevista en el tipo, configurándose en consecuencia como un delito de peligro abstracto. La utilización de mecanismos técnicos de medición de velocidad, como el cinemómetro, hace preciso acudir a la normativa extrapenal para configurarlo<sup>3</sup>.

Por su parte, la regulación del art. 380 del Código Penal (conducción temeraria)<sup>4</sup> nos lleva a concluir que nos encontramos ante un delito de peligro concreto. La temeridad en la conducción se manifiesta por omitir la más elemental diligencia debida en el manejo de un vehículo, es decir, una notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico. Basta con la puesta en peligro de una sola persona para que el delito se entienda cometido<sup>5</sup>. Se trata de un delito doloso, en el que el dolo ha de abarcar dos

---

<sup>1</sup> MUÑOZ RUIZ, J., *El delito de conducción temeraria del art. 380 del Código Penal*. Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas, p. 21

<sup>2</sup> “El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

<sup>3</sup> Ley 3/1985, de Metrología y el RD 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida. Así mismo la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 22-11-2006 por la que se fijan las condiciones de los cinemómetros. Esta orden fija un error máximo permitido en las verificaciones periódicas de +/- 7%.

<sup>4</sup> “1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años. 2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.”

<sup>5</sup> STS 19-2-1996

elementos: el modo de conducir y el resultado del peligro<sup>6</sup>.

### **III. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD MÁS HABITUALES EN LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN TEMERARIA POR EXCESO DE VELOCIDAD.**

#### **1. Causas de exclusión de la antijuridicidad: El estado de necesidad**

Una vez se comprueba que la acción es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso es determinar la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito<sup>7</sup>.

Normalmente, la realización de un hecho típico genera la sospecha de que el mismo es también antijurídico. Pero puede suceder que el comportamiento típico se halle justificado por la concurrencia de una causa de justificación. Faltará entonces la antijuridicidad de la conducta y desaparecerá la posibilidad de considerar que la misma constituya delito. La acción típica realizada continúa siendo típica, pero está permitida.<sup>8</sup>

Conforme a estas premisas, la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta en general consiste en determinar si concurren los elementos fundadores del injusto penal para, a continuación, averiguar si concurre o no alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad.

En el delito de conducción temeraria por exceso de velocidad, en numerosas ocasiones, el acusado alega situaciones de estado de necesidad para conseguir la absolución o una rebaja sustancial de la pena.

Pasemos al análisis de esta causa, tanto desde el punto de vista de su regulación normativa, como desde el de su aplicación por parte de los Tribunales.

El art. 20.5º del Código Penal establece la eximente de estado de necesidad<sup>9</sup>,

---

<sup>6</sup> STS 29-05-2001

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2010, p. 299.

<sup>8</sup> MORILLAS CUEVA, L.: *Derecho Penal Parte General, Tomo II. Vol. I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad*, Madrid, 2008, p. 222.

<sup>9</sup> “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

como causa de exención de antijuridicidad. Podemos definir el estado de necesidad como aquél en el que existe una situación de peligro para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos, y ello sólo puede realizarse a costa de lesionar o afectar a otros bienes jurídicos o intereses jurídicamente protegidos.

La STS nº 769/2013, de 18 de octubre, analiza esta eximente del siguiente modo: “Según ha señalado la jurisprudencia (entre otras SSTS 924/2013, de 23 de junio; 186/2005, de 10 de febrero; 1146/2009, de 18 de noviembre y 853/2010, de 15 de octubre, entre otras), la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre diferentes bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone –dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. Como requisitos específicos, se desglosan los siguientes:

- a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo.
- b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.
- c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia.
- d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación
- e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos, se resaltan en la referida jurisprudencia

---

las siguientes prevenciones:

1º. La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.

2º. El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es el que se causa, con la proporción precisa.

3º. Subjetivamente, la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna-

4º. En la esfera personal, profesional, familiar y social es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.”

Por lo que respecta al estado de necesidad en los delitos de conducción temeraria por exceso de velocidad, su aplicación podría tener lugar en supuestos en los que la causa de dicha conducción es una situación de emergencia. Por ejemplo, los vehículos particulares que deben realizar el urgente traslado de un enfermo grave al hospital o el traslado de una embarazada al hospital para dar a luz.

Veamos cuándo y por qué la aplican los Tribunales:

- La Sentencia de 16-11-2009, nº 127/2009, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real desestima el recurso planteado por el acusado contra la sentencia que le condenó como autor de un delito contra la seguridad vial por conducir careciendo de licencia y un delito de conducción temeraria. Pretendía se apreciara que actuó movido por un estado de necesidad, pero el Tribunal dice que se trata de una mera alegación carente de prueba. Cuando los policías consiguieron detener al acusado, de la casa a la que estaba llamando salieron varias personas y una de ellas estaba embarazada. Pero, en ningún momento, oyeron ni a esa persona ni al propio acusado manifestar ninguna urgencia como consecuencia de ese embarazo, con lo que nada ratifica lo que es una excusa de defensa. Pero es que, aunque hubiera sido cierto, existen otros mecanismos para paliar la situación de urgencia en la que podría encontrarse una embarazada.

- La Sentencia de 21-09-2010, nº 705/2010, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó la concurrencia de la circunstancia eximente de

estado de necesidad, no sólo por la ausencia total de acreditación, sino también porque, aun aceptando a los puros efectos dialécticos el malestar de la esposa del acusado, el estado de necesidad solo sería planteable con posibilidad de éxito, si la esposa lo acompañare en el vehículo, realmente estuviera en grave peligro y además no existieran otros mecanismos más acordes para su atención médica, tales como por ejemplo el traslado en una ambulancia a un centro hospitalario.

- La Sentencia de 03-02-2011, nº 147/2011, de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a la recurrente de un delito de conducción temeraria por entender concurrente en su conducta una causa de justificación derivada de una situación de estado de necesidad. Declara el Tribunal, entre otros pronunciamientos, que es cierto que no se ha acreditado de manera categórica el extremo de que el niño fuera pasajero en el momento de producirse el hecho, de que acabaran de salir del hospital poco antes o de que sufriera en aquel preciso instante una crisis. Pero no lo es menos que si se ha acreditado la enfermedad del niño, el hecho de encontrarse, precisamente, en aquellas fechas de pruebas, su minusvalía y la vinculación de la recurrente con el menor. Y es cierto que la apelante podría haber reaccionado de otro modo pero, ante una situación extrema en que se es consciente de que un ser querido se encuentra afectado por una manifestación de una patología extremadamente grave, se obra más con un criterio de eficacia que con un criterio de cálculo, impasibilidad y flema entrando dentro de lo razonable acelerar el coche para buscar un área de servicio donde asistir al niño.

## **2. Causas de exclusión de la culpabilidad: Trastorno mental transitorio y miedo insuperable.**

### ***a) Trastorno mental transitorio.***

Una vez constatada la presencia de una acción típica, antijurídica y eminentemente voluntaria, debe comprobarse si realmente puede serle atribuida penalmente a quien fue su autor. Por ello, deberá determinarse si el mismo tiene el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigida por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal. Quien carece de esa capacidad, por ejemplo, por sufrir trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que sean típicos y antijurídicos.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho*, Valencia, 2010, p. 361.

Una de las causas de exención de culpabilidad que puede aplicarse al delito de conducción temeraria por exceso de velocidad es el trastorno mental transitorio, eximente que se establece en el art. 20.1º.2 del Código Penal<sup>11</sup>, además de las anomalías o alteraciones psíquicas.

En el trastorno mental transitorio no hay una patología permanente, sino circunstancial, que puede ser debida a causas exógenas o endógenas. Entre las exógenas, pueden citarse la cólera, la furia, la ira, los celos, la ofuscación, la ingestión de bebidas o comidas en mal estado, o un golpe que disminuya la capacidad cognitiva del sujeto provisionalmente. Entre las endógenas, pueden citarse las depresiones, una crisis de ansiedad, una crisis nerviosa o una alteración hormonal.

Para poder apreciar el trastorno mental transitorio, la STS de 22-2-1991 establece los siguientes requisitos: 1) brusca aparición; 2) irrupción en la mente del sujeto activo con pérdida consecutiva de sus facultades intelectivas o volitivas, o de ambas; 3) breve duración; 4) curación sin secuelas; 5) no haya sido provocado por el que lo padece, con propósito de delinquir o bien lograr la impunidad de sus actos ilícitos.

Sobre su aplicación por parte de los Tribunales, nos remitimos al apartado de esta comunicación en que se analizará la sentencia de 14-02-2011, del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid.

#### ***b) Miedo insuperable***

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. Se pueden dar ciertas situaciones extremas en las que no puede exigirse al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él.<sup>12</sup> En consecuencia, la responsabilidad penal también decae cuando el sujeto del injusto actúa en una situación motivacional anormal, a la que el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que ha obrado en una situación de “no exigibilidad”, porque se entiende que el Derecho no considera exigible

---

<sup>11</sup> “El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho*, Valencia, 2010, pp. 386 y 387.



a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar.

De entre este tipo de exenciones de responsabilidad, vamos a referirnos al miedo insuperable, porque suele alegarse en el enjuiciamiento de los delitos de conducción temeraria por exceso de velocidad.

El art. 20.6º del Código Penal establece la eximente de miedo insuperable<sup>13</sup>, como causa de inexigibilidad subjetiva, cuyos requisitos aparecen enunciados en la STS nº 1107/2010, de 10 de diciembre: a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes; d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción.

En atención a estas exigencias, los Tribunales determinan:

- La Sentencia de 03-03-2011, nº 126/2011, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona desestima la concurrencia de la eximente de miedo insuperable. El recurrente dice que desconocía, durante la larga persecución que se prolongó durante 12 km., la condición del vehículo policial no logotipado, pretendiendo exculpar su conducta tras haberse representado que las personas que lo perseguían querían causarle un mal. En relación al supuesto error de prohibición (art. 14.3 CP) que viene genéricamente enunciado, en realidad lo que se vendría a plantear es la concurrencia de haber actuado bajo una situación de miedo insuperable, pues el acusado conocía y quería llevar a cabo la conducta que desarrolló, aunque bajo su pretendida justificación de estar huyendo de un mal. Pero dichas exculpaciones no pueden apreciarse pues carecen de sustento racional.

- La Sentencia de 19-03-2013, nº 133/2013, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya también desestima la concurrencia de miedo insuperable. La única alegación que se efectúa con relación a un supuesto error en la valoración de la

---

<sup>13</sup> “El que obre impulsado por miedo insuperable”.

prueba es que el acusado condujo en todo momento víctima de un miedo insuperable, emprendiendo la huida en el momento en el que se percató de que un vehículo le seguía, desconociendo que dicho vehículo perteneciera a la policía y deteniéndose en el mismo momento en que fue requerido por una patrulla uniformada. Pero dice el Tribunal que es una versión que se encuentra desmentida por la prueba practicada en el procedimiento.

#### **IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL N° 20, DE DE FECHA 14/02/2011<sup>14</sup>**

Esta sentencia realiza un examen exhaustivo del delito de conducción temeraria por exceso de velocidad del art. 379.1 del Código Penal, así como de las causas de antijuridicidad e inexigibilidad que pueden aplicarse a esta clase de delitos, habida cuenta de las circunstancias que concurren en el supuesto. Tras examinar los hechos concretos de los que puede derivarse la comisión del delito, el juzgador afirma que aquel precepto parte de la presunción “iuris et de iure” consistente en que el delito de peligro se integra por el hecho de circular en vía urbana a velocidad superior a 60 Km./h. a la permitida reglamentariamente. Acreditándose que la velocidad máxima de la vía por la que conducía el acusado era de 50 Km./h., se da por integrado el elemento objetivo del tipo, por cuanto consta asegurado que conducía por la misma a 111 K./h., sin que exista ningún elemento que permita dudar que el cinómetro con el que se midió la velocidad funcionaba correctamente y marcó la velocidad correcta con la que el acusado circulaba.

Respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dice el juzgador que corresponde en primer lugar analizar si existe alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta. En concreto y, a instancia de la defensa del acusado, se puso de manifiesto la posible concurrencia de la causa de justificación de estado de necesidad, prevista en el art. 20.5° del Código Penal. El Juzgador analiza minuciosamente los hechos y va comparándolos con los requisitos necesarios para que se aprecie esta causa de justificación. Así, reconoce que sí concurre en el supuesto una situación de necesidad por cuanto no es discutido que la hija del acusado estaba siendo trasladada por una UVI al hospital y que, en consecuencia, existía el peligro de un mal jurídico y la necesidad de actuar para soslayar tal situación. Pero, para que pueda darse la eximente, dice que es preciso que concurra, además, otro

---

<sup>14</sup> EDJ 2011/6239, Lefebvre-El Derecho, S.A.

requisito esencial, que es la idoneidad de la acción salvadora, es decir, que la acción que realiza el sujeto *ex ante* tenga virtualidad salvadora y pueda ser objetivamente apta para evitar la concreción del peligro. Pues bien, la sentencia afirma que la acción del acusado no fue idónea para salvar el bien jurídico de la integridad física de su hija, por cuanto su presencia no fue requerida en el hospital de forma inmediata para proporcionar algún tipo de información al personal facultativo, para trasfundir sangre, para llevar algún tipo de medicación, o para cualquier actuación de la que dependiera la sanidad de su hija, y que por ella tuviera que sacrificar un bien jurídico supraindividual y colectivo como es la seguridad vial. Por tanto, al no concurrir un requisito esencial de la causa de justificación, se produce un exceso extensivo que determina su inaplicación.

No obstante lo anterior, el juzgador sigue profundizando y se plantea otra posibilidad. Como el acusado manifestó que creía que, acudiendo al hospital, podía dar información importante al personal facultativo en atención al ingreso hospitalario que se estaba produciendo de su hija, de ser cierta esa posibilidad podría presuponer la concurrencia de un error objetivamente vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación; concretamente, sobre la idoneidad de la acción salvadora. Pero, para que tal error tenga virtualidad jurídica y entre en juego los efectos del art. 14 del Código Penal<sup>15</sup>, se precisa no una mera creencia, sino una creencia racionalmente fundada, desde el plano del hombre medio ideal. Y no se ha probado que el acusado tuviera conocimiento de aspectos médicos o personales de su hija que hubiesen podido favorecer su sanidad, de ser comunicados a los facultativos que la atendían.

Descartada la concurrencia del estado de necesidad como causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta, el Juzgador se plantea la concurrencia de un trastorno mental transitorio como causa de exclusión de la culpabilidad por falta de imputabilidad. La defensa del acusado pidió, alternativamente al estado de necesidad, la aplicación de la eximente prevista en el art. 20.1º del Código Penal. Aunque la alegación fue que el actuar del acusado vino motivado por una alteración mental, entiende el juzgador que lo que podría plantearse sería, en todo caso, la concurrencia del

---

<sup>15</sup> “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

trastorno mental transitorio, también previsto en el mismo precepto, pues no ha quedado acreditado que el acusado padeciese ninguna enfermedad patológica que pudiera servir para afirmar la concurrencia de una enfermedad mental.

A diferencia de la enfermedad o alteración mental, donde existe una base patológica previa, el trastorno mental transitorio no tiene por qué tener causa en un enfermedad psíquica, sino que puede existir una afectación de la *psique* como consecuencia de factores endógenos y más habitualmente exógenos, que provocan una reacción psicológica en la que el sujeto es incapaz de comprender la ilicitud de sus actos. Como toda causa de imputabilidad, puede afectar a la culpabilidad de forma plena o disminuida, en atención a si el sujeto no comprende total o parcialmente la ilicitud de sus actos (eximente completa o incompleta) o existe una mera afectación de la *psique* reconducible a una mera atenuante analógica, o una atenuante de arrebato o estado pasional. Así mismo, para que el trastorno mental transitorio tenga virtualidad eximente o atenuadora, no se exige solo una afectación de la *psique* sino que dicha afectación debe haber influido en la comisión del acto típico y antijurídico. En el caso concreto, queda acreditado que la situación emocional sufrida por el acusado no llegó a anular completamente la facultad de discernimiento porque, pese a todo, sabía que dicha velocidad ponía en peligro la seguridad vial, pero sí le afectó de modo notable por la tensión que le produjo la noticia del ingreso hospitalario de su hija.

Finaliza el juzgador diciendo que, como la pena ha de adaptarse al juicio de reproche que se efectúa al sujeto activo del delito, teniendo en cuenta su estado de motivación, en estricta aplicación del principio de culpabilidad por el que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad normal o disminuida del sujeto, se determina en el supuesto concreto la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del art. 21.1º del Código Penal<sup>16</sup>, en relación con el art. 20.1º del mismo texto legal.

## V. CONCLUSIONES

A la hora de enjuiciar el delito de conducción temeraria por exceso de velocidad, es importante valorar y analizar las circunstancias que concurren en el supuesto

---

<sup>16</sup> “Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

concreto para aplicar o no causas de exención de antijuridicidad o culpabilidad de forma total o parcial.

Cuando la conducta típica se produce debido a una situación de emergencia, en muchas ocasiones, los Tribunales aplican el estado de necesidad, que es una causa de exención de antijuridicidad. Pero en la sentencia analizada en esta comunicación, al no reunir el supuesto todos los requisitos necesarios para su apreciación (no existe la acción salvadora), el juzgador opta por la aplicación del estado mental transitorio como eximente incompleta, al considerar que la situación emocional sufrida por el acusado le afectó de modo notable por la tensión que le produjo la noticia del ingreso hospitalario de su hija. Es decir, se inclina por una exención parcial de culpabilidad, que tiene en cuenta el estado de motivación del sujeto, lo que permite imponer una pena proporcional a la culpabilidad disminuida del sujeto, a través de la determinación individualizada de la pena.

## **VI. Bibliografía.**

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal Parte General, Valencia, 2010.

MUÑOZ RUIZ, J., El delito de conducción temeraria del art. 380 del Código Penal. Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas.

MORILLAS CUEVA, L.: Derecho Penal Parte General, Tomo II. Vol. I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. *El delito doloso: Juicio de antijuridicidad*, Madrid, 2008.

# **LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA EN LA ACTIVIDAD PROCESAL CIVIL Y PENAL EN COLOMBIA.**

JUAN CARLOS DÍAZ RETREPO.

Universidad Autónoma de Bucaramanga. Colombia.

**RESUMEN:** La carga dinámica de la prueba resulta ser una regla de juicio en materia probatoria, con aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano inicialmente a través de la jurisprudencia de las altas cortes y más recientemente por su consagración en el Código General del Proceso. Aboga por asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación ha suscitado importantes y discutidas consecuencias prácticas analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, especialmente con referencia a su aplicación en el derecho penal. Frente al asunto existen diversas posturas entre las cuales se destacan las que afirman que la aplicación trasgrede la supremacía constitucional en términos del debido proceso puesto que vulnera algunos de sus contenidos fundamentales, ello en confrontación con lo que ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que en reiterada jurisprudencia ha abogado por la utilidad de la aplicación de esta regla de juicio en la resolución de algunos casos que por su naturaleza no deben ser resueltos con fundamento en el presupuesto tradicional que sobre carga de la prueba rige el proceso penal, cual recae sobre la Fiscalía General de la Nación por disposición de la ley. Esto, según el alto Tribunal para resguardar la verdad material y la justicia de las decisiones judiciales. En punto de lo anterior se realiza un análisis de la institución de la carga de la prueba, así como de sus modalidades de aplicación, posteriormente se apela a la dogmática del derecho penal con énfasis en el principio de presunción de inocencia para comprender el sentido de que la Fiscalía sea quien lleva a costas la carga de probar en materia penal y por último se analizan dos de los fallos de casación en los que la Corte Suprema de Justicia se ha apartado de los criterios generales de carga de la prueba para adoptar la decisión del caso con fundamento en la teoría de las cargas dinámicas, sin pretender apartarme de la regulación que existe en la legislación española al respecto, para terminar presentando un escrito de derecho comparado que nos ayude a entender la institución analizada y su aplicabilidad en los ordenamientos jurídicos Español y Colombiano.

## **I. GENERALIDADES Y MARCOS DE CONTEXTUALIZACIÓN**

### **1. Noción de carga de la prueba en materia civil – referente obligado en nuestro ordenamiento jurídico.**

La lógica del derecho en la actualidad nos indica que quien alega un hecho en un juicio debe probarlo, ya que el alegarlo no constituye por ese solo hecho prueba. Sobre este supuesto se pretende construir el concepto de carga de la prueba.

Las definiciones que pueden existir sobre la carga de la prueba son variadas, no obstante todas apuntan a definir una misma función o propósito en la actividad de probar, la definición adoptada por el Consejo de Estado, resulta apropiada para entender en general en qué consiste la carga de la prueba.

En la Sentencia del Consejo de Estado del 18 de Marzo de 2010 con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, toman la siguiente definición:

“Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.<sup>1</sup>

Hay que tener en cuenta que esta definición también la adopta PARRA QUIJANO en su libro de Manual de Derecho Probatorio<sup>2</sup>

De la definición se desprenden dos aspectos que merecen ser destacados:

Primero, que las partes son libres en su actuar para obtener la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de la norma que desea aplicar al caso concreto, lo que se conoce como principio de autorresponsabilidad de la prueba y segundo, que con este actuar lo que hacen las partes es indicarle al juez como debe fallar en su sentencia.

Alrededor de este entendimiento sobre la institución acotado por el Consejo de Estado y validado por la doctrina, vale decir que las reglas en sentido amplio son directrices-pauta prescriptivas del comportamiento. Una regla de juicio bajo esta premisa, es una hipótesis de trabajo o directriz procesal para el juez, que como orientador del proceso judicial, la utiliza por imposición o deber, en la tarea de construir la convicción de los hechos que dieron lugar a la relación jurídica contenciosa que se debate en proceso judicial sometido a su conocimiento y juicio. El juez, no lleva a sus espaldas la exigencia o peso de la carga de la prueba, que es la de probar los hechos, como si la llevan las partes, no obstante sí constituye para él un instrumento que debe emplear para direccionar la litis en materia probatoria y como criterio que coadyuva para la construcción de la convicción necesaria para imprimirle un sentido al fallo.

## **2. Finalidad**

La finalidad de la carga de la prueba las podemos sintetizar en dos y se desprende de la definición ya citada, tenemos que tiene un papel orientador porque le indica a las partes la necesidad para que alcancen el resultado o consecuencia jurídica que desean obtener, ya que en el caso de no realizar un despliegue correcto de la actividad probatoria, obtendrán una decisión adversa. Al juez le permite fallar en contra de la

---

<sup>1</sup> Colombia, Consejo de Estado. 18 de Marzo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, P. 1

<sup>2</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Bogotá D.C.: Editorial ABC, 2006. 242.

parte que ha incumplido con probar los hechos objeto de litigio, en materia penal, como se explicará mas adelante, en contra de la Fiscalía General de la Nación que debe desvirtuar la presunción de inocencia.

## **II. ONUS PROBANDI ESTÁTICO VS ONUS PROBANDI DINÁMICO**

Ya en la parte inicial de este escrito se había hecho referencia a lo que es la carga de la prueba, sirviéndose para ello, de la definición que adopta el Consejo de Estado en la sentencia del 18 de Marzo de 2010 con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, estableciéndose allí, que se trata de “ *una regla de juicio que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos*”.

### **1. Carga de la prueba estática que se conoce en el ordenamiento procesal civil**

Noción de carga de la prueba que prevalece en una visión ecléctica y tradicional del derecho.

- a. Onus probando incumbit actori (incumbe probar al demandante);
- b. reus, in excipiendo, fit actor (demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa); y,
- c. Actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absuélvase al demandado).

Bajo supuestos normativos de este talante, para determinar a quién le corresponde probar un hecho es menester puntualizar dos aspectos, el primero es, cuál es la posición procesal ocupada por cada parte (demandante-demandado) y el segundo, cual es el efecto jurídico que cada una de ellas persigue, es decir, que para establecer a quién le corresponde la carga de probar un hecho, se debe considerar de un lado a la parte y del otro lado el efecto jurídico invocado por esta, a quien en todo caso, se le impone probar los hechos en los que se sustentan las normas jurídicas cuya aplicación reclama so pena de obtener una decisión adversa a su pretensión. De esta manera los hechos que rodean la cuestión litigiosa, cuya carga probatoria debe soportar determinada parte procesal, se limitan a aquellos que son de su interés por coadyuvar con su pretensión y por



constituir el presupuesto factico de la normatividad en que esta se sustenta. En esta visión tradicionalista o de carga estática de la prueba, quien persigue la obtención de una consecuencia jurídica tiene la carga de acreditar los presupuestos facticos de la norma que la prevé. Aquí, si la parte eleva la pretensión, debe dirigir su actuación en el proceso al fin de probar los hechos que le favorecerán, en estricto sentido tiene la autorresponsabilidad de que en el proceso aparezcan demostrados tales hechos a fin de obtener una providencia o decisión favorable.

## **2. Carga dinámica de la prueba**

Noción de carga de la prueba aplicada en un paradigma más laxo del derecho probatorio, usada por el juez cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba existe la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue. De aquí que el juez, con el objetivo de dar prevalencia a la verdad e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan.

La carga dinámica de la prueba se ha pregonado como un mecanismo de tratamiento excepcional de las cargas probatorias que procede cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en las condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores condiciones para el efecto. Verificado lo anterior, el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba.

### **III. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA EN MATERIA CIVIL COMO REFERENTE OBLIGADO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.**

La aplicación de la teoría de la carga de la prueba ha tenido una tradición en el ordenamiento jurídico Colombiano principalmente orientada a su aplicación bajo la modalidad estática. Esta situación ha tenido diversas causas, pues si bien obedece a que la teoría de la carga dinámica de la prueba es un razonamiento más reciente, en mayor medida se ha debido a que el ordenamiento jurídico colombiano ha sido poseedor por excelencia de las instituciones jurídicas más rezagadas y desactualizadas de América latina, gracias al influyente pensamiento tradicionalista de los juristas que nos han direccionado, como gracias también a la impotencia que suscita los pocos recursos que históricamente han sido dispuestos para la actualización de la justicia. Siendo pocos los instrumentos normativos que han dado respuesta práctica a los cambios en el tiempo.

No obstante las grandes objeciones, en las últimas décadas ha hecho carrera por la vía de aplicación jurisprudencial la teoría de la carga dinámica de la prueba. Fue la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las decisiones del Consejo de Estado la que abrió por primera vez las puertas del ordenamiento jurídico a la aplicación de los presupuestos sobre carga dinámica de la prueba. Con posterioridad, de manera tímida la Corte Suprema de Justicia en sus salas de casación civil, laboral y penal optó también por resolver algunos litigios con fundamento en estos presupuestos. Siendo un hecho que por recepción de la ley no había de venirse hasta entonces a incorporar esta teoría en Colombia.

El legislador en 2012 incorporó en el nuevo Código General del Proceso la teoría de la carga dinámica de la prueba dando así lugar por mandato de la ley a la posibilidad de su aplicación. El nuevo código cuyo objeto de regulación son los asuntos de naturaleza civil, comercial, de familia y agraria, y subsidiariamente, otros asuntos jurisdiccionales y actuaciones administrativas cuando estos no se encuentren regulados en otras leyes, en lo que tiene que ver con la actividad procesal, ha sido la respuesta del legislador a la necesidad de proyectar la administración de justicia hacia la modernización de sus instituciones y la efectividad de sus fines; pero para el tema que nos interesa aquí, ha sido también el paso más contundente que en materia de carga de la prueba se ha dado, rumbo

al cambio del paradigma tradicionalmente imperante frente al asunto.

Artículo 167 código general del proceso: Carga de la prueba. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*

*Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código [...]*<sup>3</sup>

El ingrediente normativo sin el cual no es posible que el juez apele a la distribución de la carga probatoria, es indudablemente, que la parte a la que se le impone la carga o exigencia de probar, se encuentre en una situación más favorable para aportar la prueba en cuestión, de manera que esta situación que según la norma, se puede configurar en varias hipótesis de hecho, merece ser analizada.

El legislador a través del artículo 167 del Código General del Proceso, ha considerado que esta una parte en mejor condición para probar:

- I. En virtud de su cercanía con el material probatorio
- II. Por tener en su poder el objeto de prueba
- III. Por circunstancias técnicas especiales
- IV. Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio,
- V. Por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- VI. Entre otras circunstancias similares

---

<sup>3</sup> Colombia. Congreso de la Republica, Código General del Proceso. Ley 1564. (12, Julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C. no. 48.489. art 167

La verificación de la mejor posición para probar, habilita al juez para hacer uso de su facultad de distribución de la carga de la prueba. Como condición exigida para que proceda la aplicación de la carga de la prueba en su modalidad dinámica, lo cual implica que esta es una regla de aplicación excepcional, sujeta a la verificación en el caso concreto de alguna de las hipótesis de hecho que dan lugar a que una de las partes sea considerada por el juez en mejor posición para desahogar la prueba.

Al tenor de la disposición transcrita, se deja atrás en el sistema procesal y de justicia colombiano las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que: i) *onus probando incumbit actori* (incumbe probar al demandante); ii) *reus in exceptione fit actor* (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) *actore non probante, reus absolvitur* (si el actor no prueba, absuélvase al demandado); para pasar a un sistema en el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez de que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento, antes de que se dicte sentencia. Todo lo anterior con posibilidad de contradicción.

#### **1. Normas de derecho procesal en Colombia.**

En Colombia existen en la actualidad varios códigos de procedimiento entre los cuales por su importancia y para efectos de esta investigación es menester mencionar, el código de procedimiento penal o la ley 906 de 2004 que instaura el sistema penal de corte acusatorio en Colombia y que ha venido surtiendo su vigencia durante ya más de una década; y gracias a esfuerzos más recientes, la ley 1564 del 2012 o código general del proceso, cuyo objeto de regulación son las áreas civil, laboral de familia y agraria y las demás cuando no estén expresamente reguladas en otras normas.

#### **IV. LA CARGA DINÁMICA EN MATERIA PENAL.**

Es de resaltar de entre lo que hasta este punto se ha expuesto, que en el área

del derecho penal, toda vez que no es un ámbito de regulación del código general del proceso, la aplicación de la teoría de la carga dinámica no tiene sustento legal, más aun a este respecto se impone anotar que el derecho penal, ha sido categóricamente reacio a la aplicación de los presupuestos de esta modalidad de carga probatoria, pues como se verá, sus implicaciones teóricas y prácticas presentan fuertes pugnas con la dogmática del derecho penal y de ese modo, con algunos de los principios fundantes de la disciplina sancionatoria.

Es necesario empezar anunciando que en el proceso penal la carga de acreditar la responsabilidad penal la tiene la Fiscalía General de la Nación, como ente de investigación y acusación del Estado por mandato expreso de la ley 906 del 2004 o código de procedimiento penal.

*“Artículo 7°. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*

*En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.*

*En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.*

*Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”*

El tenor literal de la disposición transcrita excluye de pleno la posibilidad de distribuir la carga de la prueba. De manera que en el ordenamiento jurídico colombiano a priori, sería una actuación contraria a la ley que se aplique la teoría del dinamismo de la carga probatoria en materia penal.

## **1. Normatividad aplicable en Colombia**

Como se manifestó en renglones previos, la ley 906 de 2004 produjo un cambio sustancial en materia penal, pues gestó la transición de sistema o modelo penal, superando el sistema mixto que operaba con la ley 600 del año 2000 e introdujo con la nueva legislación los presupuestos básicos del sistema penal acusatorio. Este tránsito produjo cambios significativos de los cuales se resalta por servir a los propósitos de esta investigación el siguiente:

La fiscalía no está obligada a investigar lo favorable al procesado. Si en el curso de la gestión investigativa encontrare elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida favorable al acusado, es deber del Fiscal del caso mencionarlos en el documento anexo al escrito de acusación (art. 337 ley 906 de 2004).

A pesar de los muchos otros cambios, que acarreo la entrada en vigencia de código penal vigente para el sistema penal, se estima que el cambio más significativo en materia probatoria se produjo gracias al artículo comentado, en ese sentido, la corte constitucional a través de la sentencia C -1194 de 2005 ha señalado que:

*“A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991 (...) en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso”.*<sup>4</sup>

Establecida la naturaleza del derecho penal así como los principios básicos que gobiernan su funcionamiento y algunas características del sistema acusatorio,

---

<sup>4</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 1194/2005. 22 de noviembre del 2005, M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: Expediente D-5727

se hará énfasis en lo que subsiguiente en las diferencias existentes entre el proceso penal y los demás procesos que tienen incidencia en la forma como opera la carga de la prueba en uno y otro ordenamiento, ello a propósito del ejercicio del derecho a la prueba.

## **2. La prueba en el escenario penal.**

Como se colige de la lectura de la disposición constitucional del artículo 29 citado, presentar pruebas y controvertir las pruebas que allegue el adversario procesal es un derecho con jerarquía Constitucional, como garantía prevista por el debido proceso para resguardar entre otros, el derecho de defensa y contradicción. En todos los procesos judiciales indistintamente de su naturaleza, juega un papel fundamental, pues la sentencia que la resuelve debe estar basada en la prueba como exigencia general que le impone a todo administrador de justicia. Debido a lo anterior se propone analizársele con más detenimiento.

La acepción del término prueba que es de interés a esta investigación es la de prueba judicial, aun así, vale decir que esta delimitación no obsta para que no tenga un sentido único. La prueba judicial, como se verá, ha sido entendida por la doctrina conforme a varias acepciones que lejos de ser excluyentes dan un entendimiento integral y complementario del término.

En ese sentido resultan propicias las palabras de ECHANDIA al puntualizar las acepciones de la prueba judicial: “(...) como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos”<sup>5</sup>

La prueba permite que se dé un proceso de verificación o examen de cotejo entre la realidad y las afirmaciones de alguno de los extremos procesales al respecto de algunos hechos que por su naturaleza constituyen la base fáctica de la norma cuya aplicación invocan como sustento para el reconocimiento de algún objetivo dentro del proceso judicial. Se trata pues de los elementos óptimos para establecer la correspondencia o no de unos enunciados ideales descritos por alguien frente a la realidad para la obtención del grado de convencimiento necesario para que el juez actúe y/o decida con cierta seguridad o fiabilidad del conocimiento adquirido en el

---

<sup>5</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría General de la prueba judicial, Buenos Aires, Argentina. Victor P. de Zalia Editor, 28.

procedimiento probatorio, cual resulta entonces ser una actividad de comprensión y empoderamiento de la realidad por el juez. Se refiere la prueba a verificar y establecer los hechos que se alegan en el proceso, esto por la necesidad que se impone tras la situación de incertidumbre o duda que debe quedar franqueada una vez la prueba se practique y se analice.

El fin de la prueba es el convencimiento y más allá de este, la verdad de determinados hechos. Se sustenta en un método inductivo de la realidad, como conocimiento exacto que idealmente hablando debe estar al margen del error, como base de la sentencia, se estima que es este el instrumento que irriga de derecho sustancial al proceso, y por la tal razón es tan importante. Sin su respectiva prueba los hechos no existen en la contienda procesal, pues aunque estos indudablemente pertenecen a una realidad extra jurídica, son traídos a la realidad jurídica mediante ella para desempeñar un papel fundamental en el ejercicio de administrar justicia cual es determinar, a través del convencimiento del juez, la verdad y consecuentemente el sentido de la decisión que se adopte.

Se presenta entonces que de un lado la prueba judicial se refiere al modo o camino para producir la prueba; por otro lado, a las resultados de tal producción, y por último, al proceso de asimilación cognitivo y de valoración que a ésta el juez le hace, pese a lo cual en adelante se delimitara su uso a la acepción de: instrumentos que contienen un argumento sobre la existencia o la ocurrencia de los hechos y que son llevados a conocimiento del juez con el propósito de que este forme la convicción necesaria a la luz de la cual se construirá la decisión que ponga fin a la litis.

Volviendo la atención al derecho penal, tenemos que la sentencia que define la situación del individuo al que se le acusa de la comisión de un delito respecto de su responsabilidad frente a este, de absolución o condena debe estar cimentada en el acervo probatorio y en la verdad construida a partir de él. Debido a la importancia del tema de la prueba y de que esta sea allegada al proceso para el establecimiento de la verdad, es que viene a adquirir importancia la cuestión de quién debe probar los hechos que se debaten en el proceso analizado a la luz de las exigencias del principio de presunción de inocencia y la lógica limitación que este impone a tal cuestionamiento en relación con la dinámica acusatoria adversarial que rige al proceso penal.



a) ***Derecho a la prueba- El papel del juez frente a la carga de la prueba en materia penal.***

Como se anunció, el derecho a la prueba es uno de los pilares básicos a través del cual se ejercita el derecho de defensa, no en vano se plantea desde la doctrina que dentro del proceso judicial “*las partes se defienden probando*” y goza de gran acierto este razonamiento pues no hay otra forma con la potencialidad para desvirtuar un hecho o afirmación adversa a los intereses de una de las partes, en el proceso, sino probar el supuesto que desestime en todo o en parte tales hechos o afirmaciones. Así como es un pilar a la base del cual se concreta el derecho a la defensa, el derecho a la prueba es indispensable para poder concretar la exigencia que le plantea la ley al juez de basar su decisión en la prueba. Este derecho implica la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que la contraparte allegue al proceso, tal cual como se desprende de la lectura del artículo 29 constitucional, no obstante la envergadura de este derecho trasciende tal entendimiento, pues la legislación actual en materia probatoria ha moldeado el derecho a la prueba para sobreponer que además *incluye el derecho a que la otra parte la desahogue*<sup>6</sup>. Este último contenido esencial del derecho a la prueba tiene respaldado en: el principio de solidaridad de la prueba, basado en el valor constitucional de solidaridad de las personas que integran el estado social, que le da sustento jurídico - filosófico a la posibilidad de que la cualquiera de las partes desahogue la prueba que a la contraparte le sirve como sustento de su defensa y también ofrece respaldo a este contenido ,concretamente en su esfera u órbita de realización, la posibilidad legal dada al juez de imponerle en forma de carga a una de las partes que desahogue la prueba, aunque en principio esta no le corresponda.

Sin embargo, se advierte otro panorama si el derecho a la prueba se analiza en el marco de la normatividad penal. Allí tal derecho queda a medio camino pues no incluye el último de los contenidos expuestos, es decir, el derecho a que la contraparte desahogue la prueba. Comprende de ese modo, la posibilidad de aportar y refutar la prueba: aportar la que sirve al objetivo procesal perseguido por determinada parte y refutar la que por el contrario va en contra de tal objetivo. Lo anterior se debe a que en penal el derecho a que la contraparte desahogue la prueba no cuenta con respaldo en su órbita de realización, pues si bien la solidaridad que predica el preámbulo de la constitución nacional debería ser aplicada, este contenido del derecho a la prueba no

---

<sup>6</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual , Bogotá D.C.: Editorial ABC, 2006.236

cuenta con el respaldo que ofrece el juez en otras áreas del derecho que lo habilita para exigir el desahogo de la prueba a partir de la redistribución de las cargas, pues en materia penal estas no pueden invertirse. Se puede apreciar de ese modo una diferencia sustancial entre el papel del juez frente a la prueba. De un lado, un juez activo y orientador de la actividad de probar y de otro lado un juez penal meramente receptor que carece desde el punto de vista legal de cualquier prerrogativa de distribución respecto de la prueba, bien se dice popularmente que el juez en el proceso penal es un convidado de piedra y esta es una de las palpables manifestaciones de que efectivamente es así.

En conclusión, en materias no penales, en principio aplica la regla de juicio que indica que quien alega el hecho debe probarlo, de no ser posible, es viable que por distribución de las cargas solicitada por las partes al juez o porque este oficiosamente considere que deben ser distribuidas en atención a tal imposibilidad, sea reasignada la responsabilidad de desahogar la prueba que acredite determinado hecho a fin de que en el proceso ese hecho no se quede sin ser probado y así evitar que la verdad y la justicia de la decisión quede por fuera del proceso. El comportamiento del juez es activo frente a la búsqueda de la verdad, no simplemente receptivo. Mientras que en penal como se comentó la cuestión es de otra índole, pues la imposibilidad de invertir la carga de la prueba ata de manos al juez y lo obliga a seguir con fervor los presupuestos de carga estática de la prueba y de contera, le otorga el ejercicio de un rol pasivo y de recepción de la información que se ventila en las audiencias, a fin de formar su conocimiento a través de lo que las partes acrediten mediante la actividad probatoria y sin intervenir en ella.

Si bien este comportamiento en principio se debe a la instrucción legal del artículo 7 del código de procedimiento penal, el sentido de esta norma se logra evidenciar mejor si se analiza en conjunto con la particularidad de que en la sistemática acusatoria que sigue el proceso penal rige el principio de separación de las autoridades que juzgan y las que investigan

***b) La presunción de inocencia- el papel de las partes en cuanto a la carga de la prueba***

Claramente este es un concepto inminentemente penal pero ha venido a

exponerse como otra de las particularidades que posee el este ordenamiento en el marco del sistema acusatorio que contribuye a que el modelo de carga probatoria aplicable sea estricto sensu la modalidad estática.

De lo que se trata la presunción de inocencia es de que el procesado sin importar la etapa en la que vaya el proceso, siempre se reputara como inocente de los delitos de los que se le acusa hasta tanto haya sentencia en firme que declare la responsabilidad penal, evento que solo tendrá lugar una vez la Fiscalía haya desplegado una actividad probatoria tal, que ha sido suficiente para demostrar la culpabilidad del procesado más allá de duda razonable.

Este concepto adquiere una relevancia fundamental en el tema de la carga de la prueba por que constituye en sí misma una regla de juicio en materia probatoria, que impone dos situaciones; de un lado fija las exigencias probatorias que es dable hacer a cada una de las partes en el proceso, y de otro lado impone un cierto nivel de satisfacción de la certeza de los hechos o lo que se conoce como el estándar probatorio, lo que repercute consecuentemente en la valoración de la prueba. Se analizaran las dos situaciones:

***c) Fijación de exigencias probatorias diversas a cada parte.***

A saber, el sistema acusatorio adversarial, sitúa de un lado a la Fiscalía en representación del Estado y de la víctima y de otro lado a la defensa en representación del procesado.

En las condiciones procesales que rodean un litigio en una área del derecho no penal, se parte de un presupuesto de igualdad en materia probatoria, las regla de juicio que le indica a las partes las responsabilidades probatorias que tiene origen en el proceso, en forma de cargas en pro de sus respectivos intereses, son similares y respectivamente están dirigidas a que una y otra parte obtengan del proceso las resultas deseadas.

En las condiciones procesales que impone el derecho penal la situación es muy diferente, hay unas exigencias con unos grados de complejidad diversas del proceso frente a las partes, se indicará el por qué, no sin antes expresar aunque perezca de sencilla deducción, en qué consiste tal diferenciación:

La presunción de inocencia sitúa en niveles de compromiso diferentes en cuento a la terea de probar a las partes, pues a la Fiscalía como ente de investigación y acusación

le grava con la carga de demostrar la culpabilidad del procesado, mientras que a este le exonera demostrar su inocencia, lo que conlleva a que la Fiscalía tenga una ardua labor probatoria y entre tanto la defensa y el procesado deban realizar una tarea mucho menor, e incluso puede no realizar ningún tipo de actividad probatoria de manera perfectamente viable y legítima, por lo que solo deberá entrar en actividad cuando de las pruebas de la fiscalía se pueda establecer sin lugar a dudas razonables la responsabilidad penal, de lo contrario, afirma la doctrina mayoritaria, con la inactividad bastara para evitar la condena.

Como puede apreciarse esta situación le da un viraje totalmente distinto al ejercicio de la defensa en el proceso penal en relación con otros escenarios jurídicos.

A este respecto hay que hacer la claridad de que la presunción de inocencia opera sin perjuicio del derecho que tiene la defensa de exponer su propia teoría del caso, desplegando una actividad probatoria ardua si lo quiere, pero insisto, válidamente podrá permanecer en inactividad a pesar de lo cual la presunción de inocencia dista de exonerar a la defensa de las cargas probatorias, pues en proceso penal, la carga probatoria de la defensa está supeditada de lo que la fiscalía vaya demostrando, aunque inicialmente la defensa tiene a su favor todo el confort que le proporciona estar amparado por la presunción de inocencia, eventualmente y conforme a lo que la Fiscalía logre acreditar le surgirán cargas que en el evento de no cumplirse, se producirá la consecuencia procesal a lugar, cual puede ser perfectamente la condena si con ello ha sido suficiente para que la culpabilidad se acredite más allá de toda duda razonable.

Evidentemente hay unas exigencias probatorias de diferente intensidad, entre la fiscalía y la defensa

***d) Naturaleza de la presunción de inocencia y sentido práctico en relación con el derecho de defensa.***

El término defensa hace referencia en un contexto general a un mecanismo de blindaje o protección al que apela alguien ante las agresiones externas. En el escenario jurídico, por excelencia el proceso judicial, la cuestión toma un viraje de similar tesitura. El proceso judicial es un escenario convocante de dos partes, pero gestado por una de ellas, que presentan entre si un conflicto de intereses

originado en un hecho o relación que por su naturaleza tiene importancia jurídica. Por ello, constituye un campo de contradicción que implica la contienda de los intereses de cada una de las partes, las cuales mediante el uso de los recursos que la ley provee, propenden por dar mérito a sus pretensiones y por protegerlas, atacando de ese modo las de la parte contraria, dado que los resultados del proceso indudablemente conllevan a que el conflicto de intereses termine con el reconocimiento de los intereses de alguna de las partes en perjuicio de los de la otra. Aquí radica la importancia de que estas dispongan de la posibilidad de defenderse, pues de otro modo los intereses de alguna de las partes debatidos se verían arbitrariamente expuestos a la imposibilidad de prosperar.

Defenderse dentro de un proceso judicial o en cualquier actuación administrativa en la que se vean incursos los intereses de alguien es una garantía del debido proceso, otorgada a toda persona y la ley estipula que debe hacerse en condiciones iguales.

La corte constitucional ha definido el derecho de defensa como:

*“(…) la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga<sup>7</sup>”*

El derecho de defensa tiende a resguardar la libertad del individuo ante la posibilidad de que se le imponga indebidamente una restricción a sus derechos o intereses de cualquier orden. Entonces su esencia es la de blindar a las personas de una condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, a la que se arriba por antonomasia mediante la prueba. Las Partes en el proceso se defienden principalmente probando, sea el fundamento de hecho de sus pretensiones o de sus excepciones,- en el ámbito penal, el fundamento de los cargos o de los descargos- de modo que es fundamentalmente la prueba, el instrumento que permite la materialización del derecho de defensa sin desconocer que desde luego hay otros mecanismos que permiten que este derecho sea concretado y garantizado de forma amplia y efectiva.

En penal este derecho se ha visto reforzado para los procesados, dado que no es lo

---

<sup>7</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-025/2009. Enero 27 de 2009. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: Expediente D-7226.

mismo una litis trabada entre dos particulares, que aquella surtida entre el aparato penal del Estado y un ciudadano. La presunción de inocencia es vista como una concesión garantista dada al procesado porque ha sido el producto de la conciencia de la humanidad respecto de la dignidad del hombre y de los derechos fundamentales, lo que indudablemente es cierto, sin embargo, un argumento más práctico se puede hallar en consideraciones de equidad pues la eventual privación a la libertad de un ciudadano no puede generarse, en ningún ordenamiento que se predique constitucionalizado, en condiciones desventajosas para aquel. La igualdad que se predica en materia penal entre las partes implica que la fiscalía compense su indiscutible superioridad institucional, asumiendo responsabilidades más altas dentro del proceso en relación con el ciudadano que está siendo procesado. De manera que bajo este entendido no existe una ventaja sino unas exigencias procesales de orden probatorio diversas, como medida en favor del procesado consistente en que a la fiscalía se le exija el despliegue de una actividad probatoria mayor, para procurar la igualdad real.

***e) Nivel de certeza o el estándar probatorio que impone el principio de presunción de inocencia.***

El principio de presunción de inocencia implica que un hecho, cual es la inocencia del procesado se estime como cierto, pese a ello la certeza de este es controvertible y desestimable. Toda la actividad de la Fiscalía está orientada precisamente al propósito de tumbar la presunción de inocencia que existe a favor del procesado. No obstante la susceptibilidad de desestimación que tiene el principio, en tanto presunción que es, debe desacreditarse de manera arrasadora e incuestionable, pues cualquier vestigio de duda que la fiscalía no logre disipar sobre la inocencia, genera que la presunción siga en firme y consecuentemente deberá la sentencia tener carácter absolutorio, es decir, favorable al procesado. Aquí viene a adherirse un concepto ligado a la presunción de inocencia, el principio del indubio pro reo consistente en que las dudas serán resueltas siempre a favor del procesado, existe no obstante un factor de juicio que merece ser analizado de entre lo que hasta el punto se ha dicho, se trata precisamente de la duda.

El artículo 7 del CPP reiteradamente recurrido en esta investigación, habla de que “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la

responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”

La exigencia de que el convencimiento construido por el juez vaya más allá de las dudas, es decir que las trascienda, es la medida a partir de la cual el juez puede condenar al procesado, de manera que se convierte en el estándar o patrón de medición del convencimiento logrado con la prueba, que es el que le indicara al juez como debe fallar. ¿Pero ese patrón como puede aplicarse a algo subjetivo como lo es el convencimiento? precisamente esta cuestión logra ser superada cuando el artículo 372 del mismo estatuto al anunciar el fin de la prueba, advierte que el conocimiento del juez debe ir mas allá de duda razonable, la razonabilidad que debe caracterizar a la duda le da un sentido concreto y un referente objetivo de concreción al estándar, pues la duda de la que habla el artículo bajo comentario es una duda razonable, no cualquiera, sino aquella que este objetivamente fundada y no la que obedezca a un capricho o apreciación personal o concepto preelaborado del juez.

Finalmente, el artículo 381 también refiere a este asunto, planteando que:

Artículo 381: *Conocimiento para condenar.* Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

## **V. VOCES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA EN PENAL.**

### **1. Viabilidad a propósito del carácter adversarial del sistema acusatorio que impone a la defensa ser activa probatoriamente.**

Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia desde 2008 ha venido construyendo una línea jurisprudencial en la que se afirma que en materia penal es necesaria la aplicación de los criterios de la carga dinámica de la prueba, y con base en ello ha resultado diversos casos sustentado en que a la defensa le caben exigencias probatorias toda vez que se está en curso de un proceso con carácter adversarial, como lo es el sistema penal acusatorio.

La Sentencia del 9 de abril del 2008 con ponencia del magistrado Espinoza Pérez constituye el hito de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la jurisdicción ordinaria penal. Frente a la carga dinámica de la prueba dispuso que:

*“A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica*

*de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.*

*Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.*

*Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.*

*Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.*

*Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.*

*Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación*



*de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador”.*<sup>8</sup>

Este mismo criterio ha sido adoptado para la casación 31103 del 27 de marzo del 2009, para la de 31147 del 13 de mayo del ese mismo año, con ponencia del mismo magistrado y para la sentencia del día 25 de mayo del 2011 con radicado 33660 y con ponencia del Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

**a) Casuística y casos concretos**

**1) 23754 del 09 de abril del 2008.**

El 5 de septiembre de 2002, en el Aeropuerto Internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá, fue retenida la señora MARÍA MERCEDES GÓMEZ GÓMEZ, cuando arribó procedente de la ciudad de Madrid (España), con ciento siete mil doscientos dólares (US \$ 107.200) en efectivo, camuflados en cajas de rollos de película para cámaras fotográficas, dinero que no había sido declarado ante la Dirección de Aduanas Nacionales.

Ante esto, fue acusada como posible autora responsable del concurso de delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos.

En primera instancia la procesada MARÍA MERCEDES GÓMEZ GÓMEZ fue absuelta del delito de enriquecimiento ilícito de particulares y la condenada como autora del punible de lavado de activos, la segunda instancia confirmó y adicionó el fallo del a quo.

Al amparo de la causal primera de casación, el defensor de esta procesada presenta un solo cargo contra la sentencia alegando la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, pues advierte un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, aduciendo que los juzgadores dieron por demostrado el origen ilícito de la divisa incautada a MARÍA MERCEDES GÓMEZ GÓMEZ sin que obrara en el proceso elemento de convicción alguno que acredite ese origen, es decir, sin probarse que el dinero incautado fue producto de alguna de las actividades delictivas referidas en el artículo 323 del Código Penal.

---

<sup>8</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de abril de 2008 M.P Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado 23754

La Corte decide no casar la condena por lavado de activos solicitada por la defensa, bajo las siguientes consideraciones:

De cara al lavado de activos, asevera el Alto Tribunal que no es necesario que haya una sentencia condenatoria previa referida a los actos ilegales que dan origen a los activos. Sólo basta con que no se demuestre legítimamente por parte del procesado, la tenencia legal de dichos bienes.

Además se afirma que "...la actividad ilegal subyacente [al lavado de activos] sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente...".

Con ello se puede afirmar que el tipo se estructura con la no demostración del origen legal de los bienes, Insiste la corte en la manifestado en un pronunciamiento anterior en el sentido de que "*(...) la imputación por lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otra conducta punible y para fundamentar la imputación y la sentencia basta que se acredite la existencia de la conducta punible subyacente a título de mera inferencia por la libertad probatoria que marca el sistema penal colombiano.*"

## **2) 31103 del 27 de marzo del 2009**

En la vereda La Palma, zona rural del corregimiento San Cristóbal de la ciudad de Medellín, residían los esposos JCP y LMM, conjuntamente con sus menores hijos Y, J. y E.

Dentro de ese entorno, para mediados del año 2006, JCP, aprovechando que su esposa no se hallaba en la vivienda, dadas sus ocupaciones laborales, comenzó a realizar vejámenes físicos y sexuales en contra de Y..., que incluyeron golpes, amenazas con arma de fuego y acceso carnal por vía anal. Ello se prolongó hasta el mes de octubre de ese año, cuando la víctima, pese a la incredulidad de su madre, dio noticia de lo ocurrido a una tía suya, quien puso en conocimiento de las autoridades esos hechos.

La fiscalía formuló acusación, acceso carnal violento agravado, e incesto ambos bajo la figura del concurso homogéneo sucesivo.

La sentencia de primera instancia lo advierte responsable penalmente y desde luego es condenatoria; en segunda instancia, se revocó tal fallo y en su lugar absolvió al procesado, en seguimiento del principio In Dubio Pro Reo.

Se recurre la sentencia en sede de casación acusándola el sensor de violar indirectamente una norma sustancial, por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba. Pues para absolver al procesado, se basó únicamente en que se dejó de practicar una prueba especializada que permitiría conocer si éste padecía de sífilis y, en consecuencia, determinar si era el la persona que a través del acceso carnal violento atribuido, contagió a la víctima.

*“Entiende la demandante que incurrió la segunda instancia en un presunto yerro del falso juicio de identidad. Para el efecto, destaca cómo expresamente en la sentencia se advierte que un paciente contagiado de sífilis, si se somete a un tratamiento con antibióticos puede arrojar resultado negativo en la prueba de serología, precisamente la practicada al procesado” “... Así mismo refiere la sala que cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante (el de libertad probatoria) y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio”<sup>9</sup>. La aclaración entre paréntesis es por fuera del texto.*

A lo que suma que existía amplia y suficiente prueba testimonial, recabada en el juicio oral, que refiere al acusado efectivamente padeciendo la enfermedad venérea en cita y que ello no fue apreciado por el tribunal en la forma debida.

Finalmente la corte resuelve casar la sentencia y confirmar condena. En atención a que:

Los testimonios a los que refiere el demandante debían ser valorados como prueba directa teniendo tal calidad, el contenido de los testimonios se estimó como probado, y con ello el hecho de que el procesado era portador de la enfermedad venérea y consecuentemente había una prueba fuerte que lo señala en calidad de autor del delito, estima la corte que correspondía a la defensa desvirtuar lo probado por la fiscalía y no lo hizo, teniendo la posibilidad de aportar la prueba científica confiable que desestimaría lo probado.

### **3) Consideraciones jurisprudenciales generales de la sala de casación penal**

---

<sup>9</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo del 2009 M.P Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado 31103

En un contexto general de las consideraciones jurisprudenciales podemos concluir con dos precisos aportes que resumen los razonamientos antes de los cuales se ha aplicado la carga dinámica de la prueba en materia penal, el primero de sustraído de la sentencia del 27 de marzo del 2009 y el otro de la del 5 de mayo del 2011 ya citadas.

*“La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de la prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia.”*

*No sobra recalcar que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal.*

## **VI. DETRACTORES DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL DERECHO PENAL.**

### **1. La inconstitucionalidad de la carga dinámica de la prueba en materia penal**

Como es natural, ha generado numerosos debates acerca de su validez constitucional, se ha tildado la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal como violatoria del precepto constitucional de debido proceso por trasgredir varias de sus contenidos.

Así se estima lesivo del principio de presunción de inocencia y del derecho de defensa principalmente

### **2. Constituye la forma de suplir las investigaciones deficientes de la Fiscalía.**

### **3. Su aplicación ha sido muestra de arbitrariedad judicial y de desconocimiento de la ley**

Como reacción a la aplicación que la carga dinámica de la prueba ha tenido por la vía jurisprudencial por la sala de casación penal hay quien afirman esto constituye un uso indebido e impropio de la discrecionalidad judicial que si bien es legítima y necesaria encuentra sus límites en los contenidos esenciales de la constitución. De manera que ha sido abusiva de las facultades judiciales la aplicación por la corte y aval por la corte de esta teoría en materia penal.

## **VII. CONCLUSIONES.**

La carga de la prueba es una noción procesal que implica una regla de juicio que le indica a las partes ya no la autorresponsabilidad de que aparezcan demostrados los hechos que sirven de sustento a la norma jurídica cuya aplicación invocan, dado que la noción así entendida se circunscribe a la mera acepción de la carga de la prueba estática; sino, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación se reclaman en el proceso, aparezcan demostrados o desvirtuados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar a la luz del acervo probatorio constituido. Entendiendo que este concepto también incluye la noción de carga de la prueba en su modalidad dinámica.

La carga dinámica de la prueba por su parte es una regla de juicio a través de la cual el juez puede distribuir entre las partes la responsabilidad en forma de carga, de probar los hechos en atención a las particularidades de cada caso y fijar tal responsabilidad a la parte a la que le quede más fácil acreditar el hecho por estar en mejores condiciones para hacerlo, en contraste con la extrema dificultad en la que se halla la contraparte.

Con la entrada en vigencia de la ley 1564 del 2012 se establece la modalidad de carga probatoria dinámica en el ordenamiento jurídico colombiano de lleno, como un intento de la nueva legislación por coadyuvar en la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva. Este presupuesto, constituye junto con la obtención de la igualdad real y material entre las partes, el sustento jurídico y axiológico para que la figura de la carga de la prueba dinámica se haya hecho un lugar en la ley.

No obstante lo anterior, esta teoría ha sido de más antigua data en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la carrera que ha hecho por la vía jurisprudencial, en la

cual ya ha sido aplicada por Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia e incluso la corte constitucional con anterioridad

La aplicación la regla de carga dinámica de la prueba, ha traído desde siempre y en todos los ámbitos del derecho algunas objeciones, no obstante ningunas tan fuertes como las que ha encontrado tratándose del derecho penal. Este ha sido un área del derecho categóricamente compleja en punto de la aceptación de la aplicación de los presupuestos de esta modalidad de carga probatoria, pues sus implicaciones teóricas y prácticas presentan fuertes pugnas con la dogmática del derecho penal y desde luego con sus principios fundantes.

El concepto de presunción de inocencia bastante analizado a lo largo de la investigación adquiere una relevancia fundamental en el tema de la carga de la prueba porque constituye de un lado, una regla de juicio en virtud de la cual se le fija a la fiscalía la exigencia de que demuestre la culpabilidad del procesado y a este por su parte se le exonera de demostrar su inocencia; por otra parte impone un patrón de satisfacción del convencimiento que debe tener el juez, por lo cual reporta tiene influencia directa en la valoración probatoria.

Con la aplicación de la carga de la prueba en el derecho penal se ha entendido que la presunción de inocencia dista de exonerar a la defensa de las cargas probatorias, pues en proceso penal, la carga probatoria de la defensa está supeditada a lo que la fiscalía vaya demostrando. Aunque inicialmente la defensa tiene a su favor todo el confort que le proporciona que el procesado tenga amparo en la presunción de inocencia, eventualmente y conforme a lo que la fiscalía logre acreditar le surgirán cargas que en el evento de no cumplirse, producirán la consecuencia procesal a lugar, situación que hace viable la condena penal por la inactividad probatoria de la defensa.

Lo que las teorías modifican es la diferenciación en la actividad de la defensa respecto de la fiscalía y cierra un poco la brecha existente, no en el sentido de descargar a la fiscalía de su compromiso investigativo- aunque algunos afirman que si- sino fijando responsabilidades más altas a la defensa, cuando existen casos que por su naturaleza son de difícil resolución a la luz de los presupuestos que tradicionalmente han regido al derecho penal en el tema de carga de la prueba.

En orden a lo anterior, aunque la defensa puede no ejercitar actividad probatoria viable y legítimamente a la luz de la ley, y abandonar el Estado de inactividad cuando de las pruebas de la fiscalía se pueda establecer objetiva y razonablemente la responsabilidad penal, y cuando no se acredite ello, con la inactividad bastara para evitar la condena.

En presencia de la teoría de la carga de la prueba dinámica de la prueba, el silencio, la pasividad o la inactividad de la defensa aunque es un comportamiento reitero, legítimo, se viabiliza la exigencia progresiva de su actividad, máxime cuando:

*“el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable”. C-1194/2005*

# LA IMPUTACIÓN PERSONAL DESDE DISTINTAS PERSPECTIVAS

TATIANA DE FRANCISCO LÓPEZ

Juez sustituta adscrita al TSJ Galicia. Socia ficp

## I.- DELITO Y CONSECUENCIAS.

DELITO Y PENA: El instrumento tradicional de reacción frente al delito ha sido la pena. Con fundamento en las ideas de la Escuela Clásica sólo con ella era lícito y posible reaccionar en contra del delito. Esta Escuela sostenía la denominada teoría absoluta de la pena, en virtud de la cual su fundamento ha de encontrarse en el delito cometido: se impone porque se ha cometido un delito y frente al delito, que es un mal, se reacciona con otro mal, que es la pena<sup>1</sup>

Existen numerosas y muy diversas nociones de delito. El derecho penal se sirve de un concepto formal y normativo, impuesto por exigencias ineludibles de legalidad y seguridad jurídica: Delito es toda conducta prevista en la ley penal y sólo aquella que la ley penal castiga -GARÓFALO, ha definido el delito “natural” como una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”-<sup>2</sup>.

La principal consecuencia la consideración de la pena, como retribución del mal uso de la libertad y como afirmación del derecho<sup>3</sup>, es que, en ningún caso, debe perseguir fines útiles de prevención del delito, ya que de ser así se vulneraría la dignidad humana. Primero, porque aplicando penas al que ha delinquido para que no vuelva a

---

<sup>1</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Las consecuencias jurídicas del delito, Gaceta Jurídica, S. A., Lima (Perú), 2004, pág. 28.

<sup>2</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: “El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI”, *Derecho penal del siglo XXI*, dir. MIR PUIG, S.: *Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2007*, Consejo General del Poder Judicial, Pág. 193

<sup>3</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 138 y 139.



hacerlo, vendría a tratarse al hombre de la misma forma que se trata a un animal. Y, segundo, porque aplicando penas al que ha delinquido para que no delinca los demás, se sacrificaría al individuo en favor de la generalidad.

Entre tanto, a finales del siglo XIX aparece la Escuela Positiva, que sostiene una teoría relativa de la pena y no la teoría absoluta defendida hasta el momento. La teoría relativa de la pena considera que la legitimación de la pena se encuentra en las finalidades que pueden obtenerse con su imposición. Encontrando por tanto, la justificación de la pena, no en sí misma, sino que se justifica por un elemento externo a ella: la obtención de un fin útil, que es la prevención de delitos futuros. Ya no se trata de buscar con la pena la justicia, como valor absoluto, sino de admitir que con ella se obtienen y persiguen fines relativos: la protección de la sociedad evitando la criminalidad<sup>4</sup>

La expresión “Nullum crimen sine poena” se vincula al Derecho Penal autoritario<sup>5</sup>, inspirada en la idea de que ningún delito debe quedar impune. Según ello habría que prescindir de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad cuando éstas se opusieran a la sanción de una conducta que se considerara materialmente merecedora de pena.

Tras la caída de los totalitarismos, tanto la idea de “Nullum crimen sine poena”, como las consecuencias que se asocian a ella permanecieron en un relativo segundo plano. En cambio en los últimos años, han aparecido dos doctrinas que podrían guardar proximidad con la idea de “Nullum crimen sine poena”. Son por un lado, la doctrina de la lucha contra la impunidad o de “impunidad cero”, y por otro la doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”. Ambas doctrinas persiguen el castigo del delito, sirviendo la segunda de las doctrinas de extensa opinión doctrinal en derecho comparado, al recaer en la víctima cierto poder sobre el ejercicio del “ius puniendi”, mediante la renuncia a la persecución de ciertos delitos que requieren iniciativa de parte y mediante el recurso al perdón de presuntos delitos sobre los que ya pende un proceso penal.

---

<sup>4</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Derecho Penal..., Tomo III, pág. 40.

<sup>5</sup> C. SCHMITT: “Nationalsozialismus und Rechtsstaat” pág. 713 y ss: “a este enunciado liberal “nulla poena sine lege” le contrapongo el enunciado “nullum crimen sine poena”; MAGGIORE “Diritto penale totalitario nello Statu totalitario” págs. 140 y ss.

La finalidad de la pena viene definida en el artículo 25.2 de la Constitución Española donde dice:

*... "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad."...*

En los mismos términos se pronuncia la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 en su artículo primero que dice así:

*... "Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados."...*

Los ordenamientos jurídicos de otros países europeos como Italia o Alemania, Schuller Springorum (1989), se manifiestan en términos parecidos, todos ellos tendentes a la idea de que la pena privativa de libertad sirva al delincuente para que en el futuro lleve una vida sin delitos (resocialización del penado). Cabe citar en este sentido los trabajos de Muñoz-Conde, Bergalli, Bustos, Mapelli, Beristain, etc.

## **II.- LA IMPUTACIÓN. ELEMENTOS DEL DELITO**

La introducción del art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), operada por la reforma de la Ley 38/2002 (reforma parcial), constituyó un hito procesal en la identificación de un verdadero estatuto del inculpado en nuestro proceso, al incorporar un programa de condiciones que afectan no tanto a una tipología procedimental concreta sino a los principios estructurales que sirven para medir la adecuación del modelo procesal dado al paradigma garantista del proceso penal que se deriva del art. 24 de la Constitución Española (CE) y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En este sentido, no cabe negar que el legislador de la reforma del 2002, a diferencia del legislador de la anterior reforma de 1988 de la LECrim, ha pretendido, con mayor o menor fortuna, establecer determinadas garantías efectivas de los derechos de contradicción y defensa mediante el aseguramiento, por un lado, del inmediato acceso a la causa de la persona Imputada y, por otro, de su asistencia letrada, con indiscutible voluntad aplicativa general.

El art. 775 LECrim, entre sus objetivos regulativos, pretendió modalizar tanto el acceso del imputado y la constitución del estatus de imputación, como las condiciones materiales del ejercicio del derecho de asistencia letrada, estableciendo, por un lado, un deber positivo del órgano jurisdiccional de informar al imputado de los hechos por los que es sometido al proceso y un deber del secretario judicial de informar de los derechos que le asisten y, por otro, un deber, también jurisdiccional, de garantizar que, con carácter previo a la toma de la declaración judicial al imputado, éste puede disponer de un espacio de entrevista o contacto reservado con su letrado que le permita preparar adecuadamente su estrategia defensiva<sup>6</sup>.

Al tiempo que se asegura el complejo de derechos de defensa y de participación del imputado, la información sobre los hechos de la imputación cumple también la función de delimitar el objeto del proceso, constituyendo un límite contra la inquisición general. El legislador mediante el establecimiento de las cargas de información distribuidas entre los diferentes órganos y funcionarios a los que se refiere el art. 775 LECrim, tanto de los hechos de la imputación como de los derechos de los que goza el imputado, derivados de tal situación, pretende satisfacer un buen número de objetivos: el aseguramiento de los derechos de defensa y de participación del imputado en el proceso que se sigue en su contra; la información transmitida en la primera comparecencia se convierte en condición para el efectivo sometimiento del imputado al proceso, la base sobre la que se constituye el estatus de imputación; los hechos transmitidos sirven para delimitar desde el mismo inicio de las actuaciones, el objeto del proceso.

---

<sup>6</sup> Caso *Pélissier y Sassi* contra Francia, de 25 de marzo de 1999, existe un ligamen entre los contenidos de las letras a) y b) del art. 6 párrafo 3.º 1 CEDH por lo que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación debe ser visto a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa, y éste en conexión con el derecho a la asistencia letrada que se contempla también en la letra c) del referido apartado –STEDH, Caso *Göç* contra Turquía, de 9 de noviembre de 2000.

Por tanto el concepto de imputación podrá manejarse en dos sentidos diferentes, en un sentido amplio, *-La imputación existe desde que se comunica a un sujeto (desde que se admite a trámite la demanda o la querrela, desde que sea objeto de detención o de cualquier medida cautelar). Cualquier actuación que suponga atribución con cierto fundamento en relación con la comisión de un hecho. Esto conlleva una serie de consecuencias pues desde que se admite a trámite existirá la obligación de practicar diligencias destinadas al esclarecimiento de los hechos o desde la detención se proyectarán todos los derechos de defensa-*. Y en un sentido estricto, *-Se alude a situaciones diferentes, pues no hablamos de atribución más o menos fundada sino que hablamos de una clara incriminación por apreciarse indicios racionales de criminalidad en contra de una persona. A partir de esta clara incriminación se produce una confirmación de su condición de parte. La imputación en sentido estricto tiene su expresión en el llamado procesamiento-*.

El procesamiento se sustenta en resolución judicial en forma de auto. Es solo específico del procedimiento ordinario por delitos graves. En el resto de procedimientos no existe imputación en sentido estricto en el sentido de procesamiento. La imputación en sentido estricto se sustenta en resolución judicial en forma de auto que se vierte únicamente en el procedimiento ordinario por delitos graves y en virtud de la cual se declara procesada a una determinada persona. El auto puede producirse en un momento temprano del sumario porque ya en el inicio consten gran cantidad de indicios o que finalice sin auto de procesamiento. Una vez dictado el auto, éste podrá ser alzado porque fruto de la investigación podrán surgir evidencias que aniquilen los indicios racionales de criminalidad con base a los cuales se acordó el procesamiento, no supone certeza pero sí indicios suficientes para que conforme a derecho se produzca la imputación. El TC ha establecido que deberá suponer más que una posibilidad y menos que una certeza. Así, cuando el juez condena es porque tiene la certeza.

A medio camino entre la admisión a trámite de denuncia o querrela y la certeza de la condena se encuentra el procesamiento. Es una imputación formal y provisional de criminalidad. Efectos del auto de procesamiento: 1. Robustecimiento de la condición de parte del sujeto; 2. Posibilita la adopción de medidas cautelares de carácter personal y real; 3. Asistencia letrada exigida de forma preceptiva. Dicho derecho existe desde la detención pero desde el procesamiento es obligatoria. Si la parte no lo nombra lo hará el tribunal de oficio, lo que no quiere decir que nos vaya a salir gratis pues eso sólo será

así cuando reunamos los requisitos establecidos para la justicia gratuita.; 4. Suspensión de cargos públicos; 5. Suspensión en las funciones judiciales (notarios...); 6. Deber de comunicación a las instituciones a las que pertenezcan los procesados (Dirección general del registro notarial...).

El objeto del proceso penal viene determinado por el hecho atribuido a un determinado sujeto. Los escritos de calificación sirven para determinar el objeto penal, el hecho y el sujeto pero no afectan a la calificación jurídica.

Atendida la conceptualización delictiva y penal de forma genérica, haré hincapié en dos clases de imputados, que por su condición y circunstancia dentro de la sociedad son más vulnerables, el imputado peligroso, el extranjero y el menor de edad penal.

### **III.- EL IMPUTADO EXTRANJERO**

En el marco de la relación jurídica establecida entre la Administración y el, imputado, penado o recluso, la condición de extranjero no supone ninguna diferencia con respecto a la de ciudadano español, como no podía ser de otra manera. Así, las normas internacionales, entre ellas el CEDH, que recoge expresamente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos del Consejo de Europa, en la número 5.1 dice:

*"No debe hacerse diferencia de tratamiento fundado principalmente en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o cualquier otra opinión, el origen nacional, o social, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación". La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) recibe este principio de no discriminación en el art. 3 cuando declara que: "La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza".*

La primera especialidad que podemos encontrar en el supuesto de que en la causa existan imputados extranjeros es el del idioma. Al respecto el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que la asistencia de intérprete al detenido e imputado se enmarca dentro de los derechos esenciales del art 520.2.b de la LECrim: toda persona detenida tiene derecho a ser asistida gratuitamente por un

intérprete cuando se trate de un extranjero que no comprenda o no hable el castellano. Ahora bien, el que ese elenco de derechos sea reconocido de forma tajante, no implica que en todo caso y necesariamente hayan de ser proporcionados, pues, de todos los que se proclaman en el precepto citado, el 'único que resulta irrenunciable es el de la asistencia letrada; en el caso de que al detenido se le tome manifestación sin la presencia de dicho profesional puede conllevar la nulidad de lo actuado, porque el art. 520. 2. LECrim prevé el supuesto de que se renuncie a ese derecho en cuyo caso las autoridades bajo cuya custodia se encuentra el detenido procederán a asignarle uno del turno de oficio. Efectivamente, pese a tener derecho a guardar silencio y a no autoinculparse, el detenido puede narrar una verdad material en la que se encuentre como partícipe de un delito; pese a presentar dolores menores o heridas livianas, puede renunciar a ser asistido por un médico; igualmente puede renunciar a que se informe de su detención a una tercera persona por carecer de interés en que se efectúe esa comunicación.

Aparte de esta limitación natural derivada de su carácter de derechos o facultades del detenido y no de imperativos de la administración que se entiende con él, el derecho a la asistencia del intérprete tiene otro tipo de limitaciones, cuales son las establecidas en el propio precepto que sienta el derecho: que se trate de una persona extranjera que no comprenda o no hable el castellano. Es evidente que el ejercicio de ese derecho se reserva a extranjeros porque la ley parte de una presunción de que el ciudadano español habla el castellano y lo comprende; y, además, lo limita a las situaciones de incomprensión por no comprender o no hablar porque si ocurre lo contrario, es decir, se entiende y se habla, lo natural es expresarse en uno de los idiomas oficiales del país donde se ha llevado a cabo la detención.

Ello, no obsta, a una interpretación amplia del precepto, en el sentido de que tanto si se comprueba la existencia de españoles que bien se desenvuelven en una lengua oficial diferente al castellano, bien carecen de los conocimientos propios del idioma por circunstancias varias, como si el entendimiento del extranjero pese a ser posible resulta complicado por la carencia de vocabulario, se les otorgue sin traba alguna el derecho a esa asistencia. Además, y por último, no se puede olvidar que la asistencia de intérprete goza de una segunda vertiente o lectura, pues mal se puede lograr el entendimiento entre los agentes policiales y el detenido o entre el Juez Instructor y el detenido si no existe un idioma en el que lograr la comprensión. Por ello puede afirmarse sin lugar a

dudas que la asistencia de intérprete se conforma también como una necesidad de la administración de justicia para sentar las vías de comunicación con detenidos e imputados.

En suma, para que se designe un intérprete que auxilie o intermedie entre las autoridades españolas y el detenido que entiende y habla el castellano, con las imperfecciones que se quiera, es preciso que quien ostenta el derecho haga uso de él, o, incluso, el Instructor considere necesaria esa asistencia por ser la comprensión imposible - si no concurren ni uno ni otro caso·, pese a la naturaleza de extranjero del detenido su declaración podrá perfectamente ser llevada a cabo en castellano.

En cuanto al tiempo en que el intérprete debe comparecer a asistir al imputado, la STS de 6 de marzo de 2003, señala (*en un supuesto de registro de equipajes en la aduana por agentes policiales*) que no es necesaria para la apertura del paquete la presencia de Abogado, incluso después de practicada la detención, dada la limitación de la preceptiva intervención, contraída exclusivamente a las diligencias de declaración y reconocimiento (art. 520 LECrim.). La policía no debe dejar de practicar las diligencias urgentes y las demás que procedan que la ley le impone en la averiguación y descubrimiento del delito y detención del delincuente, así como la intervención de los efectos y pruebas del delito descubierto (arts. 282 LECrim. y 11.1 g de la Ley Orgánica núm. 2 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado).

La STS de 5 de febrero de 2003, analiza un supuesto en que se alega por la defensa del imputado la falta de lectura de los derechos en el idioma del detenido en el supuesto de un control aleatorio de vehículos: *“Existió un primer momento, en que por circunstancias aleatorias del caso surgieron sospechas fundadas de que el vehículo conducido por el acusado pudiera transportar alguna sustancia de ilícito comercio, por cuya razón, se leen sus derechos de forma oral y a prevención (todavía no existe nada - :- que imputar y sí diligencias policiales a practicar) y son trasladados el vehículo y los ocupantes del mismo (conductor, ,ahora recurrente, y acompañante, absuelto en la instancia), a las dependencias policiales, donde disponían de medios, para desmontar la parte del coche que los perros policías detectaron como encubridora de algún producto, que por su hermético almacenaje, infundía sospechas de ser droga. En sede policial y a presencia de los usuarios del turismo se extraen de las taloneras o bajos de las puertas las pastillas allí guardadas (M.D.M.A.: éxtasis). A partir de ese momento, ya se produce la lectura de derechos, con intérprete y presencia de Abogado, dando la*

*oportunidad de no declarar. Hasta el momento, todavía podían haber resultado fallidas las sospechas y pudo no proseguir la investigación, con la consiguiente puesta en libertad de los dos sospechosos. Matizados tales extremos en el desarrollo de las incidencias primeras de la investigación policial, la protesta que encierra el motivo decae. Así, en un principio, la inicial lectura de derechos a la salida de la autopista de Vallcarca (Vilanova i la Geltrú), se hace al recurrente a través de su acompañante, por saber o conocer el idioma castellano. Así lo declara en el plenario el impugnante, como puede comprobarse en el acta del juicio oral pero, aunque no se diera esa casual circunstancia, lo que no puede hacer la policía, es comunicar la detención con intérprete, si en ese momento y lugar no existían, lo que hacía imposible, por razones de fuerza mayor, cumplir con el requisito exigido. Cuando nuestra Constitución y leyes procesales utilizan la expresión «de forma inmediata», debemos entenderle en el sentido de que, es tanto como hacerlo lo más pronto posible, dentro del despliegue de la mayor diligencia de la fuerza actuante, como así se hizo. Las diligencias policiales que se hicieron son las que imperativamente y por encima de lo que puedan entender o no los afectados, debe practicar con urgencia la policía judicial en cumplimiento de su deber de investigar eficazmente los delitos, detener a sus autores e intervenir y custodiar los objetos y efectos provenientes del mismo.»*

Por último, la STS de 11 de julio de 2001, analiza el supuesto de un acusado que negándose a declarar, asistido de Letrado, alega en el recurso indefensión por desconocimiento del idioma español, entendiéndose el Tribunal Supremo que dicha indefensión no se produce ya que el acusado, so pretexto de que no tenía intérprete de yugoslavo hizo uso de su derecho constitucional de no declarar, habiendo ejercitado su Letrado la defensa de sus intereses, interrogando a testigos y peritos y sin que hiciera, constar ni queja ni protesta alguna ante la inexistencia de intérprete yugoslavo. Y no podía ser de otra manera ya que el recurrente estaba asistido de intérprete del mismo idioma en el que había declarado en la instrucción de la causa, sin que pueda olvidarse que llevaba bastante tiempo en España, que escribió en español cartas al Tribunal y que la última palabra igualmente la expresó en español. La solicitud que hizo de intérprete en yugoslavo no podía tener otro alcance que dilatar el momento del enjuiciamiento, estimando el Tribunal de instancia que se le ofrecían los medios de traducción adecuados para poder expresarse y contestar a las preguntas que se le hicieran, independientemente de su conocimiento del español.



Cuando el ciudadano extranjero es detenido y pasa a presencia judicial, en el momento de calibrar la puesta en libertad o elevación a prisión provisional, la cualidad de extranjero puede servir de fundamento como uno de los fines de dicha medida cautelar, contemplados en el art.503.3º.a) LECrim, asegurar su presencia durante el procedimiento, evitando riesgo de fuga.

Toda la doctrina constitucional, sobre los fines de la prisión provisional, son asimismo aplicables en las solicitudes de internamiento de extranjeros sometidos a procedimiento administrativo de expulsión: necesariamente hay que calibrar el riesgo de fuga, que conllevaría la dificultad de ejecutar en su caso el decreto de expulsión, y ver las posibilidades de sustituir el internamiento por otra medida menos gravosa, debiendo calibrar las concretas circunstancias del expediente administrativo de expulsión, esto es, si el expediente está únicamente iniciado, si el mismo ya ha sido resuelto, si la resolución de expulsión es firme o se encuentra pendiente de recurso contencioso-administrativo.

En el caso de que el imputado extranjero se encuentre en libertad, ya por no haber sido - puesto a disposición judicial en calidad de detenido, ya una vez prestada declaración ante el Juzgado de Instrucción, haya quedado en libertad , y -tras hacer las averiguaciones de domicilio, resulte que :carezca de domicilio conocido en España, procede distinguir dos supuestos posibles:

1.- si el extranjero no es nacional de uno de los países de la U.E. : La extradición. El mecanismo de la extradición , basado en idea de la soberanía sobre el territorio y protección de los nacionales, - se empieza a flexibilizar con la tarea realizada por el Consejo de Europa y que se plasma en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, Convenio de 20 de abril de 1959, firmado en Estrasburgo y ratificado por España el 18 de agosto de 1982 y en vigor el 16 de noviembre de 1982 . Dentro de Naciones Unidas (UN) se adoptaron en el año 1990, una serie de medidas sobre cooperación internacional en materia de prevención de delitos y de procedimiento penal (RESOLUCION 45/107), un modelo de extradición (RESOLUCION 45/116), un modelo sobre asistencia mutua en materia penal (RESOLUCION 45/117) y un modelo de tratado sobre traspaso de causas penales (RESOLUCION 45/118).

En materia de derecho penal, tenemos la Carta de Paris de 1990 y Acta de Moscú de 3 de octubre de 1991: son tratados cooperación que parten de principios generales comunes en materia de derecho penal, tales como los de igualdad ante la ley, legalidad

de las penas, derecho a un juicio justo, presunción de inocencia y derecho recurso ante un tribunal superior.

Con carácter regional y de especial fuerza, se inicia en el año 1977, a propuesta francesa, el Primer Convenio europeo, Acuerdo de Dublín de 1979 para la prevención y represión del terrorismo, si bien en marco de cooperación política y no marco institucional comunitario.

El siguiente paso lo constituye el Tratado de la Unión Europea, Maastrich de 7 de febrero de 1992, entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993 piedra angular en este ámbito de cooperación es el Acuerdo de Schenghen relativo a la supresión de controles de fronteras comunes, 14 de junio de 1985 y convenio de aplicación Shenghen de 19 de junio de 1990 con entrada en vigor 26 de marzo de 1995 (introduce persecución en caliente, posibilidad de comisiones rogatorias directamente entre autoridades judiciales, posibilidad de notificación por correo, incluso sin traducción)

2.- En el supuesto de que el extranjero sea nacional de un país miembro de la U.E., contamos con un instrumento innovador : la Orden europea de detención y entrega.

Es en el ámbito de las situaciones que pueden dar lugar a la excarcelación, bien temporal, bien definitiva, de internos extranjeros y, excepcionalmente, de españoles con residencia habitual en un país extranjero, donde se producen las diferencias más importantes con respecto al resto de reclusos destacan las siguientes:

1.- Autorización judicial de expulsión administrativa. Esta posibilidad permite respetar el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros, pues la cualidad de no nacional, no solamente no es índice bastante para justificar la prisión provisional, sino que tampoco lo es para limitar indiscriminadamente el derecho de libre circulación, que se concreta en permitir que el procesado pueda regresar a su domicilio habitual, mientras avanza el procedimiento<sup>7</sup>.

El extranjero tiene derecho a obtener la tutela efectiva de nuestros jueces a través de un proceso público sin dilaciones indebidas.

---

<sup>7</sup> Los artículos 763, 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal amplía, incluso, esta posibilidad en el procedimiento abreviado: Para quien tenga su domicilio o residencia habitual en el extranjero. No se prejuzga la calificación del eventual delito, en función de la pena que pueda pedirse –habla de "Juez o Tribunal". Las consecuencias de la incomparecencia del imputado son la adjudicación al Estado del importe de la fianza o caución y la declaración de rebeldía.

La tutela efectiva supone claramente la obtención de una sentencia y el derecho al proceso en su integridad, y la autorización de la expulsión no puede afectar estos derechos<sup>8</sup>

2.- Expulsión judicial como sustitutiva de una pena privativa de libertad. Según esta medida, el extranjero no podrá regresar a España durante el plazo que le fije la resolución impuesta judicial -después de escuchar al penado y con la intervención del Ministerio Fiscal-, que será de entre tres y diez años, según la duración de la pena impuesta y si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas o si fuere sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa (art. 89.2 y 3 del CP).

Asimismo, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, previa audiencia del penado (art. 89.1, último inciso del CP)<sup>9</sup>.

3.- Expulsión judicial como sustitutiva de una medida de seguridad privativa de libertad<sup>10</sup>. El art. 108 del CP establece la posibilidad de que el Juez o Tribunal Sentenciador pueda acordar la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. Los requisitos, por tanto, son, ser Extranjero no residente legalmente en España y la Audiencia de aquél.

4.- El cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia. La libertad condicional supone la excarcelación del condenado condicionada a que no delinca durante el tiempo que queda hasta la extinción de la pena y observe las reglas de conducta impuestas, de tal forma que el liberado sigue teniendo la condición de penado hasta el momento de pronunciarse el licenciamiento definitivo, a pesar de encontrarse en una situación fáctica de libertad efectiva (arts. 90 a 93 del CP).

5.- Traslado de personas extranjeras a sus países de origen para seguir extinguiendo condena. El Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas,

---

<sup>8</sup> ESPINAR VICENTE, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, editorial Cívitas, Madrid, 1994, págs. 295 y 296.

<sup>9</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Cívitas, Madrid, 1996, pág. 108.

<sup>10</sup> GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 263 y ss.

aprobado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España el 10 de junio de 1985 que introdujo una declaración al art. 3.3 por Anuncio de 7-3-95, es suscrito por los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>11</sup> con el fin de realizar una unión más íntima entre sus miembros, desarrollar más la cooperación internacional en materia penal, servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas, lo que exige que los extranjeros privados de libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir la condena en su mundo social de origen y por ello han de poder trasladarse a sus propios países.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 21 de junio de 1984, adoptó la Recomendación n.º 11 sobre información relativa al Convenio sobre el Traslado de Personas Encarceladas.

Este Convenio permite que los condenados a penas privativas de libertad en un país distinto del suyo puedan ser trasladados a su país de origen para cumplir condena, siempre que ambos Estados hayan suscrito el Convenio, que el penado o su representante legal preste su consentimiento, así como el Estado donde haya sido condenado y el Estado de donde es natural o residente.

6.- Expulsión administrativa Los reclusos extranjeros que han extinguido sus condenas y, por tanto, su relación jurídica con la Administración penitenciaria y con la Administración de Justicia, pueden quedar sujetos, en cambio, a lo dispuesto en la legislación de extranjería sobre la expulsión administrativa, sin que el Tribunal sentenciador o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tenga ya competencia alguna al respecto.

7.- Procedimiento de extradición pasiva.- La extradición se define como un acto jurídico complejo por el que se produce la entrega de un individuo por el Estado en cuyo territorio se encuentra, previa su demanda por el Estado en cuyo territorio se cometió el hecho supuestamente delictivo o sancionable con pena privativa de libertad o

---

<sup>11</sup> El Convenio ha sido ratificado por los siguientes Estados miembros: Austria (9- 9-86), Bélgica (6-8-90), Bulgaria (17-6-94), Chipre (18-4-86), República Checa (15-4-92), Dinamarca (16-1-87), Eslovaquia (15-4-92), Eslovenia (16-9-93), Finlandia (29-1-87), Francia (11-2-85), Alemania (31-10-91), Grecia (17-12-87), Hungría (13-7-93), Irlanda (31-7-95), Islandia (6-8-93), Italia (30-6-89), Luxemburgo (9-10-87), Malta (26-3-91), Países Bajos (30- 9-87), Noruega (9-12-92), Polonia (8-11-94), Portugal (28-6-93), Reino Unido (30-4-85), Suecia (9-1-85), Suiza (15-1-88), Turquía (3-9-87) y Ucrania (18-9-95). También ha sido ratificado por los siguientes Estados no miembros: Bahamas (12-11-91), Canadá (13-5-85), Croacia (25-1-95), Estados Unidos (11-3-85) y Trinidad y Tobago (22-3-94).

con una medida de seguridad, para proveer a su procesamiento en este Estado si el individuo está acusado o para la ejecución de la pena o medida impuesta si fue condenado (29). Por tanto, son elementos de este concepto:

a) Un acto o manifestación de voluntad.

b) Los sujetos del acto son dos Estados, por ello se trata de un acto de Derecho internacional.

c) El objeto del acto es la entrega o traslado forzoso de una persona desde el territorio de un Estado al territorio de otro.

d) La finalidad del acto es facilitar el enjuiciamiento criminal de la persona reclamada, o la ejecución de la sentencia anteriormente impuesta, por parte de las autoridades judiciales del Estado requirente.

e) El procedimiento es de naturaleza jurídica, reglado por el Derecho positivo.

#### **IV.- MENOR DE EDAD**

Todo ello aplicado al menor de edad penal, entre los 14 y los 18 años<sup>12</sup>, debemos tener en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño que representa, desde su aprobación y cada vez con mayor trascendencia, la norma internacional más fundamental que nos ofrece un tratamiento global de la infancia que representa un grupo de edad vulnerable o dependiente, al que es preciso atender, aunque paulatinamente vaya adquiriendo con su edad mayor autonomía personal<sup>13</sup>. Por tanto, la consideración de la infancia responde, de una manera dinámica, a vectores culturales e históricos, y no fue identificada como un grupo humano que, por su edad, precisaba de una protección legal, hasta las postrimerías de la revolución industrial.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>14</sup> supuso una clara inflexión en el Derecho de la infancia, un evidente cambio de paradigma respecto de los

---

<sup>12</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en consonancia con el artículo 19 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>13</sup> VILLASAGRA ALCAIDE, C.: “la infancia y la adolescencia ante los cambios sociales y familiares” en *Los problemas de protección de menores en el Derecho de familia*, Cuadernos Digitales de Formación, del Consejo del Poder Judicial, nº 17, 2008, Pág. 116-118.

<sup>14</sup> Convención de los Derechos del Niño, es un Tratado Internacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y cuya entrada en vigor fue

anteriores instrumentos internacionales –como la Declaración de Ginebra de 1924 o la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959–, ya que supuso dejar de considerar a las personas menores de edad como seres que únicamente merecían protección jurídica y tutela por parte de los adultos y de los poderes públicos, para pasar a ser considerados como verdaderos ciudadanos, como sujetos de pleno derecho, que deben recibir respuestas adecuadas a su situación y a sus necesidades, sin detrimento de la atención específica que merecen aquellos que, por circunstancias inadecuadas en su entorno, se encuentran en una situación de riesgo o de desamparo y precisan de una respuesta jurídica protectora.

“La Ley 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores proclama como principios de la justicia penal juvenil, la naturaleza formalmente penal<sup>15</sup>, pero materialmente sancionadora-educativa tanto del procedimiento como de las medidas aplicables a los menores infractores. Asimismo se menciona como principio de la ley, el reconocimiento expreso de las garantías que se derivan del respeto a los derechos constitucionales y al superior interés del menor, un interés que según la Exposición de Motivos de la referida Ley, ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio de la aplicación al proceso de menores de los principios garantistas, tales como el de presunción de inocencia, el principio de defensa o el principio acusatorio. En consecuencia, la Ley Orgánica 5/2000, al igual que ya lo hiciera la Ley Orgánica 4/1992, establece la figura del equipo técnico de los Juzgados de Menores como instrumento esencial a lo largo del procedimiento para adecuar las decisiones al superior interés del menor.

Este interés prioritario del menor ha dado lugar a que en la justicia penal de menores, no haya existido acusación particular hasta la publicación de la Ley

---

el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49; Esta convención está desarrollada o complementada por los siguiente protocolos: 1.- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002. y 2.- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.

<sup>15</sup> SAN MARTÍN LARRINOVA, B.: “Mediación en la justicia penal de menores” en *Panorama actual y perspectivas de la victimología y el sistema penal*, Revista del Poder Judicial n° 121, Madrid 2008, pág. 126-126.

15/2003 de 23 de noviembre, que incluyó la posibilidad de la acusación particular, atendiendo a las corrientes victimológicas de las últimas reformas penales que pretenden otorgar un mayor protagonismo a la víctima en todos los procedimientos incluso en los de justicia penal juvenil.

En el Derecho penal de menores se puede afirmar que la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor no siempre es motivo suficiente para imponer una medida educativa de las previstas en la propia Ley, que van desde el internamiento hasta la amonestación, pasando por la libertad vigilada, realización de tareas socioeducativas, prestaciones en beneficio de la comunidad, etc.<sup>16</sup>.

Pero es más, en el Derecho penal juvenil frecuentemente la comisión de un hecho delictivo ni siquiera es motivo para iniciar una intervención penal, ya que puede suceder que la escasa gravedad de los hechos, las circunstancias del menor o incluso el logro de una conciliación o reparación puedan hacer innecesaria la entrada del menor en el sistema penal en virtud de los principios de mínima intervención, al que anteriormente aludíamos, y de oportunidad, que prioriza la responsabilidad del menor, la solución del conflicto entre el menor y la víctima y la reparación a la sanción penal.

En definitiva, en la justicia juvenil española existen programas de mediación tendentes a la conciliación o a la reparación, establecidos por las comunidades autónomas encargadas de la ejecución de medidas educativas y en los que el Equipo Técnico es el encargado de llevar a cabo la labor de mediador<sup>17</sup>

## **V.- PROYECTO DE REFORMA LECRIM. MODIFICACIÓN DE LA DENOMINACION DE IMPUTADO DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN:**

---

<sup>16</sup> Dispone el art. 7 de la Ley 5/2000, redacción dada por Ley 8/2006, que las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores por orden de gravedad decreciente son las siguientes: Internamiento en régimen cerrado; Internamiento en régimen semiabierto; Internamiento en régimen abierto; Internamiento terapéutico; Tratamiento Ambulatorio; Asistencia a un centro de día; Permanencia de fin de semana; Libertad vigilada; Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima; Convivencia con una familia o grupo educativo; Prestaciones en beneficio de la comunidad; Realización de tareas socio-educativas; Amonestación; Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor; e Inhabilitación absoluta.

<sup>17</sup> SAN MARTÍN LARRINOVA, B.: “Mediación en la justicia penal de menores”... ob. cit. pág. 127.

El pasado mes de marzo el Consejo de Ministros ha aprobado el “*PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA*”, remitido a las Cortes Generales.

Dicha reforma está destinada a la adaptación del lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales, evitando las connotaciones negativas y estigmatizadoras de la expresión “imputado” o “reo”, utilizada de forma general e indiscriminada, en ocasiones sin una criba e individualización al caso concreto, sobre personas sobre las que únicamente recaen meras sospechas.

Así, es cierto que en la fase de instrucción la finalidad que el ordenamiento jurídico atribuye a la misma no es otra que la de aportación de los datos relevantes que respecto de los hechos objeto de la denuncia o querrela resultan necesarios para valorar si los mismos poseen trascendencia penal y la determinación de las personas que pudieran tener relación con los mismos. Y la fase de continuación de procedimiento abreviado por tanto, tiene el fin de determinar contra qué personas se podrá dirigir la acusación, y por qué hechos, delimitando el objeto del proceso, y se basa en datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera posibilidad y menos que una certeza, suponen por sí mismas la probabilidad de la comisión de un delito que se constata a través de la imputación, para poder determinar posteriormente en juicio oral, la presencia o no del reproche de culpabilidad y demás elementos típicos, como es el subjetivo del injusto.

Sobre estas diferentes fases, se sitúa la nueva propuesta de denominación; así se denominará *investigado* a la persona sometida a investigación por su relación con un delito en la fase de instrucción. Y *encausado* cuando la autoridad judicial imputa formalmente a una persona, una vez concluida la instrucción<sup>18</sup>.

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI”, *Derecho penal del siglo XXI*, dir. MIR PUIG, S.: *Cuadernos de Derecho Judicial VIII-*

---

<sup>18</sup> Exposición de motivos del *PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA*, aprobado por el consejo de ministros y remitido a las Cortes Generales en el mes de marzo de 2015.



2007, Consejo General del Poder Judicial, Pág. 193

C. SCHMITT: “Nationalsozialismus und Rechtsstaat” pág. 713 y ss: “a este enunciado liberal “nulla poena sine lege” le contrapongo el enunciado “nullum crimen sine poena”; MAGGIORE “Diritto penale totalitario nello Statu totalitario” págs. 140 y ss.

ESPINAR VICENTE, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, editorial Cívitas, Madrid, 1994, págs. 295 y 296.

GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 263 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Las consecuencias jurídicas del delito, Gaceta Jurídica, S. A., Lima (Perú), 2004, pág. 28, 40.

MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Cívitas, Madrid, 1996, pág. 108.

SAN MARTÍN LARRINOVA, B.: “Mediación en la justicia penal de menores” en *Panorama actual y perspectivas de la victimología y el sistema penal*, Revista del Poder Judicial n° 121, Madrid 2008, pág. 126-127.

VILLASAGRA ALCAIDE, C.: “la infancia y la adolescencia ante los cambios sociales y familiares” en Los problemas de protección de menores en el Derecho de familia, Cuadernos Digitales de Formación, del Consejo del Poder Judicial, n° 17, 2008, Pág. 116-118.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 138 y 139.

# NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL

## DESDE UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL DE LA MENTE

ANDRÉS DÍAZ ARANA.

**Resumen:** Con ocasión de la discusión sobre el alcance de las conclusiones a las que algunos neurocientíficos han arribado tras experimentos relativamente recientes con respecto a temas que, como el de la posibilidad de la voluntad, son cruciales para la legitimidad de cualquier sistema de atribución de responsabilidad, los juristas suelen afanarse por determinar si el Derecho –y, en particular, el Derecho penal- ha quedado sin un sustento sólido sobre el cual fundar un juicio de reproche. En la ejecución de esta tarea, suelen moverse al vaivén de los avances de las “ciencias duras” sin detenerse a contemplar el trasfondo filosófico que le da sentido y contexto a la discusión. La verdad es que conceptos como voluntad, conciencia y libertad dependen, sin duda, de cómo entendamos la relación entre la mente y el cerebro: para algunos, son una misma cosa; para otros, son tan distintas que los descubrimientos sobre el funcionamiento del uno no alteran las propiedades de la otra. La Filosofía de la mente parte de esta realidad y sugiere herramientas que prometen ser muy útiles para superar el estado actual de la discusión. Con este escrito se reseña el estado actual de la discusión, al tiempo en que se lo evalúa con base en las herramientas que ofrece esta rama de la Filosofía y se propone una alternativa “compatibilista” que permite integrar los aportes de las neurociencias al sistema jurídico-penal, así como ubicarlos adecuadamente y definir sus alcances. Ante todo, la presente es una invitación que busca despertar interés entre los actores del debate sobre un área que ha sido tradicionalmente subestimada, pero que resulta ser indispensable para resolver la cuestión determinista.

## INTRODUCCIÓN

*Sin la conciencia, el problema mente-cuerpo  
sería mucho más sencillo. Con la  
conciencia, parece incurable.*

THOMAS NAGEL<sup>1</sup>

El libre albedrío es, sin lugar a dudas, una cuestión de perspectiva. Y depende de cómo entendamos la mente.

Por ello, hace apenas unos pocos meses MICHIO KAKU, sin duda una de las autoridades contemporáneas más respetadas en la física teórica, publicó bajo el provocativo rótulo “*El futuro de nuestra mente*” una fascinante obra que mezcla medicina, neurobiología, ingeniería de sistemas y física teórica de una forma sin antecedentes. La frase con la que abre su presentación es la siguiente: “*Los dos mayores misterios de la naturaleza son la mente y el universo*”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> NAGEL, Thomas. What is it like to be a Bat? En: The Philosophical Review, Vol 83, No. 4 (octubre de 1974). Pg. 437.

<sup>2</sup> KAKU, Michio. El futuro de nuestra mente. Barcelona: Debate, 2014. Pg. 19.

Naturalmente, la correlación entre una y otro ha fascinado a representantes de todas las áreas del saber, especialmente a raíz de los asombrosos avances tecnológicos que se han logrado desde la segunda mitad del siglo pasado. Según uno de los padres de la revolucionaria teoría de campos de cuerdas (“*String Theory*”), ello se debe a que “*el cerebro pesa únicamente alrededor de kilo y medio, sin embargo es el objeto más complejo del sistema solar*”<sup>3</sup>.

No en vano, el premio Nobel de Medicina para el año 2014 fue otorgado a MAY BRITT MOSER, EDVARD MOSER y JOHN O’KEEFE por haber localizado el grupo de células que constituye un sistema de posicionamiento en el cerebro que permite al ser humano ubicarse espacialmente, divulgado por los diarios como el “*GPS del cerebro*”. Entre las conclusiones revolucionarias a las que arribó el equipo, está la explicación de por qué los pacientes con Alzheimer no pueden reconocer sus entornos; también, gracias a este hallazgo, se puede explicar el funcionamiento de un cerebro intoxicado por alcohol o sustancias estupefacientes que es incapaz de orientarse espacialmente.

Como estas dos aplicaciones de su descubrimiento, hay decenas que sin duda suponen un paso trascendental en la cartografía funcional de la enigmática maravilla que reposa sobre nuestros hombros. Por ello, el trabajo de O’KEEFE y su equipo mereció un comunicado del Instituto Karolinska de Estocolmo –entidad encargada de otorgar el premio en esta categoría- destacando que “[l]os descubrimientos (...) han resuelto un problema que ha ocupado a filósofos y científicos durante siglos”<sup>4</sup>.

Por su parte, el premio en Química fue para ERIC BETZIG, WILLIAM MOERNER y STEFAN HELL por haber desarrollado un nuevo microscopio de alta resolución que emplea moléculas fluorescentes, la llamada técnica de la “*nanoscopia*”. Con esta técnica, se espera que pueda estudiarse el cerebro humano a una escala que hace apenas un par de décadas era impensable. Y lo que es más, se podría estudiar el funcionamiento neuronal casi al instante sin tener que renunciar a la precisión milimétrica, lo cual supera la principal dificultad de técnicas basadas en imágenes por resonancia magnética.

Según el comunicado de prensa oficial, “[e]n lo que ha sido conocido como ‘*nanoscopia*’, científicos visualizan los senderos de moléculas individuales dentro de

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pg. 22. Ver nota 1 de ese texto.

<sup>4</sup> Redacción BBC Mundo. Descubridores del “GPS del cerebro” ganan premio Nobel de Medicina 2014. Octubre 6 de 2014. Disponible vía web desde: [http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2014/10/141006\\_ultnot\\_premio\\_nobel\\_medicina\\_2014\\_jp](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2014/10/141006_ultnot_premio_nobel_medicina_2014_jp). Consultado por última vez el 21 de octubre de 2014.

*células vivas. Ellos pueden ver cómo moléculas crean sinapsis entre células nerviosas en el cerebro; pueden rastrear proteínas envueltas en enfermedades como la de Parkinson, el Alzheimer y la de Huntington a medida que se desarrollan*”<sup>5</sup>.

Ambos premios se reciben en un contexto histórico muy importante para la Neurociencia. Hace poco más de un año, la administración de BARACK OBAMA anunció la multibillonaria<sup>6</sup> Iniciativa BRAIN (por sus siglas en inglés, “*Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies*”) cuyo objetivo general es el de mapear la actividad de cada neurona en el cerebro humano, buscando para el cerebro lo que el renombrado Proyecto del Genoma Humano logró para la genética. Paralelamente, la Unión Europea anunció el Proyecto del Cerebro Humano (HBP, por sus siglas en inglés: “*Human Brain Project*”), agrupando 24 naciones para que “[e]n el transcurso de los 10 años del proyecto, los investigadores del HBP simulen el cerebro humano, mapeen las enfermedades cerebrales, desarrollen una cartografía detallada del cerebro humano (...)”<sup>7</sup>.

Gracias a estas y otras millonarias inversiones, la investigación científica del cerebro cuenta con herramientas que hace pocos años pertenecían a la ciencia ficción. La revolución digital, los avances en física subatómica y las maravillas de la ingeniería molecular ahora permiten representar en tres dimensiones áreas de menos de un milímetro de nuestro cerebro mediante vóxeles en un ordenador. El exponencialmente vertiginoso avance de la tecnología ha catalizado la investigación neurobiológica, al punto en que “[h]emos aprendido más sobre el cerebro en los últimos quince años que en toda la historia humana”<sup>8</sup>.

Quienes deseen observar el funcionamiento de las neuronas que componen la materia gris, o simplemente tener una visión detallada de lo que está al interior de su cabeza, hoy en día cuentan con la posibilidad de acudir a resonancias que crean campos

---

<sup>5</sup> Comunicado de prensa de Nobelprice.org. “The Nobel Prize in Chemistry 2014 – Press Release”. Octubre 8 de 2014. Disponible vía web desde: [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/chemistry/laureates/2014/press.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/2014/press.html). Consultado por última vez el día 23 de octubre de 2014.

<sup>6</sup> La inversión aprobada para el proyecto, según el NEW YORK TIMES es de más de USD \$300 millones al año, para un total de USD \$3,000 millones al cabo de los diez años de su duración. Vid.: MARKOFF, John. Obama Seeking to Boost Study of Human Brain. New York Times. Febrero 17 de 2013. Disponible vía web desde: [http://www.nytimes.com/2013/02/18/science/project-seeks-to-build-map-of-humanbrain.html?pagewanted=all&\\_r=1&](http://www.nytimes.com/2013/02/18/science/project-seeks-to-build-map-of-humanbrain.html?pagewanted=all&_r=1&). Consultado por última vez el día 21 de octubre de 2014.

<sup>7</sup> Extracto del apartado “*Project Objectives*” de la página oficial del HBP: <https://www.humanbrainproject.eu/> el día 21 de octubre de 2014.

<sup>8</sup> KAKU, Michio. Op. cit., 2014. Pg. 23.

magnéticos en torno a los cuales se alinean los átomos que reciben un pulso de energía de radio produciendo un eco a partir del cual se reconstruye su localización en una imagen computarizada (MRI, por sus siglas en inglés), cuyo aún más nuevo método “funcional” (fMRI, por sus siglas en inglés) detecta la presencia de oxígeno en la sangre del cerebro y permite contemplar de forma dinámica, ya no estática, el funcionamiento del cerebro.

Otra de las técnicas más populares es la tomografía por emisión de positrones (PET, por sus siglas en inglés), que detecta estas partículas subatómicas liberadas por la radiación de sodio 22, previamente inyectado al paciente, con lo cual se puede trazar – casi en tiempo real- el flujo de energía en un cerebro vivo o, en otras palabras, sus pensamientos. Con todo, esta técnica es relativamente antigua. Sus bases fueron sentadas a principios del siglo pasado y se viene empleando activamente en la investigación neurológica desde hace más de cincuenta años.

En realidad, las técnicas más revolucionarias tienen escasos años, algunas solo meses. Tan solo en la última década, la humanidad ha quedado perpleja ante la invención del escáner electromagnético transcraneal (TES, por sus siglas en inglés), la magnetoencefalografía (MEG, por sus siglas en inglés), la espectroscopía de infrarrojos cercanos (NIRS, por sus siglas en inglés) y las técnicas basadas en optogenética. El siglo empezó con la maravilla de ver en un ordenador una imagen tridimensional del cerebro; ahora, se lo puede ver en funcionamiento con precisión de milisegundos y, lo que es más asombroso, los científicos pueden excitar o desactivar áreas del mismo a su antojo sin tener que someter al paciente a ninguna intervención quirúrgica. Sin tener siquiera que anestesiarlo.

Pero no contentos con los avances en representaciones computarizadas, en el 2013 científicos de la Universidad de Stanford anunciaron al mundo que *“se logró hacer transparente un cerebro de un ratón, y partes del cerebro humano, de forma tal que redes neuronales que procesan información pueden ser destacadas en vívidos colores y apreciadas en toda su complejidad tridimensional sin siquiera tener que cortar el órgano”*<sup>9</sup>. Hoy por hoy, las redes neuronales se pueden estimular artificialmente para

---

<sup>9</sup> GORMAN, James. Brains as Clear as a Jell-O for Scientists to Explore. New York Times. Abril 10 de 2013. Disponible vía web desde: <http://www.nytimes.com/2013/04/11/science/brains-as-clear-as-jell-o-for-scientists-to-explore.html>. Consultado por última vez el día 21 de octubre de 2014.

apreciar en directo –gracias a la transparencia del órgano- cómo funciona en tiempo real el interior de un cerebro humano.

Ante este abrumador despliegue de poder tecnológico, que surge de un interés en el estudio del cerebro cuyo único parangón es el que tiene que ver con la búsqueda de los confines del universo, cabe preguntarse: ¿qué queda de la humilde búsqueda filosófica por la mente?

La importancia de las neurociencias dentro de la discusión sobre el libre albedrío ha quedado evidenciada cada día más desde aquel infortunado accidente del señor GAGE a mediados del siglo xix<sup>10</sup>. Ello implica que al abordar la cuestión es inevitable plantearse preguntas como: ¿qué consecuencias tienen los avances en torno al estudio del cerebro humano para una discusión milenaria sobre temas que, como “*voluntad*” o “*conciencia*”, parecen referirse a la mente? ¿Ha acabado el papel de la filosofía jurídica en la búsqueda del libre albedrío? ¿Sigue teniendo sentido para el Derecho penal hablar de una “mente” criminal?

No es tarea fácil determinar si los seres humanos son libres o no. De entrada, porque no se logra un acuerdo ni siquiera en torno a qué queremos decir con ello. Todas las áreas del saber parecen tener algo que decir al respecto, desde la cosmología hasta la sociología, desde la matemática hasta la antropología. Entre este debate multidisciplinario se mueven, casi a su vaivén, los juristas que, sin mayores conocimientos sobre bioquímica o física subatómica, buscan integrar los avances de las neurociencias como engranajes que operan dentro del gran sistema de atribución de responsabilidad concebido como Derecho.

Sin duda alguna, este debate, tan antiguo como el pensamiento racional, escapa del ámbito particular de cualquier área del saber. El principal error de quien al respecto se ocupa es pretender ofrecer una respuesta universal y unívocamente aplicable en todas las mesas de discusión. Con razón, reconoce el profesor DEMETRIO que “[e]l problema

---

<sup>10</sup> Me refiero al famoso caso del señor PHINEAS GAGE, quien en una jornada como capataz ferroviario interfiere la trayectoria de una barra de hierro que violentamente atravesó su cráneo, tras lo cual sobrevivió con algunos cambios patentes en su personalidad. El ejemplo es recurrentemente narrado en los principales textos sobre historia de la neurociencia. Recientemente en: KAKU, M. Ob. cit., 2014. Pgs. 35 y ss.

*de la libertad es demasiado amplio como para que el Derecho penal o la Neurociencia pretendan agotarlo*<sup>11</sup>.

Consciente de ello, esta investigación busca un objetivo muy preciso: mostrar cómo algunas consideraciones aportadas por la filosofía de la mente permiten interpretar el sentido y delimitar el alcance de los avances neurocientíficos en la discusión jurídico-penal de la posibilidad de libertad individual. Lo que este escrito busca es muy limitado de cara al intimidante horizonte que presenta la multidisciplinaria maraña que envuelve a la cuestión; pero a la vez anticipa resultados de colosales dimensiones, en especial si se tiene en cuenta que el matrimonio entre Derecho y Filosofía siglo tras siglo ha parido las más asombrosas obras sobre libertad y responsabilidad<sup>12</sup>. Así las cosas, no hay razón por la cual los juristas abandonen en esta oportunidad las valiosas herramientas conceptuales que facilita la Filosofía para interpretar y delimitar el alcance de los desarrollos de otras áreas del conocimiento a la hora de integrarlos en un modelo más eficiente de atribución de responsabilidad legal<sup>13</sup>.

Como poco a poco quedará en evidencia, no son muchas las conclusiones compartidas entre esta investigación y aquella adelantada por neurocientíficos que, como CRICK, defienden un reduccionismo fisicalista radical en la concepción de la

---

<sup>11</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal. En: DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013. Pg 32. En adelante referido como: DEMETRIO, E (dir.). Ob. cit., 2013b.

<sup>12</sup> De otra opinión es FRANCIS CRICK, quien despotrica contra los filósofos en su vehemente reivindicación del papel supremo de la ciencia como santo grial del conocimiento: “*No hay justificación para el punto de vista que sostiene que sólo los filósofos pueden enfrentarse al [estudio de la conciencia]. Los filósofos han obtenido unos resultados tan pobres durante los últimos dos mil años que más les valdría mostrar algo de modestia en lugar de esa arrogante superioridad que normalmente exhiben. (...) [T]ienen que aprender a prescindir de sus teorías favoritas cuando la evidencia científica las contradice, so pena de ponerse en ridículo ellos mismos*”. CRICK, Francis. La búsqueda científica del alma. Una revolucionaria hipótesis para el siglo XXI. 3ª Ed. Trad. Francisco Páez de la Cadena. Madrid: Debate, 1995. Pg. 322. También vale la pena mencionar la obra de CHIESA, quien da por “punto muerto dialéctico” el estado actual de la discusión filosófica en torno al libre albedrío, vid.: CHIESA, Luis. Punishing without free will. En: Utah Law Review, Vol. 6 (2011). Pg. 51.

<sup>13</sup> De igual parecer es el prof. DEMETRIO, quien enfáticamente advierte que “[s]e equivocan de raíz, creo, quienes piensen que los problemas prácticos del derecho penal se pueden resolver sin acudir a planteamientos filosóficos o con la sola ayuda de la dogmática o reglas técnicas de la interpretación de los preceptos del código penal”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. ¿Libertad versus determinismo en Derecho penal? En: Rev. Der. Gen. H., Núm. Extraord. I (2014): pg. 112. También FEJOO SÁNCHEZ: “[n]o estamos más que ante un nuevo capítulo de un folletín que empezó hace mucho tiempo. Las neurociencias ofrecen una nueva base científica para el debate, pero las cuestiones de fondo siguen siendo las mismas”. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: InDret, 2 (abril, 2011). Pg. 9.

mente<sup>14</sup>. No obstante, algo en lo cual se coincide plenamente es en que “*si primero resolvemos el problema de la consciencia [sic], es más probable que la cuestión del libre albedrío sea más fácil de resolver*”<sup>15</sup>. Por ello, uno de los autores que más se ha ocupado de la tensión entre neurociencias y Derecho penal recientemente ha advertido que “*de la misma manera que sería equivocado probablemente pasar por alto los avances producidos en el ámbito de la física contemporánea, lo mismo sería predicable respecto a la filosofía de la mente (...)*”<sup>16</sup>. Inspirado en esta idea, el presente estudio busca en este ámbito de la filosofía las bases sobre las cuales edificará una postura que, se espera, sea tan consistente como útil para ofrecer una perspectiva del estado de la cuestión que despierte mayor interés por esta disciplina entre los penalistas.

Solo mediante un adecuado entendimiento entre filósofos y juristas se entenderá que lo que las neurociencias, o cualquier otra área del saber, pueden transmitir al Derecho no tiene que ver con que la libertad exista o no, sino con si el concepto de ella sobre el cual este opera es o no adecuado para conseguir los fines que persigue. La pregunta no es si las neurociencias tienen o no razón, sino “*en qué medida los avances en neurociencia pueden ser tenidos en cuenta en el Derecho y, lo que es más importante, ¿hasta dónde pueden llegar?*”<sup>17</sup>. En consecuencia, es probable que las consideraciones surgidas del debate filosófico sobre cómo entendemos la mente puedan servir como manual de instrucciones a quien quiere ubicar en la maquinaria del Derecho el engranaje que suponen los avances en el estudio del cerebro humano.

Lo que en adelante se propone, pues, no es más que una reflexión en torno a qué es la “mente”, cómo se relaciona con el cuerpo y qué relevancia tiene ello para el sentido jurídico-penal de la discusión. Este escrito busca presentar apuntes generales extraídos de la filosofía de la mente que, se espera, fomenten un debate más sólido, coherente y comprensivo de las distintas posiciones que se encuentran detrás de cada una de las respuestas y, por qué no decirlo, de las formas de libertad posibles<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Ver, en particular, los apartados 2.4 y 3.1 sobre el materialismo eliminativo y sobre el papel de las ciencias naturales en la cuestión determinista, respectivamente.

<sup>15</sup> Vid.: CRICK, F. Ob. cit., 1995. Pg. XII (prefacio), donde de forma satírica declara: “[s]in algunos prejuicios iniciales, no se llega a ninguna parte. Para el lector quedará claro que no soy precisamente un entusiasta de los puntos de vista de los funcionalistas ni de lo conductistas (...)”.

<sup>16</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2014. Pg. 119.

<sup>17</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Identidad y responsabilidad. En: AFDUAM, no. 17 (2013). Pg. . 250. En adelante citado como: DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013a.

<sup>18</sup> Tal y como acertadamente destaca el prof. HASSEMER: “*la teología tiene un concepto de libertad distinto del del psicoanálisis o de una psicología de orientación empírica, y con base en estas*



## DERECHO PENAL Y NEUROCIENCIAS: UNA LECTURA DIFERENTE DEL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Para empezar, ha de quedar claro que cualquiera que sea la posición a adoptar en torno a la relevancia de los aportes de las neurociencias para el Derecho penal, no es ajena a la adopción de una particular concepción de la relación mente-cuerpo<sup>19</sup>. Empero, esta no condiciona a aquella. Creer que un neurocientífico es determinista solo porque adopta un enfoque materialista en el estudio de los estados mentales es una grave falacia que atenta contra el progreso de la discusión. Un realista puede ser determinista como un materialista puede creer en el azar o un conductista en el libre albedrío. Lo único que se requiere para una sana discusión es entender que, dependiendo de cómo se conciba la relación mente-cuerpo, nociones como “voluntad”, “libertad” y “responsabilidad” significarán una u otra cosa.

Sin duda alguna, una adopción consciente y fundada de tal o cual concepción de lo mental, pesará en los argumentos de quienes rechazan los mandatos reduccionistas de la neurobiología por considerarlos impertinentes para los fines del Derecho, pero también en los de quienes buscan reivindicar aquella ciencia como método último para dar sentido a cualquier aspecto del comportamiento humano. En concreto, permitirá apreciar con total claridad por qué es tan falaz argumentar que las neurociencias sólo atañen al cuerpo y la libertad es cosa de la mente, como que la libertad no existe porque ninguna imagen de resonancia electromagnética ha logrado mostrarla en alguna parte del cerebro<sup>20</sup>.

La conjunción de los argumentos sobre el libre albedrío y sobre qué es la mente depende del gusto del pensador, pero la necesidad de que ambos sean parte –por igual– en el debate jurídico-penal es un imperativo. Al fin y al cabo, “[l]o que la neurociencia puede decirnos acerca de la mente, y sobre la relación entre mente y Derecho,

---

*concepciones, se construyen las sondas con las que en cada caso se busca la libertad”* (HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: InDret, no.1 (2011). Pg. 7); “*Tampoco existe un concepto general de libertad que flote encima de todas las ciencias”* (El mismo, pg. 8).

<sup>19</sup> Así para PÉREZ MANZANO, M. Ob. cit. 2011. Pg. 9: “*por consiguiente, el punto de partida que adopto es que el Derecho penal no puede desconocer las aportaciones científicas relativas a la conducta humana, procedan de la Neurociencia o de otras ciencias, sean éstas ciencias sociales o ciencias puras; igualmente relevantes son las aportaciones de la Filosofía de la mente para analizar el lado subjetivo de la conducta humana, como también la Filosofía moral aporta elementos fundamentales para la comprensión de la conducta humana.*”

<sup>20</sup> En otras palabras: “[n]o existe una «probeta» que demuestre negro sobre blanco que la libertad existe o deja de existir”. DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013a. Pg. 251.

*dependerá de la propia concepción de la mente. (...) [A]ntes de que la neurociencia pueda decirnos algo, debemos tener alguna idea sobre qué es exactamente lo que la neurociencia está destinada a analizar*<sup>21</sup>. No cabe duda de que para un debate serio, coherente y útil sobre el papel de los avances neurocientíficos en la dogmática penal es necesaria, ante todo, *“la capacidad de construir una teoría de la mente”*<sup>22</sup>. Consciente de ello, este acápite presenta el problema de forma tal que invite a reflexionar en torno a cómo se concibe la mente humana y qué repercusiones tiene para la respuesta que finalmente se le dé a la cuestión.

En lo que sigue se busca defender que, aun cuando las conclusiones a las que arriban las neurociencias no necesariamente ponen punto final a los problemas en el ámbito jurídico-penal, *“sí los informa, los ajusta y los revisa, de modo que esos problemas a veces se disuelven, y a veces se pueden solucionar mediante reflexión filosófica ulterior”*<sup>23</sup>. Como acertadamente destaca DEMETRIO, el error categorial al que apunta HASSEMER aplica en ambos sentidos, y sería tan pernicioso para una discusión fructífera el aceptar que las ciencias duras tienen la última palabra, como el pretender que juristas o filósofos la tengan<sup>24</sup>. Tal y como lo explica PÉREZ MANZANO, *“el Derecho penal no puede vivir al margen de los conocimientos científicos, si bien entiende que la toma en consideración de las aportaciones de la Neurociencia no implica necesariamente la modificación del modelo de fundamentación del Derecho penal”*<sup>25</sup>.

Sobre este pilar se erige la presente investigación. En las páginas siguientes se buscará la presentación del debate desde una óptica basada en cómo entendemos la mente y qué implicaciones tiene eso a la hora de contrastar argumentos y

---

<sup>21</sup> PARDO, Michael y PATTERSON, Dennis. Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. En: *InDret*, no. 2 (abril de 2011). Pg. 42.

<sup>22</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2011. Pg. 11.

<sup>23</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013b. Pg. 21.

<sup>24</sup> “En otras palabras, ¿qué nos legitima para decir que las Neurociencias no deberían opinar sobre las bases de imputación de la responsabilidad jurídico-penal?, ¿qué nos hace pensar que ellas deberían ocuparse de lo suyo y nosotros de lo nuestro? Desde luego no creo que sea suficiente aducir que nuestros métodos de investigación son diferentes, sino que, en todo caso, estamos obligados a revisar nuestros planteamientos si es necesario, y a ofrecer respuestas” (DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013b. Pg. 38). También: *“que se trate de una determinación normativa de la responsabilidad, no quiere decir a mi juicio que deba tratarse al mismo tiempo, de un juego que solo se atiene a sus propias reglas”* (DEMETRIO, Ob. cit., 2011. Pg. 4. En el mismo sentido: SERRANO-PIEDCASAS/DEMETRIO-CRESPO. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal. En: CARBONELL MATEU et al. (ed.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, 2009*, pp. 1771 y ss.)

<sup>25</sup> PÉREZ MANZANO, M. Ob. cit., 2011. Pg. 8.; LA MISMA. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. En : DEMETRIO, E. (dir.). Ob. cit., 2013b. Pg. 105 y ss.

contraargumentos en torno al papel que ocupan las neurociencias en el discurso jurídico-penal.

VIVES ANTÓN acertadamente destaca que la “amenaza” de las neurociencias no se limita a poner en tela de juicio la culpabilidad, sino que irremediabilmente va mucho más allá: “*todo el lenguaje de la acción quedaría deslegitimado por ella*”<sup>26</sup>. Quizás por ello no sea pertinente limitar los fines de este trabajo a tal categoría dentro de la teoría material del delito. Sin embargo, curiosamente ha sido con ocasión de aquella como se ha desarrollado gran parte de la discusión entre neurocientíficos y juristas. Consciente de que es inevitable referirse a aspectos tradicionalmente estudiados en sede de culpabilidad, este escrito no se reduce a ella y en eso ya se diferencia de algunas publicaciones recientes sobre el tema en el sistema continental<sup>27</sup>, asemejándose más al trato que ofrece la doctrina anglosajona<sup>28</sup>.

En las siguientes páginas se presenta el estado actual de la discusión sobre el papel que ocupan las neurociencias en el sistema jurídico-penal, mostrando algunas de las falacias y vacíos argumentativos más comunes e intentando explicarlos desde la perspectiva de la filosofía de la mente. En últimas, se busca abordar el debate desde un enfoque que invite a la reflexión sobre temas que, como el de la relación mente-cuerpo,

---

<sup>26</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. En: DÍEZ RIPOLLÉS et al (eds.), LH-Cerezo Mir, 2002, p. 232. Citado por: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximaciones al moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, No. 2 (abril, 2011). Pg. 30. Más recientemente: VIVES ANTÓN, Tomás. Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica. En: DEMETRIO, E. (dir.). Ob. cit., 2013b. Pgs. 219 y ss.

<sup>27</sup> Por ejemplo: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. En: InDret, no. 3 (julio de 2012); HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: InDret, no.1 (2011); FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad jurídico-penal y Neurociencias. En: DEMETRIO, E. (Dir.). Ob., cit., 2013b. ; EL MISMO. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: InDret, 2 (abril, 2011). EL MISMO. La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho. En: ADPCP, Vol. LXV (2012).

<sup>28</sup> Entre las publicaciones más recientes: JONES, Owen, WAGNER, David, FAIGMAN, David y RAICHLE, Marcus. Neuroscientists in court. En: Nature, Vo. XIV (octubre, 2013). Pgs. 730 y ss.; GINTHER, Matthew et al. The Language of Mens Rea. En: Vanderbilt Law Review (octubre, 2014). Pgs. 1327 y ss.; JONES, Owen et al. Brain scans as evidence: truth, proofs, lies and lessons. En: Mercer Law Review, no. 62 (2011). Pgs. 861 y ss. MORSE, S y ROSKIES, A (eds.) A Primer on Criminal Law and Neuroscience. Oxford: Oxford University Press, 2013. FREEMAN, M. y GOODENOUGH, O. (eds). Law, Mind and Brain. Ashgate: 2009); GOODENOUGH, Oliver. (ed.). Law and the Brain. Oxford: Oxford University Press, 2006. GAZZANIGA, M. The law and neuroscience. En: Neuron, no. 60 (2008). Pgs. 412 y ss. GREENE, Joshua y COHEN, Jonathan. For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. En: Philosophical Transactions of the Royal Society , no. 359 (2004). Pgs. 1775 y ss. También en: GOODENOUGH, Oliver. (ed.). Law and the Brain. Oxford: Oxford University Press, 2006. GREELY, H. Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment. En: Kansas Law Review, no. 56 (2008). Pgs. 1103 y ss.

aún no han sido suficientemente desarrollados por la doctrina penal<sup>29</sup>. Para los fines de este trabajo basta, entonces, con ofrecer una visión de la libertad que surja directamente de cómo se entiende la mente con respecto al cerebro y que permita apreciar las repercusiones que ello tiene en el alcance que se le dé al papel de las neurociencias en el Derecho penal.

Habiendo establecido esto, lo primero que cabe destacar del estado actual de la discusión es que se encuentra notablemente trabada en torno a un aspecto central: defender o rebatir las conclusiones de neurocientíficos que, como ROTH, SINGER o PRINZ, pretenden reevaluar la vigencia actual del tradicional concepto de libre albedrío que maneja el Derecho penal. Para empezar, es conveniente revisar la forma como en algunos de los más recientes escritos se está caracterizando el problema.

De forma general, la situación que ha motivado en la última década decenas de artículos académicos sobre el papel de las neurociencias en el Derecho penal se reduce, según PÉREZ MANZANO, a que “[l]as Neurociencias habrían refutado la tesis de que el ser humano actúa de forma libre y voluntaria”<sup>30</sup>. Tal y como presenta el panorama DEMETRIO CRESPO, “las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la neurobiología (...) parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección de actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad sería una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro”<sup>31</sup>.

Parecida es la caracterización hecha por el profesor HASSEMER, según el cual “científicos experimentales como representantes de las neurociencias (...) sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales”<sup>32</sup>. Para FEIJOO SÁNCHEZ “[l]as neurociencias vienen demostrando que es precisamente nuestra ‘ceguera’ ante

---

<sup>29</sup> Vale la pena advertir que el sistema anglosajón se ha ocupado considerablemente más del tema que el continental, como lo muestran obras como la de PARDO, M. y PATTERSON, D. Ob. cit., 2011. Sin embargo, destacan en nuestra doctrina recientes contribuciones que, como la de PÉREZ MANZANO, M. Ob. cit., 2011 o la de DEMETRIO, E. Ob. cit., 2014, muestran un creciente interés sobre el tema.

<sup>30</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. En: InDret, 2 (abril de 2011). Pg. 2.

<sup>31</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2011. Pg. 2-3.

<sup>32</sup> HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: InDret, no.1 (2011). Pg. 21.

*determinados fenómenos lo que se encuentra en el origen de la sensación de que todo depende de nuestra voluntad libre y consciente*<sup>33</sup>.

Por su parte, LUZÓN PEÑA, entiende que la discusión parte de que *“para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias, la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe*<sup>34</sup>. En el mismo sentido, LUZIA FÄH y sus colaboradores, destacan que *“los últimos hallazgos han hecho que diversos investigadores del cerebro vuelvan a defender la tesis de que el hombre carece de libre albedrío, y de que, en general, la conducta punible tiene su origen en déficit neurobiológicos. Distintos experimentos han demostrado que la actividad neuronal precede al acto voluntario percibido como consciente*<sup>35</sup>.

Como es evidente, el problema al que apunta la mayoría de los autores tiene que ver con la perspectiva materialista, reduccionista o fisicalista desde la cual los neurocientíficos abordan la cuestión sobre el libre albedrío. Podría decirse que lo que las neurociencias afirman es que *“todos nuestros estados mentales están causados por procesos neurobiológicos que tienen lugar en el cerebro, realizándose en él como rasgos suyos de orden superior o sistémico*<sup>36</sup>. Sin embargo, ello no es del todo acertado.

En puridad, esta relación de causalidad afirmarían un dualismo entre estados mentales y procesos neurobiológicos inaceptable para quien defienda un materialismo eliminativo. Como se verá, la falta de precisiones como esta a la hora de embarcarse en el debate se encuentra detrás de algunas de las más evidentes falacias argumentativas.

Una de las formas para rebatir la fuerza de las conclusiones de los neurocientíficos en el debate penal es achacarles un pobre grado de fiabilidad. Así, se encuentran críticas que tienen que ver con las falencias que las propias neurociencias atribuyen al grado de precisión que permiten sus instrumentos y, por ende, al grado de fiabilidad que

---

<sup>33</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. Ob. cit., 2012. Pg. 105.

<sup>34</sup> LUZÓN PEÑA, D. Ob. cit., 2012. Pg. 20, refiriéndose a la cita original de DEMETRIO en: DEMETRIO, E. Ob. cit., 2011.

<sup>35</sup> FÄH, Luzia. ¿Un nuevo determinismo? La exclusión de las relaciones probabilísticas y de las influencias situacionales en los enfoques neurocientíficos. En: BUENO ARÚS, Francisco et al (dirs.). Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Madrid: Dykinson, 2006. Pg. 227.

<sup>36</sup> SEARLE, John. Libertad y neurobiología. Barcelona: Paidós, 2005. Pg. 29.

representan sus conclusiones dado el estado actual del avance tecnológico. Como ejemplo:

*“los propios neurobiólogos (...) advierten que la investigación sobre el cerebro acaba de empezar a ocuparse del mundo de las emociones, y que todavía no se dispone de las herramientas necesarias para el análisis del complejo sistema sobre el que se basan la toma de decisiones y las acciones”*<sup>37</sup>. O también: “[a]un cuando se concediera que el cerebro funciona de manera determinista resultaría imposible hoy por hoy describirlo y entenderlo en toda su complejidad”<sup>38</sup>.

Estas formas de cuestionar el valor de los aportes de estas ciencias para la discusión penal tienen en su contra la cada día más evidente realidad del avance exponencial del estado de la tecnología, lo que supondrá que más temprano que tarde los neurocientíficos contarán con herramientas que permitan estudiar el cerebro con un margen de error en sus apreciaciones lo suficientemente cercano a cero como para descartarlo. Son, por ello, mucho más interesantes las réplicas que, asumiendo la veracidad de las conclusiones y la fiabilidad epistemológica de las mismas, buscan refutarlas asumiendo que no describen adecuadamente cómo funcionan las cosas.

Repárese en el contenido de la siguiente afirmación: “[l]as neurociencias han confirmado la brillante intuición de Spinoza cuando afirmaba que nuestra sensación de libertad no es más que una consecuencia de nuestra ignorancia respecto de los mecanismos que nos determinan”<sup>39</sup>. Es, de entrada, curioso el reiterado recurso a una especie de desdoblamiento del agente que se refiere a “nuestra sensación”, “nuestra ignorancia”, “nos determinan”. Más que una limitación del lenguaje, como se demostrará, ello se debe a que no es fácil desprenderse del dualismo ni siquiera a la hora de explicar el punto de vista neurocientífico, y ello incide notoriamente en los contraargumentos que buscan rebatir sus conclusiones.

Uno de los puntos neurálgicos de la discusión suele referirse a los alcances del famoso experimento de BENJAMIN LIBET, según el cual “la realización de cada acto consciente voluntario se encuentra precedida por procesos cerebrales especiales inconscientes que empiezan alrededor de 500 ms antes del acto”<sup>40</sup>. Este fue el gran

---

<sup>37</sup> HILLENKAMP, JZ, 2005, p. 313 citado por: DEMETRIO, E. Ob. cit., 2011. Pg. 21

<sup>38</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013a. Pg. 246.

<sup>39</sup> FEJOO SÁNCHEZ, B. Ob. cit., 2012. Pg. 105.

<sup>40</sup> LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. En: *The Behavioral and Brain Sciences*, 8:4 (1985), Cambridge University Press. Pgs. 536.

descubrimiento neurocientífico de la segunda mitad del siglo pasado que ocupó, junto al caso GAGE y al cerebro de BROCA, las referencias de los artículos académicos que difundían a otras disciplinas la importancia de las neurociencias como *veritatis splendor* ante el oscuro misticismo que nutría la psicología popular.

Para ROTH, ello se traduce en que “*el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales*”<sup>41</sup>. Este y otros descubrimientos han llevado a la precitada conclusión de que las neurociencias pueden probar que la libertad de voluntad y de decisión no existe. O, en otras palabras, que “*no es el hombre, sino su cerebro, el que genera las decisiones conscientes*”<sup>42</sup>. Sin embargo, ¿qué significa eso?

Para aceptar que la libertad de voluntad no existe, antes hay que adoptar una postura sobre la naturaleza de los estados mentales. Ello es trascendental, pues si de antemano se adopta un materialismo eliminativo no hay razón por la cual haya de contarse en un principio con una explicación de la “libertad de voluntad” por fuera de los procesos neuronales que, más que originarla, son en lo que ella consiste. En definitiva, una reflexión en torno a la forma como se concibe la relación entre la mente y el cerebro puede que entregue una perspectiva en la cual sea incongruente hablar de la conciencia por fuera del último.

Pero un realista podría disentir. Es más, podría encontrar en la posibilidad de que las neurociencias prueben que tal cosa no existe una petición de principio: la “*no existencia*” de estados mentales por fuera de la explicación del cerebro es lo que caracteriza al materialismo eliminativo. Si un realista afirma que la voluntad tiene existencia como estado mental en un plano más allá del físico, dudosamente un experimento sobre el cerebro lo convencerá de lo contrario, pues seguirá postulando – con razón- que ello muestra sólo el reflejo de la interacción física<sup>43</sup>. Y esto no es de

---

<sup>41</sup> ROTH, Gerhard. La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. En: RUBIA (dir.), Ob. cit., 2009. Pgs. 103 y ss. Versión original en: ROTH, Gerhard. *Worüber dürfen Hirnfoscher reden*. En: GEYER, C. (ed.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. Pg. 73 y ss.

<sup>42</sup> FÄH, L. Ob. cit., 2006. Pg. 227.

<sup>43</sup> Similar a lo que ocurre en la argumentación de HASSEMER sobre las limitaciones de las neurociencias en torno al concepto de libertad: “Algunas de estas ciencias son capaces de medir el reflejo de la libertad, como, por ejemplo, las vivencias de libertad de los seres humanos, o su tristeza por una salida frustrada a campo abierto. Sin embargo, la libertad en cuanto objeto de investigación no pasa a ser accesible por ello para estas ciencias; sólo reciben una información mediata – tan sólo la vislumbran” (HASSEMER, W. Ob. cit., 2011. Pg. 8).

menor importancia, pues apunta al mayor impedimento para que los contraargumentos tengan vocación de rebatir los postulados a los cuales se dirigen.

Tómese como ejemplo la siguiente réplica:

*“el propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, Libet, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: ‘la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes’ y concluye que tan no demostrado está el determinismo como el indeterminismo”<sup>44</sup>.*

Nuevamente, gracias a una reflexión sobre la naturaleza de lo que es un estado mental se puede apreciar o bien la redundancia, o bien la contradicción en este argumento. Decir que la “voluntad consciente” puede afectar de alguna forma a los procesos neuronales inconscientes es, quizás, la forma más clara de afirmar un dualismo. Si se afirma la relevancia de los procesos neuronales como forma de demostrar el determinismo, no tiene sentido postular una entidad metafísica que interviene en ellos como forma de demostrar el indeterminismo. O se es dualista o se es monista con respecto a lo que el hombre tiene en la cabeza, pero decir que “*la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad*” es directamente redundante o contradictorio: será redundante para un realista, pero contradictorio para un materialista.

El problema es que en el estado actual de la discusión una de las más graves falencias tiene que ver con la lectura dualista de los resultados ofrecidos por quien mantiene una perspectiva monista de la relación mente-cerebro, lo cual lleva a interpretaciones confusas o incluso contradictorias del sentido real de los descubrimientos de las neurociencias. Similar a las cadenas argumentativas que se han venido exponiendo, LUZIA FÄH introduce la cuestión como que:

*“Algunos investigadores cerebrales se basan en los resultados de los experimentos de Libet et al. (1983), y consideran que el libre albedrío no existe y que el individuo no actúa por decisión propia, sino como le «ordena» su cerebro”<sup>45</sup>.*

Decir que el cerebro le ordena algo al individuo es, de entrada, caracterizar falazmente las conclusiones presentadas por un sector que, como postulado filosófico, rechaza rotundamente esta o cualquier otra forma de dualismo según la cual hay alguna entidad metafísica paralela a los procesos bioquímicos cerebrales. Si esta es la

---

<sup>44</sup> ROXIN, AT, t.I, 4a ed., 2006, § 19/43 s., refiriéndose a LIBET, en GEYER (ed.), Ob. cit., 2004, Pg. 268 y ss., en particular pgs. 277 284. Citado por: LUZÓN PEÑA, D. Ob. cit., 2012. Pg. 22

<sup>45</sup> FÄH, L. Ob. cit., 2006. Pg. 228.



caracterización del problema, difícilmente se puede ofrecer una respuesta al mismo que sea coherente con los presupuestos filosóficos sobre la naturaleza de la mente asumidos por la contraparte.

Como es natural, una tal lectura de los resultados del experimento de LIBET inmediatamente lleva al lector a formular un problema que a todas luces es falaz, a saber: “¿Se le pueden exigir responsabilidades a un delincuente por sus acciones si su cerebro le ‘ordena’ cometer el delito?”<sup>46</sup>.

Pese a que un breve repaso sobre las implicaciones del materialismo eliminativo como el punto de partida de muchos neurocientíficos ofrece suficientes razones para repudiar esta formulación del problema, así se encuentra –sin duda- en el trasfondo del debate y ha permeado el imaginario colectivo sobre lo que significan las conclusiones de este y otros estudios. Esto ha calado en la argumentación un vacío que sólo puede ser llenado advirtiendo sobre las distintas concepciones de lo mental que inciden en la discusión.

Otras formas de replicar a las conclusiones de las neurociencias permiten apreciar aún más la importancia de considerar los postulados filosóficos sobre los cuales se erige una particular concepción de los estados mentales. Nótese la siguiente proposición:

*“las investigaciones de la moderna antropología y psicología comparando la conducta humana con la animal ponen de manifiesto que el hombre, con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética, es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y por ello que no hay determinación biológica general del hombre”<sup>47</sup>.*

O,

*“Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley*

---

<sup>46</sup> Ibid. pg. 228.

<sup>47</sup> LUZÓN PEÑA, D. Ob. cit., 2012. Pg. 24. Refiriéndose a las siguientes obras: LANGE, «Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform», en VON CAEMMERER/FRIESENHAHN/ LANGE (eds.), *FS-DJT*, 1960, pp. 345 y ss.; EL MISMO, «Die moderne Anthropologie und das Strafrecht», en FREY (ed.), *Schuld-Verantwortung-Strafe*, 1964, pp. 277 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 116 y ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11a ed., 1969, pp. 142 y ss.; ROXIN, *Problemas básicos en el Derecho Penal*, 1976, pp. 13 y s., p. 27 (en n. 23: A R. LANGE le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas investigaciones antropológicas); JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5a ed., 1996, pp. 409 y ss.; EL MISMO, *PG*, 2002, pp. 369 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t.III, 2001, pp. 40 y s.

*causal ciega de la naturaleza, incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser*”<sup>48</sup>.

La postulación de la existencia de lo que sea la “conciencia ética” como una entidad reguladora del control de impulsos *mediante* algunos estados mentales es, en breve, la descripción cartesiana de la interacción entre *res extensa* y *res cogitans*. De ser ello así, difícilmente sería algún parámetro la comparación del hombre con el animal cuando este último, de entrada, se caracteriza por la ausencia de este tipo de conciencia. Una réplica a la determinación biológica general del hombre no puede ser que es diferente a los demás animales porque tiene razón y valores que inciden sobre los impulsos pues, como se explicó con anterioridad, para quienes defienden un reduccionismo fisicalista aquello también puede reducirse a un conjunto de impulsos.

Pero, pese a la incongruencia de intentar rebatir las conclusiones arribadas por quien mantiene una perspectiva materialista alegando la existencia de un dualismo entre mente-cuerpo, esta es una de las formas más frecuentes de restarle importancia a los descubrimientos de las neurociencias para quien se ocupa del Derecho penal. El dualismo entre “sujeto-cuerpo”, “mente-cerebro”, “voluntad-impulso” o como quiera formularse es difícilmente prescindible, en especial si en los escritos que sobre el tema de las neurociencias se ocupan no se dedica un espacio a esta consideración. A decir verdad, son varias las formas de dualismo que, sin aludir expresamente a él, lo anteponen como barrera frente a los argumentos de corte monista.

Por ejemplo,

*“otro resultado que también habría alcanzado el propio LIBET en experimentos posteriores, según el cual entre el momento en el que el sujeto cree tener consciencia de querer hacer algo y el momento de ejecución del acto voluntario todavía hay una fracción de tiempo de unos 100 ms, medida en términos de actividad cerebral, durante la cual el sujeto sometido al experimento podría vetar el acto voluntario”*<sup>49</sup>.

Deja mucho que desear afirmar que el sujeto pueda “vetar” el acto voluntario. ¿Exactamente cómo? Queda en el imaginario colectivo la renuente idea de que en alguna medida *existe* una sustancia inmaterial –la voluntad- que permite “alterar” los procesos neuroquímicos que, de otra forma, hubieran producido tal o cual comportamiento. Lo que este tipo de lecturas olvida es que “[c]uando un materialista se

---

<sup>48</sup> LUZÓN PEÑA, D. Ob. cit., 2012. Pg. 35.

<sup>49</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tiempo de la consciencia y de la libertad de voluntad. En: DEMETRIO, E. (dir.). Ob. cit., 2013b. Pgs. 105-135. Citada por: DEMETRIO, E. Ob. cit., 2014. Pg. 116.

*pregunta ‘¿Fue él o fue su cerebro?’ , la respuesta es ‘son uno y el mismo’. Para los materialistas, tú eres tu cerebro”*<sup>50</sup>.

Y sin embargo, frecuentemente se encuentran en la doctrina postulados como:

*“la neurociencia nos dice que, en el momento en que el individuo experimenta algo conscientemente, el cerebro ya ha hecho su trabajo. Cuando somos conscientes de que hemos tomado una decisión, el cerebro ya ha inducido ese proceso”*<sup>51</sup>.

¿Quiénes “somos conscientes” de que el cerebro ya hizo su trabajo? ¿Los fantasmas que operan detrás de la máquina? Esta forma de entender los aportes de las neurociencias, tan generalizada entre los juristas, ha llevado a la acertada réplica de GREEN y COHEN: “¿Era él, o eran sus circunstancias? ¿Era él, o fue su cerebro? Pero lo que la mayoría de gente no comprende, pese a que los filósofos naturalistas y científicos han estado diciéndolo durante siglos, es que no existe un “él” independiente de estas otras cosas”<sup>52</sup>.

Este discurso dualista, tácito pero al tiempo muy evidente, impregna la argumentación de quien de esta forma se opone al reduccionismo fisicalista de las neurociencias. Quizás uno de los más acérrimos defensores del dualismo como forma de reivindicar la libertad de voluntad frente al yugo determinista de la bioquímica neuronal es LUZÓN PEÑA, quien en su nueva postura frente al asunto estima que es “ridículo” siquiera plantear que en ciertos casos los agentes no son libres. En su visión:

*“hay que destacar que la discusión sobre si no es demostrable la libertad de voluntad se suele plantear pensando en crímenes o delitos muy graves como los de sangre, violentos o los sexuales, donde ciertamente puede surgir la duda de si el hecho no ha sido determinado más bien por impulsos inconscientes o incontrolables que por la voluntad consciente (...), resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, (...), en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales, por lo que resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o al menos no*

---

<sup>50</sup> PARDO, M. y PATTERSON, D. Ob. cit., 2011. Pg. 10.

<sup>51</sup> GAZZANIGA, Michael. El cerebro ético. Barcelona: Paidós, 2006. Pg. 100.

<sup>52</sup> GREENE, Joshua y COHEN, Jonathan. For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. En: GOODENOUGH, O. (ed.). Ob. cit., 2006. Pg. 213.

*es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y por tanto no les es reprochable*<sup>53</sup>.

Como se ve, se parte de un dualismo cartesiano, un realismo frentero que da por sentada la existencia de un segundo plano en el cual opera la mente humana capaz de incidir de forma directa frente a los impulsos corporales. Una visión que, sin decirlo, recurre a la idea de *qualia* como máxima expresión de la íntima individualidad intransferible e inherente a la experiencia mental que no se explica apelando a las coincidencias en la estructura cerebral de los distintos agentes que experimentan la realidad. Esta idea necesariamente conlleva la conclusión de que *“la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos, a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible”*<sup>54</sup>.

Como se ha reiterado, no hay impedimento para que el pensador adopte la concepción de la relación entre la mente y el cuerpo que más le convenza, pero es inviable pretender que ella sea oponible a la contraparte. Algunos argumentos presuponen que el interlocutor mantiene la misma concepción de la mente, que involucra dualidad de planos, *qualia* y estados mentales que inciden sobre procesos corporales. No obstante, reflexionando en torno al asunto, parece ser que para quien no comparta una visión realista de los estados mentales no hay razón que obligue a estudiar a la totalidad de los individuos antes de extrapolar las conclusiones obtenidas. Un neurocientífico, que parta de una visión fiscalista de la mente, estudiaría el cerebro en tanto su estructura es común a todos los seres humanos y, lo que es más, no tendría por qué no hacerlo, pues no *existiría* nada más allá de éste.

Como sea, esta visión surge como oposición clara frente al pensamiento de neurocientíficos quienes, como Singer, sostienen que *“[e]n la medida en que [las neurociencias] suministran de modo creciente pruebas convincentes de que los cerebros*

---

<sup>53</sup> LUZÓN PEÑA, D. Ob. cit., 2012, pg. 33. Sobre el planteamiento del tema para delitos especialmente graves, explica la prof. PÉREZ MANZANO que *“respecto de la delincuencia especialmente violenta, los neurocientíficos sostienen que cada vez hay más evidencia científica de que los autores de determinados delitos violentos presentan alteraciones en el funcionamiento de ciertas áreas cerebrales, de modo que no parece fundado sostener que han cometido el delito por decisión voluntaria y controlando en todo momento su propia conducta, siendo más ajustada la idea de que la propia configuración y funcionamiento cerebral constituyen los factores determinantes, o, al menos preponderantes, de la actuación de los delincuentes especialmente violentos”*. (PÉREZ MANZANO, M. Ob. cit., 2011. Pg. 4. Refiriéndose a: ROTH, G./LÜCK, M./STRÜBER, D., en LAMPE/PAUEN/ROTH, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Surkamp, 2008, p. 137; MOBBS, D./LAU, H. C./JONES, O./FRITH, C. D., “Law, responsibility and the brain” PLoS Biology 5 (4), 2007, pp. 693 y ss., disponible en <http://ssrn.com/abstract=982487>).

<sup>54</sup> LUZÓN PEÑA, D. Ob. cit., 2012, pg. 34.

*humano y animal apenas se diferencian (...) la afirmación de la dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos*”<sup>55</sup>. Como bien lo ha demostrado la postura de LUZÓN PEÑA en el debate, se encuentran varias razones para rechazar este tipo de argumentos. La principal tiene que ver, nuevamente, con la filosofía de la mente: partir de una concepción fisicalista de la mente que la reduce al estudio del cerebro, ni es *a priori* válido ni universalmente aceptable. En otras palabras, el materialismo eliminativo, con su reduccionismo fisicalista de la mente y el estudio neurocientífico del cerebro, no es la única perspectiva posible para entender al ser humano.

Otra de las formas con las cuales se pretende eludir las supuestas consecuencias que los postulados de las neurociencias tendrían para el Derecho penal consiste, paradójicamente, en resaltarlas. Este conjunto de argumentos y contraargumentos parte de que la aceptación de un determinismo tal y como lo plantean algunas conclusiones de estudios sobre el funcionamiento del cerebro acarrearía una aniquilación total de la vida en sociedad tal y como se conoce:

*“Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción”*<sup>56</sup>.

Esta afirmación suele ir de la mano con otra, que invita a reflexionar sobre las consecuencias que tendría esto para la eficacia del sistema jurídico y otros sistemas normativos de atribución de responsabilidad:

*“la negación de la libertad y de la responsabilidad personal derivada de su uso sería perturbadora y disfuncional, de consecuencias catastróficas para la sociedad y el Derecho, (...) pues la educación y los mecanismos de contención no funcionarían si*

---

<sup>55</sup> SINGER, Tania. En: GEYER (ed.), *Ob. cit.*, 2004, p. 37.

<sup>56</sup> HASSEMER, W. *Ob. cit.*, 2011. Pg. 9. Según este autor, también hay que tener en cuenta que el Derecho penal “[n]o puede suspender sus enjuiciamientos hasta la conclusión de la discusión en torno al libre albedrío, que puede durar décadas o siglos, y esto significa: no puede dar por válido el determinismo” (HASSEMER, W. *Ob. cit.*, 2011. Pg. 3).

*las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan*<sup>57</sup>.

Según esta visión, *“la educación y los mecanismos sociales y jurídicos de contención de hechos gravemente antijurídicos no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan”*<sup>58</sup> y ello se debe, naturalmente, a que *“(…) la mayoría de los delincuentes, (…) estarían muy satisfechos, se burlarían y se crecerían ante el panorama de una sociedad y un ordenamiento que consideraran que, con seguridad o posiblemente, los ‘pobres’ no actuaban libremente al delinquir”*<sup>59</sup>.

Este es el contraargumento según el cual, dado que se es libre, la negación de la libertad haría que se pudiese burlar la ley y salir libre de toda consecuencia. Sin embargo, olvida que para evitar caer en falacias, la construcción de argumentos que pretendan rebatir las implicaciones que tendría aceptar un determinismo biológico debe hacerse de cara al punto de partida de la contraparte, teniendo en cuenta los postulados filosóficos sobre los que erige su modelo del mundo y encontrando en ellos inconsistencias que, de no existir, tendrían que llevar a admitir que su posición es, al menos, igual de válida que la que se le pretende oponer.

Iguales consideraciones merecen algunas de las formas más difundidas para rebatir las posiciones “dualistas” que critican las conclusiones de los neurocientíficos: el argumento según el cual el método científico no ha podido comprobar la existencia de esta entidad inmaterial a la que llamamos “mente” ni cómo interactúa sobre la materia que llamamos “cuerpo”. Tómese como ejemplo una de sus más recientes apariciones:

*“ninguna de las fuerzas que existen en la naturaleza (gravitatoria, nuclear fuerte, nuclear débil y electromagnética) explica cómo un ente inmaterial podría actuar sobre la materia, esto es, cómo la mente daría órdenes al cerebro para que éste pusiese en marcha los actos motores que nos llevan de un lado a otro y que nos permiten hablar y escribir”*<sup>60</sup>.

Esta construcción, pese a ir a favor de las neurociencias, es igualmente falaz que aquellas que se han expuesto anteriormente en su contra. De hecho, tiene que ver con el

---

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. Problemas básicos en el Derecho Penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. Pg. 27. También en: LUZÓN PEÑA, Ob. cit., 2012. Pg. 27.

<sup>58</sup> LUZÓN PEÑA, Ob. cit., 2012, Pg. 37.

<sup>59</sup> Ibid. pg. 38.

<sup>60</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2014. Pg. 119.

aludido error categorial que HASSEMER destaca<sup>61</sup>. Pero además, también es el reflejo de una imposición de una perspectiva de la relación mente-cuerpo sobre otra. En esta oportunidad, se alega que ninguna de las fuerzas que rige al cuerpo permite explicar la naturaleza de la mente o cómo esta interactúa sobre aquel. Y los dualistas estarán de acuerdo, pues ello no es un argumento a favor del reduccionismo fiscalista más de lo que es un postulado del realismo cartesiano.

Trabado en una discusión entre realistas, materialistas y algunas formas intermedias, se encuentra el estado actual del debate doctrinario sobre la relevancia que tienen las conclusiones del estudio neurocientífico para el Derecho penal. Encantados por el “*canto de sirena*”<sup>62</sup>, algunos juristas se apresuran a entrar en un debate cuyas dimensiones aún no se acaban de comprender y buscan refutar conclusiones de estudios científicos que, de entrada, puede que ni siquiera les incumban. Da la impresión, ante este breve recuento de algunos de los argumentos más frecuentes de uno y otro lado, que la solución de la tensión entre neurociencias y Derecho penal no está en la afirmación o negación de las conclusiones arribadas por aquella sino en su correcta interpretación e integración a partir de consideraciones en torno a la filosofía de la mente.

Para ello, como se ha venido demostrando, es indispensable una adecuada comprensión de lo que se encuentra en el trasfondo de esta disputa: una particular concepción del ser humano o, de manera más precisa, de la relación entre la mente y el cuerpo. Y la solución de esta disputa no requiere una comprobación empírica del asunto, sino sólo la más sana claridad en torno al punto de partida adoptado por los participantes del debate.

“*Ahora bien, la pregunta acerca de si un modelo "monista" de Derecho penal es necesariamente mejor o peor que uno "dualista" (...) es una bien distinta*”<sup>63</sup>. Independientemente de si las conclusiones contemporáneas de los estudios realizados por neurocientíficos son fieles o no al funcionamiento real del cerebro, lo que en adelante se presenta es un modelo *alternativo* sobre la naturaleza de lo que llamamos

---

<sup>61</sup> HASSEMER, W. Ob. cit., 2011. Pgs. 6 y ss.

<sup>62</sup> HASSEMER, W. Ob. cit., 2011. Pgs. 1-14. Como bien lo apunta HASSEMER, “Que estemos tan divididos y desorientados frente a los neurocientíficos tiene sus razones: no participamos de los avances y retrocesos de su trabajo de investigación; a nosotros sólo nos llegan, de vez en cuando, algunas de las conclusiones.” (Pg. 4).

<sup>63</sup> DEMETRO, E. Ob. cit., 2013b. Pg. 30.

“mente” y cómo se relaciona con el cuerpo o, más precisamente, con el comportamiento humano. Es, ante todo, una invitación a reflexionar sobre este y otros asuntos que prometen extender el horizonte del debate y ofrecer un concepto de lo mental que permita al Derecho penal reinterpretar el papel que desempeñan las neurociencias, y otras áreas del saber, dentro del funcionamiento de su sistema.

### **LA PROPUESTA FUNCIONALISTA<sup>64</sup>**

Tal y como quedó mostrado en el anterior acápite, la discusión entre juristas y neurocientíficos parece estar trabada, revolucionando en torno a un punto cuya solución no parece estar en una comprobación empírica de la situación sino en un adecuado entendimiento de las categorías dogmáticas que se emplean en el discurso. Por esta razón, la postura que se adopta sobre el particular no supone una negación del materialismo, ni una defensa del realismo; en realidad, no está ni a favor ni en contra de ninguna de las anteriores escuelas de pensamiento reseñadas.

Por el contrario, en este escrito se defiende una perspectiva diferente, que lejos de contraponerse a las que tradicionalmente se han adoptado dentro del debate, pretende encontrar sus puntos de coincidencia al tiempo en que sopesa los verdaderos alcances de cada una y sus implicaciones reales para el sistema jurídico penal. No se busca, entonces, definir qué es “mente”, “voluntad” o “libertad”, sino determinar qué utilidad tienen estos conceptos para la operatividad del sistema que sobre ellas se erige. El funcionalismo, en breve, empieza por la pregunta “¿de qué sirve hablar de entidades mentales en el Derecho penal?”.

Entre el realismo, el conductismo y el materialismo opera una especial forma de dualismo<sup>65</sup>. Para algún sector de la doctrina, la mente puede caracterizarse de forma

---

<sup>64</sup> Ha de aclararse que, aunque pueda ser acogida por los defensores del “Normativismo” o “Funcionalismo Radical” como escuela de la teoría material del delito, la noción de libertad en sentido funcional que aquí se propone no se refiere a aquella propuesta por JAKOBS cuya “*idea esencial*”, según FEJOO, es que “*la libertad depende de la función a desempeñar, dependiendo del fin de la pena y de la configuración concreta de la sociedad correspondiente*” (Vid.: JAKOBS, Günther. ZStW 101, pp. 516 ss.; Pg. 17/3, 18 ss.; *Schuldprinzip*, pp. 26 ss. Citados por: FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho. En: ADPCP, Vol. LXV (2012). Pg. 106).

<sup>65</sup> Aclaración importante: pese a que múltiples trabajos que sobre filosofía de la mente se ocupan suelen oponer el funcionalismo al dualismo, me parece que ello es impreciso. Si por dualismo entendemos “dualismo cartesiano” de tal forma que corresponda fundamentalmente con lo expuesto aquí bajo el rótulo de “realismo”, me parece acertada la oposición. No obstante, tal y como se ha definido el dualismo en esta investigación, esta categoría abarca todas las concepciones que encuentran en la dupla mente-cuerpo, como quiera que se le defina, una justificación que permite seguir hablando en estos términos, en



autónoma, pero ello es más una herramienta figurativa que una expresión con sentido literal. Esta escuela entiende a la mente como un sistema que, al menos conceptualmente, no es idéntico al conjunto de entradas y salidas conductuales a partir de las cuales opera, ni tampoco es necesario reducirla al soporte físico desde el cual lo hace.

Aunque el realismo es probablemente la corriente más icónica del dualismo, muchos de los defensores de este lo abandonan por considerar insatisfactorio el excesivo compromiso con entidades metafísicas a la hora de resolver la cuestión ontológica. En particular, una de las corrientes dualistas más destacadas en la actualidad se aleja del realismo argumentando que el paradigma que explica la relación mente-cuerpo no es la causalidad psicológica del cartesianismo según la cual una sustancia pensante influye en otra sustancia extensa, sino que únicamente puede darse cuenta de tal interacción en términos de *estados funcionales* que relacionan los impulsos recibidos con los resultados producidos.

De la mano de la psicología e inspirada por revolucionarios avances en ingeniería de sistemas y tecnologías de la información, otra corriente -impulsada por las obras de pensadores como FODOR<sup>66</sup>, LEWIS<sup>67</sup>, y PUTNAM<sup>68</sup> - considera que “*lo que hace de algo un estado mental de un tipo particular son sus relaciones funcionales típicas con los*

---

oposición al monismo que, de modo general, argumenta en contra de la existencia misma de esta dualidad. El funcionalismo, en estricto sentido, no se opone a la concepción dual de esta relación. Por el contrario, se ocupa de caracterizar a la “mente” o a los “estados mentales” como un conjunto de disposiciones funcionalmente dispuestas para la relación entre *inputs* y *outputs* de naturaleza *intra* o *extra* corpórea. Para que el funcionalismo tenga sentido, la diferencia -al menos conceptual- entre lo que es el mero impulso, de un lado, frente a lo que es la disposición funcional que lo suele relacionar con tal o cual resultado, de otro, necesariamente ha de mantenerse. Así entendido, no hay razón por la cual el funcionalismo no se defienda como una forma de dualismo. A favor: LYCAN, William. Functionalism (1). En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). *A Companion to the Philosophy of Mind*. Oxford: Blackwell, 1995. Pg. 331.: “*el funcionalismo dicta que las propiedades mentales son propiedades de un segundo orden que consiste en tener otras propiedades que tienen cierta relación entre sí*”. También SMOLENSKY, Paul. Computational models of the mind. En: GUTTENPLAN, S. Ob. cit., 1995. Pg. 184: “*la teoría cognitiva computacional propone analizar ambas, mente y cerebro, como tipos de computadoras*”.

<sup>66</sup> Principalmente: FODOR, Jerry. *El lenguaje del pensamiento*. Madrid: Alianza, 1984. Pero también: *Psicosemántica: el problema del significado en la filosofía de la mente*. Madrid: Tecnos, 1994.

<sup>67</sup> LEWIS, David. Psychophysical and theoretical identifications. En: *Australasian Journal of Philosophy*, 50, 249–258. Igualmente: *Mad pain and Martian pain*. En N. Block (ed.). *Readings in the philosophy of psychology. Vol. 1*. Cambridge: Harvard, 1980.

<sup>68</sup> PUTNAM, Hilary. *Mind, language, and reality*. London: Cambridge, 1975.

*estímulos sensitivos, comportamientos, y otros estados mentales*”<sup>69</sup>. Una forma ilustrativa de entender el funcionalismo a partir de sus diferencias con otras propuestas, es aquella relatada por BLOCK:

“¿Qué hace de un dolor un dolor? El dualismo cartesiano dice que la última naturaleza de lo mental habría de ser hallada en una sustancia mental especial. El conductivismo identifica estados mentales con disposiciones conductuales; el materialismo en su versión más influyente identifica estados mentales con estados cerebrales. El funcionalismo dice que los estados mentales están constituidos por las relaciones entre sí y entre entradas [inputs] sensoriales y salidas [outputs] conductuales”<sup>70</sup>.

Así las cosas, lo que identifica al funcionalismo en lo que a la ontología de la mente se refiere, es el postulado según el cual esta se caracteriza por operar a partir de *estructuras funcionales internas* que le son propias, que la explican y le dan sentido. Según sus defensores, el estudio de la mente debe partir del estudio de la disposición funcional de sus estados, es decir, de la forma como se encuentran dispuestas las funciones que operan desde esta: depresión, euforia, nostalgia, etc., serían apelativos para conjuntos particulares de disposiciones funcionales que rigen nuestra actividad diaria (según algunos autores, tal y como el *software* dispone las funciones a ejecutar por medio del *hardware* en un ordenador<sup>71</sup>).

No obstante, “funcionalismo” es una categoría tan amplia que agrupa construcciones relativamente distantes entre sí. El que se encuentra en obras de PUTNAM o FODOR no corresponde propiamente al pensamiento de otros renombrados funcionalistas como ARMSTRONG y LEWIS, de un lado, o WITTGENSTEIN, de otro. Explicar cada forma de funcionalismo en esta investigación sería una tarea pernicioso, pues desviaría el curso de la argumentación e impediría mostrar de forma concreta el punto que se busca resaltar. Para efectos de este proyecto, basta con referirse a aquella

---

<sup>69</sup> SCHWITZGEBEL, Eric. Belief. En: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2011 Edition)*, Edward N. ZALTA (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/belief/>>

<sup>70</sup> BLOCK, Ned. Functionalism (2). En: GUTTENPLAN, S. Ob. cit., 1995. Pg. 323.

<sup>71</sup> En general los defensores de una inteligencia artificial fuerte y de los modelos computacionales. Entre los más destacados pensadores que desde esta perspectiva intervienen en el debate se encuentra, por supuesto, HILARY PUTNAM, quien hace más de 50 años se defendía sin contar con la evidencia que los asombrosos avances tecnológicos han presentado al mundo en la actualidad. PUTNAM, Hilary. *Minds and machines*. En: HOOK, S. (ed.). *Dimensions of Mind*. Nueva York: Collier Books, 1960.

forma concebida por los primeros, ampliamente difundida entre la literatura y, sin duda, la más destacada en el estado actual de la discusión<sup>72</sup>.

En la construcción de FODOR, la mente sería, ante todo, una plataforma estructurada a partir de un conjunto de funciones que le permiten –mediante su agrupación en estados mentales- operar como un computador en el cual hay “*inputs*”, “*outputs*” y operadores funcionales que los relacionan<sup>73</sup>. Simplificando, se llamaría “*miedo*” al conjunto de funciones que dispondrían, por ejemplo, un súbito aumento de adrenalina y una actividad cardiovascular elevada cada vez que se encontrara cara a cara con un tigre. Ello se podría expresar de la forma {si *a*, entonces *b* & *c*}; siendo *a* un “*input*” y *b* & *c* “*outputs*”, la mente sería la plataforma sobre la cual operaría la fórmula dispuesta para que esta función se ejecutara propiamente. “*Miedo*” sería algo así como una aplicación que corre sobre un sistema operativo muy peculiar: la mente humana.

Los llamados “modelos computacionales de la mente” desarrollan esta idea funcional de la mente, explicando que “*la naturaleza de un estado mental es justo como la naturaleza de un autómata: constituida por sus relaciones con otros estados y con entradas [inputs] y salidas [outputs]*”<sup>74</sup>. Lo interesante de esta propuesta es que considera que la mente no es *como* una máquina, sino que *es* una máquina<sup>75</sup>.

RAY JACKENDOFF, renombrado profesor de lingüística y ciencia cognitiva, se ha ocupado profusamente de la caracterización del cerebro a partir de las funciones propias de los ordenadores modernos. Entre varias de las analogías que propone, destaca aquella referente al procesamiento de información en uno y otro sistema. Según explica, “*en un ordenador buena parte de la información se guarda mientras que solo una pequeña parte de ella está activada. Lo mismo puede decirse del cerebro*”<sup>76</sup>.

Según MARVIN MINSKY, fundador del laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT, la Inteligencia Artificial es “*la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas*”

---

<sup>72</sup> De igual opinión es LYCAN quien hace una valiosa recapitulación histórica de los distintos frentes desde los cuales se ha defendido a esta corriente a lo largo del siglo XX. Vid.: LYCAN, William. Functionalism (1). En: GUTTENPLAN, S. Ob. cit., 1995. Pgs. 317 y ss.

<sup>73</sup> FODOR, Jerry. El lenguaje del pensamiento. Madrid: Alianza, 1984; Psicosemántica: el problema del significado en la filosofía de la mente. Madrid: Tecnos, 1994.

<sup>74</sup> BLOCK, Ned. Functionalism (2). En: GUTTENPLAN, S. Ob. cit., 1995. Pg. 324.

<sup>75</sup> SMOLENSKY, Paul. Constituent structure and explanation in an integrated connectionist/symbolic cognitive architecture. En: MACDONALD, C. y MACDONALD, G. (eds.). The Philosophy of Psychology: Debates on Psychological Explanation. Oxford: Blackwell, 1994.

<sup>76</sup> JACKENDOFF, Ray. Consciousness and the Computational Mind. Cambridge: MIT Press, 1987. Pg. 42.

*que requerirían de inteligencia si fueran hechas por hombres*<sup>77</sup>. Indudablemente, el desarrollo tecnológico ha engendrado un campo especialmente propenso a interacciones entre ingenieros, psicólogos y filósofos en torno a qué es la mente humana y cómo funciona. De esta mesa redonda ha surgido un complejo debate entre funcionalistas, defensores de un modelo computacional de la mente, que sostienen una teoría de la Inteligencia Artificial Débil frente a quienes argumentan a favor de una Inteligencia Artificial Fuerte. En breve, la primera visión sugiere que una máquina puede demostrar inteligencia, pero que ello no implica que tenga mente, o experimente estados mentales relativos a la conciencia; la segunda, en cambio, sugiere que dada la correcta configuración de la relación entre *inputs* y *outputs*, una máquina tendría una mente de exactamente el mismo modo en que los humanos lo hacen<sup>78</sup>.

Esta última visión, mucho más polémica que la primera, es la criticada por JOHN SEARLE mediante su famosa alegoría del “cuarto chino”<sup>79</sup>, que, en últimas, es un desarrollo pintoresco del popular “*test de Turing*” diseñado en un principio para corroborar que no hay impedimento teórico alguno para hablar de “máquinas inteligentes” o “máquinas que piensan”. El ejercicio original diseñado por ALAN TURING invita a pensar en un escenario ante el cual una máquina pueda emitir los mismos *outputs* que un humano ante los mismos *inputs* -de tal forma que sea virtualmente irreconocible como tal frente a un observador imparcial-. En caso tal, según el autor, puede sostenerse que dicha máquina “piensa” en todo el sentido que la palabra puede expresar: “*el término ‘pensar’ expresa un conjunto no vacío de procesos o funciones que una máquina puede desarrollar a partir de una estructura preestablecida y una serie potencialmente infinita de inputs*”<sup>80</sup>.

A decir verdad, conforme pasa el tiempo, y avanzan los logros en robótica y tecnologías de la información, es cada vez más difícil rebatir este postulado. Si CHARLES DARWIN dejó al mundo claro que “[l]as diferencias entre el hombre y los animales superiores, aun siendo grandes, lo son de grado y no de clase”<sup>81</sup> los

---

<sup>77</sup> MINSKY, Marvin. Introduction. Artificial Intelligence and its Cybernetic Background. En: MINSKY, M. (ed.). Semantic Information Processing. Cambridge: MIT Press, 1968. Pg. 6.

<sup>78</sup> COPELAND, B. Jack. Artificial Intelligence: A Philosophical Introduction. Oxford: Blackwell, 1993. Pg. 27.

<sup>79</sup> SEARLE, John. Mind, Language and Society. Nueva York: Basic Books, 1998.

<sup>80</sup> TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. En: Mind, vol. 59 (1950). Pg. 435.

<sup>81</sup> Citado en: GAZZANIGA, Michael. Human: The Science Behind What Makes Us Unique. Nueva York: HarperCollins, 2008. Pg. 27.

laboratorios de Inteligencia Artificial están mostrando cada día con más poder de convicción que lo mismo puede decirse con respecto a los ordenadores.

Contrario a lo que el común de las personas entiende, la Inteligencia Artificial no se agota en la creación de robots humanoides que puedan jugar ajedrez o hacer labores domésticas. Lo que supone un verdadero desafío para el estado actual del debate en torno a la naturaleza de la mente humana son los prometedores avances de grupos interdisciplinarios de investigadores en búsqueda de la llamada “*trascendencia de la mente*”, esto es, la capacidad de que la mente humana funcione por fuera –y con independencia- del cerebro.

Un nuevo enfoque informático de la conciencia –la llamada “*silicon consciousness*”- promete liberar el pensamiento humano de las limitaciones biofísicas del cerebro: “*si la hipótesis computacional del cerebro es correcta, una réplica exacta contendrá tus emociones, actuará y pensará y sentirá de la forma como tú lo haces y experimentará tu conciencia –sin respecto de si está montada sobre células biológicas o ceros y unos-*”<sup>82</sup>. Para sus desarrolladores, las neurociencias aparecen apenas como las rudimentarias técnicas para estudiar el aspecto físico del cerebro humano que, según advierten, está llamado a desaparecer. Los verdaderos avances que dejan sin aliento al lector común se dan en un campo que apenas está en proceso de gestación.

La idea, en breve, es que la totalidad del pensamiento humano -su conciencia, con sus recuerdos y emociones- algún día podrá cargarse a un ordenador y enviarse a través del espacio a la velocidad de la luz<sup>83</sup>. Y aunque suene a ciencia ficción, no parece que estén muy lejos de lograrlo:

*“Los científicos pueden ahora leer los pensamientos que circulan por nuestro cerebro. Y también pueden insertar un chip en el cerebro de los pacientes completamente paralíticos y conectarlo a un ordenador para que, solo mediante el pensamiento, puedan navegar por la web, leer y escribir correos electrónicos, jugar a videojuegos, controlar su silla de ruedas, operar con electrodomésticos y controlar brazos mecánicos. De hecho, estos pacientes son capaces de hacer todo lo que una persona normal puede hacer a través de un ordenador”*<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> EAGLEMAN, David. Silicon Immortality: Downloading Consciousness into Computers. En: EDGE, No. 14 (2009). Disponible vía web desde: [http://edge.org/q2009/q09\\_14.html](http://edge.org/q2009/q09_14.html). Consultado por última vez el 24 de octubre de 2014.

<sup>83</sup> BLOOM, Floyd. Best of the Brain from Scientific American: Mind, Matter and Tomorrow's Brain. Nueva York: Dana Press, 2007. Pgs. 15 y ss.

<sup>84</sup> KAKU, M. Ob. cit., 2014. Pg. 26.

Tecnologías que apenas tienen meses, como el BRAINGATE, ya prometen al mundo un nuevo estadio de la evolución en el cual la mente “*trasciende*” al cuerpo. Hace apenas un par de años científicos de la Universidad de Brown conectaron el cerebro de CATHY HUTCHINSON directamente a un ordenador y le permitieron, entre otras cosas, controlar mediante sus propias señales cerebrales un brazo mecánico<sup>85</sup>. Hoy en día, según uno de los creadores del revolucionario *chip*, es mucho más lo que se logra:

*“Podemos conectar el ordenador a cualquier aparato: una tostadora, una cafetera, una máquina de aire acondicionado, un interruptor de luz, una máquina de escribir... En realidad, hoy en día es muy fácil hacer cosas como estas, y por muy poco dinero. Una persona tetraplégica, incapaz de desplazarse, podrá cambiar el canal del televisor, encender las luces y hacer todas estas cosas sin que nadie tenga que venir a hacerlas por ella”*<sup>86</sup>.

Ciertamente, el ritmo al cual avanza la tecnología es tan vertiginoso, que funciones que antaño pertenecían a la fantasía como la “telepatía” o la “telequinesis” hoy en día son prácticamente una realidad, como lo muestra el caso Hutchinson. Pero esto es apenas un atisbo de lo que promete la perspectiva computacional de la mente. Para el Dr. NICOLELIS, investigador del proyecto BRAIN-NET de la Universidad de Duke, en un futuro no muy lejano será posible contar con “*un medio a través del cual miles de millones de seres humanos establecerían contactos consensuados, temporales y directos entre sí exclusivamente a través del pensamiento*”<sup>87</sup>. De hecho, la base sobre la cual se sentaría esta red, la comunicación “telepática”, ya fue lograda entre dos ratones de laboratorio en 2013, uno en la Universidad de Duke (EE. UU.) y otro en Natal (Brasil)<sup>88</sup>.

En palabras de STEVEN PINKER, profesor de psicología cognitiva en Harvard, lo que el progreso tecnológico está mostrando al mundo es que “*el cerebro, nos guste o no, es una máquina*”<sup>89</sup>. Para seguidores de una teoría fuerte de la Inteligencia Artificial lo

---

<sup>85</sup> DUNCAN, David. How Science Can Build a Better You. New York Times. Noviembre 3 de 2012. Disponible vía web desde: [http://www.nytimes.com/2012/11/04/sunday-review/how-science-can-build-a-better-you.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/11/04/sunday-review/how-science-can-build-a-better-you.html?pagewanted=all&_r=0). Consultado por última vez el día 22 de octubre de 2014.

<sup>86</sup> Palabras del prof. John Donoghue en entrevista concedida al prof. Kaku, recogidas en: KAKU, M. Op. cit., 2014. Pg. 121.

<sup>87</sup> Ver la redacción que hace MICHIO KAKU de este y otros avances similares en: KAKU, M. Ob. cit., 2014. Pgs. 126 y ss.

<sup>88</sup> GORMAN, James. In a First, Experiment Links Brains of Two Rats. New York Times. Febrero 28 de 2013. Disponible vía web desde: [http://www.nytimes.com/2013/03/01/science/new-research-suggests-two-rat-brains-can-be-linked.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/03/01/science/new-research-suggests-two-rat-brains-can-be-linked.html?_r=0). Consultado por última vez el día 29 de octubre de 2014.

<sup>89</sup> PINKER, Steven. How the Mind Works. Nueva York: W. W. Norton, 2009. Pg. 11.

único que diferencia el conocimiento humano sobre cómo operan los ordenadores frente al que se tiene sobre el funcionamiento del cerebro es que “*nosotros somos unas máquinas que se están conociendo a sí mismas o, en otras palabras, que tenemos una conciencia reflexiva*”<sup>90</sup>. Pero si la Ley de MOORE es cierta, quedan pocas décadas para contar con el poder tecnológico suficiente para crear máquinas que se hagan las mismas preguntas que los hombres. En ese momento, funcionalmente será imposible distinguir el pensamiento humano de la inteligencia artificial, pero además -y esto constituye el corazón de la IA fuerte- no habrá razón para hacerlo.

Sin embargo, se esté de acuerdo o no con los postulados del enfoque computacional, de la Inteligencia Artificial (fuerte o débil), o de cualquier otra especie, quien defienda una concepción funcionalista de la mente tiene a su favor el contar con una perspectiva mucho más flexible que aquella defendida por los realistas o materialistas: la solución de la cuestión metafísica no compromete a la cuestión ontológica.

Como bien explica BLOCK, la utilidad del funcionalismo, más que servir para determinar si existe o no un fantasma detrás de la máquina, consiste en permitir describir el funcionamiento de la mente humana sin comprometerse con entidades – físicas o metafísicas- de dudosa utilidad. En sus palabras:

*“Volviendo sobre el funcionalismo, éste responde a la cuestión metafísica sin responder la cuestión ontológica. El funcionalismo nos dice que lo que los dolores tienen en común –lo que hace que sean dolores- es su función; pero el funcionalismo no nos dice si los seres que tienen dolores tienen algunas partes no físicas. (...) La descripción de la máquina no nos dice cómo la máquina funciona ni de qué está hecha, y en particular no descarta una máquina que esté operada por un alma inmaterial, con tal de que el alma este dispuesta a operar de la manera determinística especificada en la tabla”<sup>91</sup>.*

Quienes defienden una perspectiva funcionalista de la mente suelen admitir que así como no se requiere conocer la maquinaria interna de un reloj para poder leer la hora, tampoco es *necesaria* la pormenorizada explicación de cómo opera el cerebro para hacer predicciones sobre el comportamiento humano. Esto sugiere que no es necesario

---

<sup>90</sup> KURZWEIL, Ray. How to Create a Mind: The Secret of Human Thought Revealed. Nueva York: Viking Books, 2012. Pg. 27.

<sup>91</sup> BLOCK, Ned. What is Functionalism?. En: BLOCK, N. (ed.). Readings in Philosophy of Psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Pg. 175:

comprender el rol que juega la noradrenalina o dopamina en el proceso sináptico para hablar de pensamiento racional, o el de la amígdala en el sistema límbico para poder atribuir estados de miedo o euforia. Y si ello es así, no hay razón por la cual para la explicación de otras entidades mentales se renuncie a la posibilidad de atribuir expectativas de comportamiento basadas únicamente en conjuntos de disposiciones funcionales.

La virtud más grande de optar por una perspectiva funcionalista al abordar cuestiones relativas al libre albedrío, conciencia, voluntad y libertad, es que no requiere de compromisos ontológicos relativos a la naturaleza o composición del “alma” o de “lo mental”. De otro lado, tampoco implica el compromiso de que la mente sea el conjunto de estímulos y respuestas a partir del cual opera, y nada más que eso. Sorteando la eterna disputa entre el excesivo misticismo del dualismo cartesiano y el reduccionismo fisicalista o conductista, una explicación en términos funcionales de la mente no requiere saber de qué está hecha, sino qué se puede esperar de ella ante un conjunto determinado de impulsos. Exactamente lo mismo que requiere el Derecho para operar.

El mayor atractivo de la polémica en torno a las neurociencias es que inevitablemente tienta al pensador a reevaluar conceptos que, como el de “libertad” o “voluntad”, son inherentes a todas las áreas del saber. Por ello, actualmente los textos que se publican en torno a la relación entre neurociencias y Derecho penal suelen referirse, aunque superficialmente, a la milenaria discusión entre deterministas e indeterministas. No obstante, suelen hacerlo de espaldas a la filosofía de la mente, dejando a un lado consideraciones relativas a la naturaleza de la relación mente-cerebro, con lo cual difícilmente cuentan con un soporte sólido para definir a qué apunta el prefijo “auto” en la determinación.

Como sucede con la lectura e interpretación de los resultados de estudios científicos sobre la estructura y funcionamiento del cerebro, a la hora de tomar postura sobre un concepto de libertad es imperativo tener en cuenta qué se entiende de la relación mente-cuerpo, pues esta constituye el sujeto sobre el cual aquella se predica. Curiosamente este aspecto es deliberadamente ignorado por quienes se enfrascan en una discusión sin salida sobre si las neurociencias tienen o no razón en las conclusiones de sus estudios.

Una perspectiva funcionalista de la mente permite no solo integrar las propuestas de las neurociencias, sino incluso mostrar en qué medida ellas son prescindibles para la



atribución de responsabilidad. Una libertad defendida con base en estos postulados no es derivable de lo que ocurre en el mundo físico, ni depende de resultados de estudios sobre el cerebro. Ella es, en breve, una libertad en sentido funcional.

### **HACIA UNA LIBERTAD EN SENTIDO FUNCIONAL**

El problema del estado actual de la discusión es que, aunque neurocientíficos y juristas comparten que el agente se “autodetermina”, no hay acuerdo en torno a lo que eso significa. He ahí la colosal importancia que tiene la filosofía de la mente para lograr un consenso o, al menos, una visión más detallada de los puntos comprometidos en la discusión. Si la discusión es sobre si el ser humano se determina a sí mismo o no, antes con más razón hay que empezar por preguntarse qué se quiere decir con “sí mismo”.

Para un materialista eliminativo, la aceptación de la libertad como autodeterminación supondrá que a todo lo que puede aspirar la ciencia es a explicar cada uno de los procesos cerebrales que se encuentran detrás de lo que la psicología popular denomina “acciones voluntarias”. Para un dualista, en cambio, las neurociencias son útiles en la medida en que explican la faceta física, bioquímica, de los procesos neuronales dirigidos por una voluntad consciente. Y sin embargo, los unos intentan imponer su visión sobre los otros, refutando los argumentos ajenos con los postulados propios y, lo que es peor, sin saber siquiera en qué están enfrentados.

Una perspectiva funcionalista contempla a la mente como una plataforma sobre la cual operan una serie de conjuntos de disposiciones funcionales que vinculan estímulos con respuestas. Los estados mentales son, en este orden de ideas, agrupaciones más o menos arbitrarias de funciones que organizan y permiten predecir el comportamiento humano<sup>92</sup>. Para entender los límites de las aspiraciones del Derecho en torno al concepto de libertad y cómo encajan en él los aportes de las neurociencias, hay que empezar por pensar en la “mente” como el concepto que agrupa todos estos estados funcionales y que permite depositar en el agente una serie de expectativas ante la constatación de determinados impulsos. La libertad, en este sentido, es la facultad que se le *atribuye* a los miembros de una sociedad de operar con base en sus propias funciones.

---

<sup>92</sup> En ello se asemeja al conductismo, de ahí que se haya dicho que la perspectiva requerida es una que “adoptando el punto de partida conductista, ofrezca una perspectiva más flexible”.

Una disposición funcional típica consiste en el comando “si *a* entonces *b*”. El que los agentes hayan obrado con base en esa función, sin embargo, no es producto del azar<sup>93</sup>. La experiencia pasada y factores bioquímicos seguramente influyen en la configuración de las funciones sobre las cuales opera el agente, pudiendo desembocar en la adopción de la función “si *a* entonces *c*” en reemplazo de la referida. Pero determinar cómo nacen estas funciones o qué factores las condicionan no es competencia del Derecho. Querer ir más allá es “*poner en tela de juicio si esta imagen del hombre se corresponde realmente con la configuración o diseño biológico del cerebro, lo que con los solos conocimientos de un jurista es imposible*”<sup>94</sup>.

Lo único que requiere cualquier sistema normativo de atribución de responsabilidad para operar es la constatación de que ante un estímulo es esperable tal o cual resultado en el agente. Como acertadamente destaca FEIJOO SÁNCHEZ, “[e]l ordenamiento jurídico, como obra humana, solo puede garantizar a los ciudadanos que su culpabilidad será valorada de acuerdo con los mejores conocimientos disponibles. Más no se puede hacer (...)”<sup>95</sup>. Es con base en tal conocimiento como se construyen una serie de expectativas cuya defraudación motiva un reproche, jurídico o moral.

Y tal es el papel de las neurociencias y de todas las áreas del saber: ayudar a “pulir” estas expectativas. Por ejemplo, la psicología mostrará cómo un entorno violento afectará el desarrollo de las funciones de un individuo, haciéndolo más propenso a reacciones violentas; la neuroanatomía mostrará cómo una particular patología que presenta el sujeto lo hace más propenso a reacciones violentas frente a estímulos que, en la generalidad de las personas, producirían una reacción pasiva, y así cada área en su medida aportará su conocimiento al Derecho para que, con base en este, pueda operar de mejor forma.

Si el Derecho penal ha acogido un concepto de autodeterminación por razones iusfilosóficas, no tiene sentido que lo abandone porque las neurociencias muestran lo bien que aplica para explicar empíricamente el funcionamiento del cerebro humano. Tal y como lo concibe DEMETRIO CRESPO, “*frente al indeterminismo, resulta posible defender en el contexto compatibilista un concepto mínimo de libertad (...) como*

---

<sup>93</sup> Nuevamente, si así lo fuera sería impensable algún sistema de atribución de responsabilidad.

<sup>94</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013b. Pg. 245.

<sup>95</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: InDret, 2 (abril, 2011). Pg. 3.

*autodeterminación entendido de manera intersubjetiva. Un concepto de este tipo es compatible con la hipótesis determinista incluso si los actos voluntarios se pudieran explicar algún día de manera biofísica*<sup>96</sup>.

Una perspectiva funcional de la mente -del individuo, del sujeto de la autodeterminación- no solo no se opone a los resultados de los experimentos recientes por parte de las neurociencias, sino que directamente los acoge con brazos abiertos en tanto ellos ayudan a desentrañar el misterioso funcionamiento del sistema sobre el cual esta opera<sup>97</sup>.

Desde una perspectiva compatibilista<sup>98</sup>, un modelo funcionalista celebra cualquier aporte que ayude a legitimar las expectativas impuestas sobre el común de los ciudadanos, o que permita retocarlas o directamente abandonarlas y erigir unas nuevas: ¡bienvenidos quienes ayudan al Derecho día a día a definir los difusos límites de “lo normal”!

Los aportes de las neurociencias ayudarán, entre otras cosas, a entender cómo la norma puede motivar al agente<sup>99</sup> o de qué forma se puede conseguir un sistema penitenciario más eficiente<sup>100</sup>. En otras palabras, *“el conocimiento de los procesos*

---

<sup>96</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013b. Pg. 27.

<sup>97</sup> En otras palabras, *“el Derecho penal no tiene más remedio que estar atento a las aportaciones de las neurociencias”*. FEJOO, B. Ob. cit., 2011). Pg. 8.

<sup>98</sup> Me refiero al estilo adoptado por el prof. DEMETRIO CRESPO en: DEMETRIO CRESPO, E. *“Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal*. En: DEMETRIO, E. (dir.). Ob. cit., 2013b. Pgs. 17-42. En particular en tanto que: *“supone, por un lado, la superación del indeterminismo puro de carácter librearbitrista, entendiendo por tal uno que conduce a una especie de vacío libre de motivos y condicionamientos (...). Por otro, la superación del determinismo puramente mecanicista, (...)”* (Pg. 29). Es importante anotar esto, pues bajo ningún punto de vista se pretende introducir un debate, mucho más complicado, sobre la relación entre determinismo y responsabilidad moral en el que con ese nombre interviene el grupo filosófico que considera que la afirmación del determinismo no negaría la posibilidad de libre albedrío ni, por lo tanto, la de atribuir responsabilidad individual. Pese a lo fascinante que resulta el debate entre incompatibilistas fuertes, libertaristas, compatibilistas y semicompatibilistas, éste escapa al objeto de esta investigación particular.

<sup>99</sup> Cfr. DEMETRIO, E. Ob. cit., 2011. Pg. 15: *“En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbito frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que afectan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales”*. La utilidad real de estos estudios para el Derecho penal no consiste en que mediante ellos se afirme o niegue la libertad, sino en que con base en ellos se puede reevaluar el baremo a partir del cual se consideran como “normales” tales o cuales funciones, afinando el modelo para atribuir expectativas y promoviendo un sistema de atribución de responsabilidad más justo y equitativo.

<sup>100</sup> Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B. Ob. cit., 2011. Pg. 9: *“Sin modificar el sistema, dichas aportaciones irán afectando periféricamente la praxis del Derecho Penal, básicamente porque algunos casos que resolvemos en la actualidad con imposición de penas probablemente en el futuro se resolverán gracias a*

*neurológicos es necesario para comprender el funcionamiento del Derecho penal, para mejorar sus instrumentos y para fundamentar racionalmente sus elementos conceptuales y sus fines”<sup>101</sup>.*

Con una visión funcionalista se logra “*una consideración abierta a otras ciencias, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario. Por ejemplo, en lo concerniente a la interpretación de los preceptos que regulan las causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica*”<sup>102</sup>. En definitiva, esta perspectiva permite concluir que la importancia de las neurociencias para el Derecho penal es que sus aportes, correctamente entendidos, muestran que “[n]o se trata de negar la posibilidad de acciones voluntarias y tampoco de no castigar, sino de hacerlo, en su caso, de otra forma (...) más humana e inteligente”<sup>103</sup>.

Para resumir, una perspectiva funcionalista de la mente implica necesariamente la inclusión en el Derecho penal de todo el conocimiento que puedan aportar las neurociencias sobre el funcionamiento del cerebro. Pero no se limita a ello.

Tal y como quedó reseñado a lo largo de este escrito, todo parece indicar que faltan contadas décadas para que el ingenio humano dé con la posibilidad de crear máquinas que se hagan las mismas preguntas que sus creadores. Más aún, científicos esperan que en una generación la mente “trascienda” de forma significativa las limitaciones biológicas del cuerpo y que quienes hoy padecen de enfermedades neurodegenerativas que les impiden valerse por sí mismos, mañana puedan navegar en internet, enviar emails, hacer compras, jugar videojuegos, ver una película, programar una cita o escribir un artículo sin limitación alguna. ¿Qué pasará entonces con el fantasma cuando, literalmente, opere desde una máquina? ¿Seguirá la doctrina jurídica preocupada por los avances en neurociencias cuando las mentes criminales funcionen con independencia del cerebro?

Quizás hoy en día suene estrambótico hablar del Derecho penal en estos términos, pero no menos de lo que hace cincuenta años sonaba la posibilidad de un ciberacoso

---

*dichos avances neurocientíficos mediante la opción por medidas de seguridad, corrección o tratamiento”.*

<sup>101</sup> PEREZ MANZANO, M. Ob. cit., 2011. Pg. 8.

<sup>102</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2011. Pg. 3.

<sup>103</sup> DEMETRIO, E. Ob. cit., 2013b. Pg. 33.

sexual, o hace cien la de un Derecho ultraterrestre. Una perspectiva funcionalista de la mente prevé todos estos cambios y anticipa que, incluso en ese entonces, en nada habrá cambiado el concepto de libertad<sup>104</sup>.

## Bibliografía

- BARLOW, Horace. Single units and sensation: a neuron doctrine for perceptual psychology?. En: Perception, 1. 1972.
- BEORLEGUI, Carlos. Filosofía de la mente: visión panorámica y situación actual. Disponible vía web desde: <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/Filosofia%20de%20la%20mente.pdf>. Consultado por última vez el día 12 de agosto de 2012.
- BLANSHARD, Brand. The Case of Determinism. En: Determinism and Freedom in the Age of Modern Science. Hook, S. (ed.). Collier-Macmillan: Nueva York, 1958.
- BLOCK, Ned. Inverted Earth. En: Philosophical Perspectives, Vol. 4 (1990).
- BLOCK, Ned. What is Functionalism? En: BLOCK, N. (ed.). Readings in Philosophy of Psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- BLOOM, Floyd. Best of the Brain from Scientific American: Mind, Matter and Tomorrow's Brain. Nueva York: Dana Press, 2007.
- BOLEYN-FITZGERALD, Miriam. Pictures of the Mind: What the New Neuroscience Tells Us About Who We Are. Nueva Jersey: Pearson Education, 2010.
- BUENO ARÚS, Francisco et al (dirs.). Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Madrid: Dykinson, 2006.
- BUSTAMANTE B., Jairo. Neuroanatomía funcional y clínica: atlas del sistema nervioso central. 4ª ed. Bogotá: Celsus, 2007.
- BYRNE, Alex. Behaviourism. En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- CHIESA, Luis. Punishing without free will. En: Utah Law Review, Vol. 6 (2011).
- CHURCHLAND, Paul. Matter and Consciousness. Bradford Books: MIT Press, 1984.
- CHURCHLAND, Patricia. Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain. Bradford Books: MIT Press, 1986.
- CHURCHLAND, Patricia y CHURCHLAND, Paul. Eliminative materialism and the propositional attitudes. En: Journal of Philosophy, 78 (1981).
- CHURCHLAND, Paul. Folk Psychology (2). En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- COPELAND, B. Jack. Artificial Intelligence: A Philosophical Introduction. Oxford: Blackwell, 1993.

---

<sup>104</sup> Cfr.: “[l]as neurociencias acabarán perfilando una nueva auto-comprensión del ser humano, y ello traerá consigo muchas novedades, pero ello no implica que tengamos que alterar revolucionariamente las bases de nuestra organización social”. (FEIJOO, B. Ob. cit., 2011. Pg. 28).

- CRICK, Francis. La búsqueda científica del alma. Una revolucionaria hipótesis para el siglo XXI. 3ª Ed. Trad. Francisco Páez de la Cadena. Madrid: Debate, 1995.
- CRICK, Francis y KOCH, Christof. Towards a neurobiological theory of consciousness. En: *Seminars Neurosciences (SIN)*, 2 (1990).
- DAMASIO, Antonio. El error de Descartes. Barcelona: Crítica, 2006.
- DAMASIO, Antonio et al. Emotional disturbances associated with focal lesions of the limbic frontal lobe. En: HEILMAN, K. y SATZ, P. (eds.). *Neuropsychology of Human Emotion*. Nueva York, Guilford Press.
- DAMASIO, Antonio. Y el cerebro creó al hombre. Barcelona: Destino, 2010.
- DAVIDSON, Donald. *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford: Oxford University press, 2001.
- DAVIDSON, Donald. Sobre la idea misma de un esquema conceptual. En: *De la verdad y la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*. Barcelona: Gedisa, 1995.
- DELGADO GARCÍA, José M . Hacia una Neurofisiología de la libertad. En: DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal. En: DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Identidad y responsabilidad. En: *AFDUAM*, no. 17 (2013).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. ¿Libertad versus determinismo en Derecho penal? En: *Rev. Der. Gen. H.*, Núm. Extraord. I (2014).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximaciones al moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. En: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, No. 2 (abril, 2011).
- DENNET, Daniel. *Consciousness Explained*. Boston: Little Brown and Company, 1991.
- DENNET, Daniel. Quining Qualia. En: MARCEL, A. y BISIACH, E. (eds.). *Consciousness in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 1988.
- DENNETT, Daniel. *The intentional stance*. Cambridge: MIT press, 1987.
- EAGLEMAN, David. Silicon Immortality: Downloading Consciousness into Computers. En: *EDGE*, No. 14 (2009). Disponible vía web desde: [http://edge.org/q2009/q09\\_14.html](http://edge.org/q2009/q09_14.html). Consultado por última vez el 24 de octubre de 2014.
- EARMAN, John. A Primer on Determinism. Capítulo II “Defining Determinism”. Dordrecht: Reidel Publishing Company, 1986.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad jurídico-penal y Neurociencias. En: DEMETRIO, E. (Dir.). DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: *InDret*, 2 (abril, 2011).

FEIJOO, SÁNCHEZ, Bernardo. La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho. En: *ADPCP*, Vol. LXV (2012).

FODOR, Jerry. *El lenguaje del pensamiento*. Madrid: Alianza, 1984.

FODOR, Jerry. *Psicosemántica: el problema del significado en la filosofía de la mente*. Madrid: Tecnos, 1994.

FREEMAN, Michael y GOODENOUGH, Oliver. (eds). *Law, Mind and Brain*. Ashgate: 2009.

GAZZANIGA, Michael. The law and neuroscience. En: *Neuron*, no. 60 (2008).

GAZZANIGA, Michael. *El cerebro ético*. Barcelona: Paidós, 2006.

GAZZANIGA, Michael. *Human: The Science Behind What Makes Us Unique*. Nueva York: HarperCollins, 2008.

GIMBERNAT, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? En: *AAVV. Problemas actuales en el Derecho penal, 1971-72*.

GIMBERNAT, Enrique. *El sistema del Derecho penal en la actualidad*. En: *AAVV. Estudios de Derecho penal*. 2ª Ed. 1976.

GINTHER, Matthew et al. The Language of Mens Rea. En: *Vanderbilt Law Review* (octubre, 2014).

GOODENOUGH, Oliver. (ed.). *Law and the Brain*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GREELY, Henry. Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment. En: *Kansas Law Review*, no. 56 (2008).

GREENE, Joshua y COHEN, Jonathan. For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. En: *Philosophical Transactions of the Royal Society*, no. 359 (2004).

GUTTENPLAN, Samuel (ed.). *A Companion to the Philosophy of Mind*. Oxford: Blackwell, 1995.

GUTTENPLAN, Samuel. Eliminativism. En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). *A Companion to the Philosophy of Mind*. Oxford: Blackwell, 1995.

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: *InDret*, no.1 (2011).

HEISENBERG, Werner. *Physics and Philosophy*. Capítulo II “The History of Quantum Theory”. Nueva York: Harper and Brothers Publishers, 1958.

HERNÁNDEZ IGLESIAS, Manuel. Esquemas y rudimentos. En: *Ideas y valores*. Número especial Donald Davidson. No. 125 (agosto, 2004).

JACKENDOFF, Ray. *Consciousness and the Computational Mind*. Cambridge: MIT Press, 1987.

JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. En: *CANCIO, M. y FEIJOO, B. (coords.). Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid: Civitas, 2008.

JONES, Owen, WAGNER, David, FAIGMAN, David y RAICHLE, Marcus. Neuroscientists in court. En: *Nature*, Vo. XIV (octubre, 2013).

JONES, Owen et al. Brain scans as evidence: truth, proofs, lies and lessons. En: *Mercer Law Review*, no. 62 (2011).

KAKU, Michio. *El futuro de nuestra mente*. Barcelona: Debate, 2014.

KANE, Robert. “Responsibility, Luck and Chance”. En: *Journal of Philosophy*. Vol. 96. No. 5. (1999).

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. México: Taurus, 2006.

KUHN, Thomas. La estructura de las revoluciones científicas. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2005. Originalmente publicado bajo el título "The Structure of Scientific Revolutions" en 1962.

KURZWEIL, Ray. How to Create a Mind: The Secret of Human Thought Revealed. Nueva York: Viking Books, 2012.

LELLING, Andrew. Eliminative materialism, neuroscience and the criminal law. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141 (1992-1993).

LEWIS, David. Are we free to break the laws? En: Theoria, no. 47.

LEWIS, David. Humean Supervenience debugged. En: LEWIS, David. Papers in Metaphysics and Epistemology. Nueva York: Cambridge UP, 1999.

LEWIS, David. Mad pain and Martian pain. En N. Block (ed.). Readings in the philosophy of psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard, 1980.

LEWIS, David. Psychophysical and theoretical identifications. En: Australasian Journal of Philosophy, 50.

LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. En: The Behavioral and Brain Sciences, 8:4 (1985), Cambridge University Press.

LOWE, E. Jonathan. An introduction to the philosophy of mind. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. En: InDret, no. 3 (julio de 2012).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Barcelona: Bosch, 1978.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Medición de la pena y sustitutivos penales. Madrid: ICUC, 1979.

LYCAN William. Functionalism (1). En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.

MANN, Wolfgang y VARZI, Achille. Foreword. En: Journal of Philosophy, (12), 2006.

MINSKY, Marvin. Introduction. Artificial Intelligence and its Cybernetic Background. En: MINSKY, M. (ed.). Semantic Information Processing. Cambridge: MIT Press, 1968.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 9a Ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MORSE, Stephen. Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility. En: ROSEN, J. y WITTES, B. (eds.), Constitution 3.0: Freedom and Technological Change. Brookings Institution Press, 2011.

MORSE, Stephen (ed.) A Primer on Criminal Law and Neuroscience. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MOYA, Carlos J. Alternativas, responsabilidad y respuesta a razones. En: Ideas y Valores. Universidad Nacional de Colombia. Vol. 58, no. 141 (2009). Disponible vía web desde: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/12768/13370>. Consultado por última vez el día 21 de marzo de 2012.

NAGEL, Thomas. What is it like to be a Bat? En: The Philosophical Review, Vol 83, No. 4 (octubre de 1974).

PARDO, Michael y PATTERSON, Dennis. Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. En: InDret, no. 2 (abril de 2011).



PAUEN, Michael. Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una revolución? En: RUBIA, Francisco. (ed.). El cerebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Complutense, 2009.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. En: DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. En: InDret, 2 (abril de 2011).

PINKER, Steven. How the Mind Works. Nueva York: W. W. Norton, 2009.

POPPER, Karl. Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista. Madrid: Tecnos, 2005.

POPPER, Karl. Conocimiento: subjetivo contra objetivo. En: MILLER, David (comp.). Popper: Escritos selectos. México: Fondo de cultura económica, 1995.

POPPER, Karl. La lógica de la investigación científica. Trad. Víctor Sánchez de Zavala. Madrid: Tecnos, 1962.

POPPER, Karl. The Open Universe. Capítulo I "Kinds of Determinism". Londres: Routledge. 1991.

PUTNAM, Hilary. Mind, language, and reality. London: Cambridge, 1975.

PUTNAM, Hilary. Minds and machines. En: HOOK, S. (ed.). Dimensions of Mind. Nueva York: Collier Books, 1960.

QUINE, W.V.O. Ontological relativity and other essays. New York: Columbia University press, 1969.

QUINE, W.V.O. Word and object. Cambridge: MIT press, 1960.

ROXIN, Claus. Problemas básicos en el Derecho Penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

RUBIA, Francisco. Comentarios introductorios. En: RUBIA, F. (dir.), El Cerebro: avances recientes en Neurociencia. Madrid: Complutense, 2009.

RUBIA, Francisco. El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica. Barcelona: Crítica, 2009.

RUBIA, Francisco. Neurociencia y libertad. En: DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.

RYLE, Gilbert. The concept of mind. New York: Routledge, 2009.

SAGAN, Carl. Broca's Brain. New York: Random House, 1970.

SCHWITZGEBEL, Eric, "Belief", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/belief/>>.

SEARLE, John. Indeterminacy, Empiricism, and the first person. En: The Journal of Philosophy. Vol. 84, No. 3 (marzo 1987).

SEARLE, John. Freedom & Neurobiology. Reflections on Free Will, Language and Political Power. Nueva York: Columbia University Press, 2007.

SEARLE, John. Mind, Language and Society. Nueva York: Basic Books, 1998.

SELLARS, Wilfrid. Empiricism and the philosophy of mind. En: Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Vol. 1 (1956). Minneapolis: University of Minnesota Press.

- SERRANO-PIEDecasas, José y DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal. En: CARBONELL MATEU, Juan et al. (coords.). Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2009.
- SKINNER, Burrhus Frederic. Ciencia y conducta humana. Barcelona: Fontanella, 1971.
- SKINNER, Burrhus Frederic. Más allá de la libertad y de la dignidad. Barcelona: Fontanella, 1982.
- SMOLENSKY, Paul. Computational models of the mind. En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- SMOLENSKY, Paul. Constituent structure and explanation in an integrated connectionist/symbolic cognitive architecture. En: MACDONALD, C. y MACDONALD, G. (eds.). The Philosophy of Psychology: Debates on Psychological Explanation. Oxford: Blackwell, 1994.
- STRAWSON, Peter. Freedom and resentment. En: Proceedings of the British Academy, no. 48 (1962).
- TANNEY, Julia. Gilbert Ryle. En: ZALTA, Edward (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy. (Invierno, 2009). Disponible vía web desde: URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/ryle/>>.
- TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. En: Mind, vol. 59 (1950).
- TYE, Michael. Qualia. En: ZALTA, Edward (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Ed. 2013 (otoño). Disponible vía web desde = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/qualia/>
- VARZI, Achille. Mereology. En: ZALTA, Edward (ed.). Stanford Encyclopedia of Philosophy. En: <http://plato.stanford.edu/entries/mereology/>
- VIVES ANTÓN, Tomás. Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica. DEMETRIO, E. (dir.) y MAROTO, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- WELZEL, Hans. Derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1957.
- WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte General. 11<sup>a</sup> ed. (48 ed. castellana), traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus logico-philosophicus. Trad. C. K. Ogden. Routledge, 1995.
- WOODS, Oscar y PITCHER, George (eds.). Ryle: Critical Essays. New York: Doubleday, 1970.

# **EXENCION DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO.**

CRISTINA GIRALT PADILLA  
Juez Sustituta Adscrita el TSJ Cataluña  
Socia FICP  
cristina.giralt.pa@gmail.com

**RESUMEN:**El Código Penal prevé la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico para aquellos individuos que, habiendo cometido unos hechos constitutivos de delito, hayan sido declarados exentos de responsabilidad criminal por sufrir una anomalía o alteración psíquica que les impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, ya sea de forma plena o incompleta.

La presente comunicación tiene por objeto analizar tanto el marco legal y presupuestos necesarios para la aplicación de dicha medida de seguridad privativa de libertad, así como su fundamento y, por otro lado, examinar las dificultades que en la práctica puede plantear la ejecución efectiva de la misma.

## **I. INTRODUCCION**

La teoría jurídica del delito gira en torno a los elementos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, de modo que el delito se define como aquella conducta típica porque se adapta a la hipótesis legal, antijurídica porque contraviene la norma, culpable por su reprochabilidad y, por último, penada por la ley por ser susceptible de imposición de pena.

La culpabilidad se erige así, desde una concepción normativa, como la posibilidad de reprochar al autor su conducta antijurídica, fundamentándose precisamente en la libertad del sujeto que le otorga capacidad de elección, es decir, decidir cometer o no un delito. No obstante, desde una concepción neutra, se define la culpabilidad como motivabilidad normal, consistiendo en la capacidad humana para reaccionar y adaptarse a las exigencias normativas, capacidad que va unida a la inteligencia, afectividad, sociabilidad y permite la atribución al sujeto de su comportamiento penalmente relevante y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad criminal por el hecho cometido.

De este modo, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, toda vez que una persona será imputable cuando su madurez y capacidad psíquica le permita discernir el carácter antijurídico de una determinada conducta y decida libremente

llevarla a cabo. En consecuencia y para lo que aquí interesa, serán inimputables aquellos sujetos que por sufrir una alteración psíquica, su capacidad de comprensión y de actuación esté anulada. En estos supuestos de inimputabilidad no existe culpabilidad y, precisamente por ello, la consecuencia jurídica del hecho típico y antijurídico no podrá ser la imposición de una pena, sino que nuestra legislación penal contempla junto a las penas las llamadas “medidas de seguridad” que se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito<sup>1</sup>.

Así las cosas, la presente comunicación tiene por objeto una breve aproximación a las distintas patologías que pueden dar lugar a la apreciación de la eximente de anomalía o alteración psíquica, las consecuencias jurídicas de la exclusión de la culpabilidad concretadas en la adopción de una medida de seguridad privativa de libertad como es el internamiento en establecimiento adecuado, así como en mayor medida analizar los problemas y dificultades que supone en la práctica, desde el punto de vista asistencial, la ejecución y desarrollo de dicha medida.

## **II. ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA Y TRANSTORNO MENTAL TRANSITORIO COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.**

El Código Penal español no define la imputabilidad, sino que se limita en los artículos 19 y 20 a enumerar las causas que eximen de responsabilidad criminal, siendo que alguna de ellas afectan a la antijuricidad (causas de justificación) y otras a la culpabilidad (causas de inimputabilidad). Entre estas últimas, el artículo 20.1 establece que *“está exento de responsabilidad criminal el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”*.

Tradicionalmente se han distinguido dos fórmulas para aplicar esta causa de inimputabilidad. El llamado criterio psiquiátrico o biológico constituye un sistema de

---

<sup>1</sup> Artículo 6 del Código Penal: 1. *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.* 2 *Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.*

catálogo en el que se señalan las enfermedades o patologías que suponen la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal. En cambio, el criterio psicológico describe los efectos que esas enfermedades o anomalías deben producir en las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto para que puedan eximir de responsabilidad. Frente a ambos, el criterio mixto exige la presencia de una anomalía o alteración de carácter psíquico (sin necesidad de enumerarla concretamente) y que ésta se traduzca para quien la padece en la incapacidad de comprender la ilicitud de su acto.

Esta última fórmula mixta biológica-psicológica es la que sigue el actual Código Penal en el citado art. 21.1, pues se exige que el sujeto presente una alteración o anomalía psíquica y que, precisamente debido a esa base patológica y a sus efectos en la conciencia o comprensión, éste tenga alteradas sus capacidades cognitivas y volitivas, de modo que no pueda comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a dicha comprensión.

Entre las distintas enfermedades mentales que pueden dar lugar a la exención de responsabilidad criminal -ya sea de forma absoluta o incompleta dependiendo de la intensidad o permanencia y, en cualquier caso, requiriéndose esa afectación en sus capacidades-, la Psiquiatría nos ofrece un amplio elenco, pudiendo destacarse:

- la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos con ideas delirantes;
- los trastornos mentales orgánicos, como las demencias, el delirium (no asociado al alcohol u otras sustancias), o los trastornos de comportamiento debidos a lesión o disfunción cerebral o enfermedad somática;
- los trastornos del estado de ánimo, como el trastorno afectivo bipolar (episodios depresivos y maníacos), o los episodios afectivos mixtos;
- los trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos (trastornos de pánico, trastorno obsesivo-compulsivo, trastornos de adaptación, amnesia disociativa;
- los trastornos de la personalidad, como el trastorno paranoide y esquizoide de la personalidad, el trastorno antisocial, trastorno límite de la personalidad, trastorno histriónico, trastornos de la inclinación sexual (exhibicionismo, pedofilia, sadomasoquismo)

- los trastornos de los hábitos y del control de los impulsos (ludopatía, piromanía, cleptomanía)
- el retraso mental o deficiencia intelectual, que puede ser leve, moderado, grave o profundo.

A ello cabe añadir supuestos de la llamada “patología dual”, cuando a las enfermedades citadas se les añade un trastorno por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas.

No obstante, dado que se requiere que esa enfermedad suponga la anulación de las capacidades del sujeto, encontramos en la Jurisprudencia<sup>2</sup> supuestos en los que se reconoce a determinadas patologías como causa de exención absoluta y, en otras ocasiones, como eximente incompleta, por lo que resultan esenciales los informes periciales que analizan las facultades del sujeto y la incidencia de una determinada psicopatía, pues el Juez carece de conocimientos técnicos en esta materia.

### **III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APRECIACIÓN DE LA EXIMIENTE DEL ARTÍCULO 20.1 CP.**

#### **1. Marco legal y requisitos exigidos para la aplicación de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico.**

*El artículo 101.1 CP establece que “al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie...El internamiento no podría exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador.*

De este modo, nuestro Código Penal regula junto a las penas, las llamadas medidas de seguridad, que están sujetas a las mismas garantías legales que aquéllas.

---

<sup>2</sup> SAP Madrid de 5 de junio de 2006 (ROJ SAP M 5401/2006 Pte. LAMELA DIEZ), en el caso de la médico que actuaba en un centro clínico de Madrid, estimaba acreditado que sufría una esquizofrenia tipo paranoide con delirios de persecución y alucinaciones “no tratada”, resultando absuelta de tres delitos de asesinato y cuatro delitos de tentativa de asesinato por concurrencia de la eximente completa del art. 20.1 CP. SAP Zaragoza de 17 de febrero de 2009 (ROJ SAP Z 153/2009 Pte. RUIZ RAMO), en un supuesto en el que el acusado padecía esquizofrenia paranoide con anterioridad a la comisión de un delito de asesinato, enfermedad que causaba una disminución de sus capacidades, sin llegar a anularlas, por lo que aprecia una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.1 CP

Así, el artículo 1.2 CP somete las medidas de seguridad al principio de legalidad por cuanto dispone que *“sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley”*, mientras que el art. 3 CP que *“no podrá ejecutarse medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*.

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que la medida de seguridad no es una consecuencia que la comisión del hecho ilícito lleve aparejada de forma inmediata, como ocurre con las penas cuando el sujeto es imputable, sino que del término “podrá” se infiere su carácter potestativo, acepción que entra en correlación con el requisito de la necesidad. Así, únicamente deberán aplicarse cuando, por las circunstancias del sujeto y la afectación de sus capacidades, el Juez o Tribunal considere necesaria la adopción de una medida de seguridad privativa de libertad y, en concreto, para someter al individuo a un tratamiento médico.

De ahí que, la medida de seguridad se considera como una forma alternativa a la pena, de modo que no es en sentido estricto ni pena principal, ni accesoria, ni tampoco consecuencia accesoria y su fundamento no radica en la comisión del delito, sino en la peligrosidad criminal (artículo 6 CP), aunque ésta se exterioriza por la comisión de un hecho ilícito, no pudiendo aplicarse sino en virtud de sentencia firme tras el correspondiente proceso con todas las garantías, estando orientadas al mismo fin señalado en el artículo 25 CE, esto es, la reeducación y reinserción social.

Por otro lado, de la conjugación de los artículos 6 y 95 CP se puede concluir que para la aplicación de medidas de seguridad deben concurrir una serie de circunstancias:

- 1) que el sujeto haya cometido un delito.
- 2) Que del hecho y de las circunstancias personales del autor se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de comisión de nuevos delitos.

Se trata, por tanto, de medidas post-delictuales de modo que únicamente cabrán cuando el sujeto haya cometido un hecho que esté previsto en la legislación penal como delito, prohibiéndose así las medidas pre-delictuales propias de Estados autoritarios en los que la justificación de su imposición no es la realización de un hecho, sino una determinada configuración biológica o psicológica (raza, pertenencia a un determinado

grupo social, padecimiento de enfermedad, etc.) para prevenir futuros e hipotéticos comportamientos delictivos<sup>3</sup>.

Además, en el caso de la medida privativa de libertad de internamiento, será necesario que el delito aparezca sancionado en la ley con pena privativa de libertad (artículo 95.2 CP).

## **2. Naturaleza y fundamento. Necesidad terapéutica.**

Debido precisamente a la anulación de las facultades del sujeto declarado exento de responsabilidad criminal por la concurrencia de una eximente como la analizada, no pueden pasarse por alto las diferencias esenciales entre la pena y la medida de seguridad. Esta última tiene por destinatario a una persona que no es responsable o no lo era en el momento de cometer el hecho típico, de modo que aún cuando el diseño normativo y, en concreto la forma de ejecución, parecen equiparar pena y medida, lo cierto es que el fundamento de la intervención del Estado es totalmente distinto y ello debe plasmarse en las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional declaró en Sentencia 112/1988 de 8 de junio la constitucionalidad de la medida de internamiento, entendiéndolo que dicha medida acordada en sentencia en los supuestos y del modo previsto en el art. 20.1 PC, no es contraria al derecho fundamental a la libertad contenida en el art. 17 CE, sino que su fundamento se encuentra en las especiales circunstancias personales del acusado, acreditadas a través de la oportuna pericial, y que comportan que el juez o tribunal adopte la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de octubre de 1979 (caso Winterwerp), al interpretar el artículo 5.1 e) del Convenio para la protección de los Derechos Humanos, establecía que la legalidad de un internamiento viene condicionado por la prueba del estado mental del sujeto, así como por el hecho de que la patología revista un carácter que legitime el internamiento y, por último, que dados los motivos que justificaron su adopción, es preciso determinar si la perturbación mental

---

<sup>3</sup> La Ley republicana de 4 de agosto de 1933, denominada de Vagos y Maleantes, partía de tipos criminológicos o de tendencia peligrosas, como los “vagos habituales, homosexuales, rufianes, proxenetas, ebrios y toxicómanos, mendigos habituales” permitiendo que el pronóstico de conducta antisocial se basara en elementos biológicos y del mundo que les rodeaba.

La Ley 16/1970 de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, sustituyó a la anterior y mantenía la imposición de medidas de seguridad de carácter predelictual. Tras la promulgación de la Constitución, esta ley no fue derogada formalmente hasta que así lo hizo de forma expresa el Código penal de 1995.



persiste y, en consecuencia, debe continuar el internamiento, lo que implica que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental.

Por otro lado, no puede obviarse que el artículo 25 CE somete la medida de seguridad privativa de libertad al mismo fin que las penas, esto es, la reinserción y reeducación. En este sentido, RODRIGUEZ SAEZ<sup>4</sup> considera que el mandato constitucional no puede limitarse a proclamar que la duración de la medida ha de tener un límite temporal, sino que obliga a garantizar que la duración de la situación de privación de libertad sea compatible con dicha reintegración del sujeto en la sociedad. Precisamente el juicio de peligrosidad no es una variable que sólo se aprecie para las medidas de seguridad, sino que incluso en el ámbito de la ejecución de las penas, los artículos 80 y 88 CP<sup>5</sup> se refieren a dicha circunstancia. Es por ello que defiende dicho autor que debe resituarse el concepto de peligrosidad en el marco de las medidas de seguridad, pues la procedencia del internamiento no puede basarse en un concepto tan difuso y escasamente científico como la peligrosidad, toda vez que ello conllevaría a que se hiciera uso de dicha medida con la exclusiva finalidad de inocuización o neutralización del sujeto, apartándolo porque se le considera en realidad un peligro para la sociedad. De ahí que la peligrosidad debería ser un elemento normativo a analizar junto a otros concurrentes, teniendo en cuenta que se traduce en la previsión de un pronóstico comportamiento futuro similar al que ha dado lugar a la comisión del hecho tipificado como delito, si bien en la actualidad con los avances y el tratamiento de las cuestiones relativas a la salud, no puede erigirse dicha peligrosidad como fundamento ético ni de legitimación democrática para la privación de libertad, sino que ésta debe basarse en la necesidad terapéutica del enfermo.

En el mismo sentido se expresan algunos profesionales<sup>6</sup> que están en contacto directo y diario con personas internadas en centros psiquiátricos y que ponen de manifiesto la siempre difícil relación entre Derecho Penal y Medicina. Así, en primer lugar, se constata que en muchas de las resoluciones judiciales se utiliza una

---

<sup>4</sup> RODRIGUEZ SAEZ, J.A. *El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico*. Diario La Ley nº 7762, Año XXXII Ed. La Ley, 2011.

<sup>5</sup> Dichos preceptos han sido modificados por la LO 1/15 de 30 de marzo, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, no haciéndose ya referencia expresa al concepto de “peligrosidad criminal”, si bien recoge una serie de parámetros que habrán de valorarse para la concesión del beneficio tales como sus circunstancias personales, los antecedentes, la conducta posterior al hecho, etc.

<sup>6</sup> CACERES GARCIA, J.M. *Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria*, en *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*. Colección Estudios de Derecho judicial, 127. Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2007. pp 69-104.

terminología poco precisa o respetuosa con la entidad y circunstancias del sujeto sometido a una medida de internamiento para tratamiento psiquiátrico, como cuando se refieren a “penado”, o que se “impone” o se debe “cumplir” la medida, o también cuando se hace referencia a la “potencial peligrosidad” de un determinado sujeto. Por otro lado, se alega que la determinación del tiempo máximo de cumplimiento que prevé la ley se aparta de la lógica médica, pues es posible encontrar resoluciones en las que se contiene que el sujeto está aquejado de “esquizofrenia paranoide” y el máximo de cumplimiento de la medida de internamiento es de tres o seis meses (todo ello dependiendo del tipo de delito y de las circunstancias que puedan concurrir en su realización), lo que sería tanto como pretender que esa grave enfermedad puede “curarse” en ese corto espacio de tiempo. Ello conduce a pensar que la ley utiliza parámetros estrictamente jurídicos y penológicos y no terapéuticos, para tratar a estos sujetos declarados exentos de responsabilidad precisamente a causa de su enfermedad.

En realidad, la piedra angular del problema se centra en el hecho de que las personas que han sido declaradas exentas de responsabilidad por padecer una determinada alteración o anomalía son, en puridad, enfermos aquejados de graves patologías psiquiátricas y como tal deberían ser tratados, o cuanto menos debería adaptarse la consecuencia de la comisión del hecho tipificado como delito, esto es, la aplicación de una medida de seguridad privativa de libertad, a la consecución de su máximo objetivo: la necesidad terapéutica.

Debe señalarse la existencia de varias normas que tienen por objeto garantizar la protección de la salud por parte del poder público, siendo éste un principio rector de la política social como propugna el artículo 43 de la Constitución Española. En este sentido, puede citarse el artículo 20 de la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad que dispone que la atención a los enfermos mentales debe realizarse en el ámbito comunitario potenciando recursos asistenciales a nivel ambulatorio y la atención a domicilio, reduciendo la necesidad de hospitalización; o la Ley 41/2002 de 14 de noviembre de autonomía del paciente, que establece como regla general el derecho del ciudadano a rechazar cualquier tratamiento médico; o la Ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que propugna el carácter universal del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria en condiciones de igualdad para todos los beneficiarios.

Cierto es que el hecho de padecer una enfermedad mental que en el momento de cometer el delito ha anulado las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto, condiciona la ejecución y el desarrollo de la medida privativa de libertad, pues no se deja su adopción al arbitrio del sujeto declarado exento, sino que aún cuando en puridad no se “imponga” como una pena, lo cierto es que es aplicada por el órgano judicial como exponente de la potestad jurisdiccional del Estado, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). No obstante, no puede obviarse que, en la mayoría de las ocasiones, estos sujetos no se hallan incapacitados judicialmente, es decir, no existe una declaración judicial que indique que no pueden gobernarse por sí mismos, sino que la maquinaria del Estado se inicia por la comisión de un hecho que está previsto como delito, lo que es indicador de esa peligrosidad a la que se refiere el Código, así como que a causa de la enfermedad mental que padece y que afecta a sus capacidades para discernir, se considera una medida necesaria, si bien el fundamento último no debería ser esa necesidad desde la perspectiva de la comunidad y de la adecuación del comportamiento a las normas jurídicas, sino desde un punto de vista terapéutico para garantizar el derecho a la salud del individuo.

En cualquier caso, como ocurre con la individualización de la pena, no cualquier patología mental implicará la necesidad de una medida de seguridad privativa de libertad como es el internamiento en centro psiquiátrico, sino que lo deseable sería analizar cada supuesto conforme a los informes médicos, al hecho constitutivo de delito y a las circunstancias específicas del sujeto, que acrediten no sólo la peligrosidad y la previsión de cometer hechos análogos en el futuro, sino la necesidad del tratamiento médico en tales términos.<sup>7</sup>

Debería por ello descartarse una concepción alejada en la mayoría de los casos de la realidad, al concebir este tipo de enfermedades mentales como “incurables”, pues la cronicidad no impide que el sometimiento a un tratamiento farmacológico y psicológico adecuado de forma ambulatoria pueda conducir a la estabilización de la patología y a que el sujeto pueda llevar una vida adecuada en sociedad, con respeto a las normas. Es por ello que, en muchas ocasiones, lo que realmente existe es una falta de contención

---

<sup>7</sup> En este sentido, se expresa la SAP Barcelona de 26 de marzo de 2004 (ROJ SAP B 3857/2004 Pte. BARRIENTOS PACHO), declarando que el internamiento en centro psiquiátrico resulta ser una medida reclamada incuestionablemente teniendo en cuenta las circunstancias de la enfermedad que presenta el acusado, psicótico al que se añade el consumo de tóxicos, que presenta una nula conciencia de la enfermedad, lo que incrementa según el informe forense el riesgo de no tomar la mediación prescrita y, con ese abandono, se incrementa también la eventualidad de repetición de brotes del tipo que desencadenó los hechos sometidos a juicio.

por parte del núcleo que rodea al sujeto, por tratarse de personas marginales, con ausencia de familiares cercanos que puedan hacerse cargo de ellos, o carencia de arraigo social o laboral, de modo que sin una medida que garantice la efectividad de ese tratamiento terapéutico ambulatorio parece difícil alcanzar el objetivo que no debe ser otro que alcanzar la sanidad, o cuanto menos la compensación del sujeto dentro de su patología. Con ello no quiere decirse que únicamente en esos supuestos devenga necesario el internamiento, sino que no cabe aplicar reglas generales cuando se trata de adoptar una medida que consiste en la privación de libertad del sujeto pues, como se ha dicho, ésta no es consecuencia directa de la apreciación de una enfermedad mental que exime de responsabilidad, sino que habrá analizar en cada caso concreto la necesidad de ese tratamiento psiquiátrico en régimen de internamiento, regulándose expresamente en la ley otro tipo de medidas no restrictivas del derecho fundamental a la libertad, como son la libertad vigilada y, en concreto, la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (artículo 106 CP).

### **3. Normativa penitenciaria.**

El Real Decreto 840/2011 de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de determinadas medidas de seguridad, dispone en el artículo 20 que se cumplirán en los centros adecuados, públicos o concertados de las Administraciones Públicas competentes por razón de la materia y del territorio. Del mismo modo, el artículo 22 fija la competencia expresa de la Administración Penitenciaria para la ejecución de las medidas privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en los artículos 183 a 191 del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.1 Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre General Penitenciaria y el artículo 100 del Reglamento Penitenciario, los internos que se encuentren cumpliendo medidas privativas de libertad, no serán objeto de clasificación. Por otro lado, el artículo 188 del RP establece que la separación en los distintos departamentos de que consten los establecimientos o unidades, se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente, así como que las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento. Del mismo modo, dispone dicho precepto que únicamente se prevén medios coercitivos

sobre el paciente como medida excepcional que sólo cabe por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiendo respetarse en todo momento la dignidad de la persona, para finalizar estableciendo que las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en el Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

De lo anterior se infiere que la normativa penitenciaria tiende a una consideración de las personas sometidas a una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico más acorde con las circunstancias del sujeto, pues incluso se refiere a él como “paciente”. Sin embargo y como se analizará seguidamente, aún cuando este sea el marco teórico del que debe partirse, en la práctica se advierte la carencia de instrumentos adecuados para el desarrollo de la finalidad terapéutica, dada la escasez tanto de medios materiales como personales, lo que se traduce en graves dificultades a la hora de ejecutar ese pronunciamiento judicial que debe tener por objeto principal conseguir la rehabilitación del sujeto sometido a la medida.

A mayor abundamiento, el régimen de permisos que se prevé para las penas no es aplicable a las medidas, pese a que este tipo de salidas tienen por objeto preparar a los penados para su futura vida en libertad y conseguir una efectiva reinserción en la sociedad. En el ámbito de las medidas de seguridad, el artículo 190 RP se refiere únicamente a las comunicaciones de los internos con el exterior, que se fijarán en el marco de un programa individual de rehabilitación, con indicación del número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas y las personas con quienes los pacientes pueden comunicar y las condiciones en que deben llevarse a cabo. Desde un punto de vista estrictamente médico, el internamiento es valorado por los profesionales de la Psiquiatría como mecanismo del tratamiento psiquiátrico y el éxito del mismo es el regreso del enfermo a su entorno socio-familiar y el desarrollo de una vida normalizada y, por ello, el internamiento se divide en fases que tienden de forma progresiva a que el interno tenga un contacto cada vez mayor con la comunidad, lo que colisiona frontalmente con el ámbito “jurídico-penológico” del desarrollo de la medida de seguridad.

#### **4. Duración máxima de la medida.**

El artículo 101 CP establece que el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, debiendo el Juez o Tribunal fijar dicho límite máximo en la sentencia.

Existe práctica unanimidad en la doctrina al considerar que esa duración máxima se refiere al delito en abstracto, sin tener en cuenta los factores jurídicos que puedan dar lugar a una reducción de la condena, como el grado de ejecución, la participación del sujeto o las circunstancias modificativas de responsabilidad. Asimismo, esta cuestión fue resuelta por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009, entendiendo que la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.

Ello comporta que, en numerosas ocasiones, esa duración máxima fijada en la sentencia para cumplimiento de la medida sea superior a la que se aplica a un sujeto totalmente imputable que debe cumplir una pena de prisión y al que se le han apreciado circunstancias atenuantes, o un menor grado de ejecución, lo que no deja de ser paradójico dadas las especiales características del sujeto sometido a internamiento<sup>8</sup>. Es por ello que deviene absolutamente trascendente el seguimiento de la evolución del interno pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98 CP, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá elevar, al menos una vez al año, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, debiendo entonces el órgano sentenciador adoptar una de esas opciones a tenor de lo establecido en el artículo 97 CP.

De ello se infiere que, como se ha expuesto anteriormente, lo realmente relevante de esta medida de seguridad es la necesidad terapéutica, de modo que su duración debería venir determinada prioritariamente por el tipo y circunstancias específicas del tratamiento médico que esté recibiendo el sujeto y la evolución de la enfermedad.

#### **IV. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN ESTABLECIMIENTO ADECUADO AL TIPO DE ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA.**

##### **1. ¿Qué debe entenderse por “establecimiento adecuado”?**

---

<sup>8</sup> A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009 (ROJ STS 2994/2009 Pte. DELGADO GARCIA) que, en un supuesto de delito de incendio en concurso con dos delitos de asesinato, apreció la eximente incompleta de enajenación mental, condenando a la pena de 14 años de prisión, si bien imponiendo al acusado la medida de seguridad de internamiento por tiempo máximo de 20 años

Una de las cuestiones más debatidas entre la doctrina en relación a la ejecución de la medida de internamiento, reside en la interpretación que debe darse artículo 101.1 CP cuando dispone el cumplimiento en un “*establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie*”. Así, RODRIGUEZ SAEZ<sup>9</sup> considera que deben distinguirse las situaciones de inimputabilidad completa o incompleta. En el primer supuesto, la sentencia absolverá al sujeto por concurrir una causa de exención absoluta a causa de la anomalía o enfermedad mental, por lo que el centro o establecimiento adecuado sólo puede ser un centro psiquiátrico de la red pública sanitaria, o un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria. No obstante, precisamente por las circunstancias que concurren en el sujeto, parece más deseable la primera opción pues el cumplimiento en un centro penitenciario colisiona desde una perspectiva asistencial con el hecho de que se trate de un inimputable absuelto que, pese a ello, estará sometido a un régimen y a una disciplina propias del ámbito carcelario en detrimento de las garantías asistenciales del sistema de protección de la salud. De ahí que devendría más congruente adaptar dicho internamiento al que tiene lugar en supuestos en los que ese tipo de medida se aplica en el ámbito civil (artículo 763 LEC), lo que requiere una acción pública eficaz y urgente para la creación, o en su caso remodelación de centros psiquiátricos de la red sanitaria pública, en orden a poder someter al sujeto declarando exento de responsabilidad civil a un tratamiento médico en este tipo de centros, dotado de instrumentos para asegurar su cumplimiento. O, cuanto menos, es precisa la creación de Unidades Psiquiátricas Penitenciarias concretamente diseñadas para el cumplimiento de medida de seguridad de internamiento, con arreglo a las necesidades terapéuticas del sujeto.

En cambio, en los supuestos de inimputabilidad incompleta, desde un punto de vista teórico, existen opciones para encontrar una respuesta jurídica más correcta y adecuada a las circunstancias del sujeto, dado que el artículo 104 CP recoge el sistema vicarial posibilitando la imposición simultánea de pena privativa de libertad y medida de internamiento, ello lleva a considerar que el centro donde se desarrolle la medida sea distinto que el establecimiento penitenciario. Es por ello que, en estos casos, el centro adecuado para la ejecución de la medida debería ser el que corresponda de la red sanitaria pública, aplicando por analogía el internamiento previsto en vía civil, si bien en el caso muy frecuente en la práctica de que existan dificultades para asegurar el

---

<sup>9</sup> RODRIGUEZ SAEZ, J.A. “*El fundamento...*” Diario La Ley nº 7762, op. cit., pag. 7

cumplimiento de la medida, cabe tener en cuenta la posibilidad de suspender o cesar la medida, acordando el cumplimiento de la pena de prisión aplicable, debiendo entonces el centro penitenciario facilitar el tratamiento psiquiátrico que el sujeto requiera. Así, si bien el artículo 99 CP establece que en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad deberá ordenarse el cumplimiento de la medida que se abonará posteriormente al de la pena, lo cierto es que el artículo 97 CP permite durante la ejecución de la sentencia, mantener la medida, decretar su cese, sustituirla por otra que estime más adecuada, o dejarla en suspenso.

La verdadera cuestión es que la existencia de una sentencia que acuerda la adopción de una medida privativa de libertad como es el internamiento, no implica en ningún caso la suspensión del derecho a la salud, pues la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud propugna el carácter universal del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria en condiciones de igualdad para todos los beneficiarios. Dicha normativa plantea incluso la necesidad de traspasar los servicios sanitarios penitenciarios al sistema sanitario general, con el objetivo de mejorar la continuidad asistencial, la equidad y la gestión clínica.

En este sentido, diversos estudios<sup>10</sup> ponen de manifiesto la altísima prevalencia de trastornos mentales y adicciones en el medio penitenciario, con una tendencia ascendente. En nuestro país, estudios más recientes<sup>11</sup> coinciden en señalar que cerca del 40% de los internos en centros penitenciarios presentan un trastorno mental, con o sin adicción y, si se atiende sólo a supuestos de adicción a sustancias sin trastorno mental, la prevalencia se acerca al 50% de los internos, cumpliendo en muchos casos criterios de personalidad antisocial. Estos alarmantes datos no se traducen en un sistema de atención unificada, pues nos encontramos con factores asistenciales como la disminución de “camas psiquiátricas”, o la falta de una relación más integral entre la red de salud mental, la sanidad penitenciaria, la psiquiatría forense y el sistema judicial<sup>12</sup>

## **2. Distintos niveles de asistencia terapéutica en el ámbito penitenciario.**

---

<sup>10</sup> Estudio EUPRIS de la Comisión Europea, 2007. Salize HJ, Dressing H, Kief C. Mentally Disordered Persons in European Prison System: Needs, Programmes and Outcome (EUPRIS). Central Institute of Mental Health, Alemania, 2007.

<sup>11</sup> *Estrategia global de actuación en salud mental. Estudio sobre salud mental en el medio penitenciario.* Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2006. VICENS E, TORT V, DUEÑAS RM, MURO A, PEREZ-ARNAU, F, ARROYO J. *The prevalence of mental disorders in Spanish prisons*, Criminal Behav. Mental Health, 2011

<sup>12</sup> ARROYO-COBO, J.M. *Estrategias asistenciales de los problemas de salud mental en el mundo penitenciario, el caso español en el contexto europeo.* Revista Española de Sanidad Penitenciaria 2011; Vol. 13, num. 3, pp 100-111.



En primer lugar, debe distinguirse un primer nivel asistencial existente en cada centro penitenciario, que incluye la atención primaria sanitaria y la atención especializada de salud mental y adicciones. Atendiendo a la conveniencia de adecuarse al entorno concreto de un centro penitenciario, el equipo especializado multidisciplinar debe ocuparse del seguimiento de los casos graves, generar espacios de rehabilitación para los pacientes con trastorno mental severo y coordinarse con la red de servicios comunitaria para el seguimiento y gestión del caso.

El segundo nivel viene constituido por la atención hospitalaria especializada y debe dar servicio a un conjunto de centros, contando con urgencias psiquiátricas centralizadas, tratamientos intensivos para hospitalización de agudos, así como debería incluir una unidad pericial para valoración psiquiátrica forense.

Por último, como tercer nivel del sistema, las unidades de rehabilitación intensiva, aunque no existieren en todos los centros, deberían plantearse como servicios realmente sanitarios alternativos a las obsoletas enfermerías psiquiátricas tradicionales<sup>13</sup>.

En relación a la medida de seguridad de internamiento para tratamiento psiquiátrico, la red pública de salud mental debería ser el primer referente asistencial, reservándose los servicios penitenciarios para los casos que requieran de medidas de alta seguridad. No obstante, en la práctica se observa una confrontación entre el ámbito jurídico y el mundo sanitario, pues mientras la práctica judicial sigue optando por agotar los períodos máximos de cumplimiento establecidos en sentencia, desde el ámbito sanitario se aboga por evitar las largas institucionalizaciones del interno.

Esta distinta perspectiva no se centra únicamente en la disparidad de criterios jurídico-médicos pues, como se ha expuesto, no es la peligrosidad criminal en sí misma la que ha de implicar la aplicación de un internamiento, sino la necesidad terapéutica del sujeto a causa de la enfermedad mental que padece. Lo cierto es que las mayores dificultades aparecen en relación a garantizar el efectivo cumplimiento de una medida que, no olvidemos, es privativa de libertad, pues los centros de la red sanitaria no cuentan con medidas de contención y control eficaces para garantizar que el sujeto no eluda el tratamiento, de ahí que lo que realmente subyace es que en los centros no

---

<sup>13</sup> RAMOS MONTES, J. *La atención a la salud mental en los diferentes ámbitos de la ejecución penal: ¿qué modelo necesitamos?* Revista Española de Sanidad Penitenciaria, Vol. 14 nº 2, Barcelona julio-oct, 2012.

sujetos a un régimen penitenciario no existen instrumentos de seguridad que garanticen que el interno no vaya a abandonar el establecimiento.

En España existen dos Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios ubicados en Alicante y en Sevilla inaugurados, respectivamente, en el año 1984 y 1990. Se trata de establecimientos penitenciarios especiales con mayores medios asistenciales que un establecimiento penitenciario común, que mantienen el alto potencial de contención y control de una prisión al uso, lo que en la mayoría de los casos deja el peso asistencial de estos pacientes a un dispositivo penitenciario que, como tal, orienta sus recursos a conseguir esa vigilancia más que a desplegar actividades terapéuticas altamente especializadas como las que requieren este tipo de enfermos mentales.

Asimismo, en Comunidades Autónomas que ostentan competencias en materia penitenciaria como el Cataluña, en 2001 se firmó un convenio entre el Departamento de Justicia y el de Sanidad de la Generalitat y el Hospital Sant Joan de Déu, por el que se propuso la creación de Unidades polivalentes de Salud Mental en las tres prisiones más importantes, así como la creación de la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria que se ubica en el Centro Penitenciario Brians I. También cabe citar en el ámbito del País Vasco la inauguración, en el año 2012, de una Unidad de Psiquiatría Legal ubicada en el Hospital Aita Menni en Mondragón, centro que trata de priorizar al máximo el elemento asistencial, si bien cuenta con medidas de seguridad para evitar riesgos de autolesión, agresión o fuga.

De lo anterior se infiere la escasez de centros adecuados para el cumplimiento de una medida de seguridad en régimen de internamiento, por lo que muchas de ellas se cumplen en Centros Penitenciarios comunes. Algunos autores<sup>14</sup> entienden que el hecho de que un inimputable absuelto cumpla una medida en un centro penitenciario es una situación que no deja de estar fuera de la legalidad y requiere una acción pública y urgente para la creación o remodelación de centros psiquiátricos de la red sanitaria pública que permita el abordaje en estos casos con más alta exigencia de contención y seguridad, o bien la creación de Unidades Psiquiátricas Penitenciarias especialmente diseñadas para el cumplimiento de tales medidas.

### **3. Dificultades en la ejecución de la medida de seguridad de internamiento.**

---

<sup>14</sup> RODRIGUEZ SAEZ, J.A. “*El fundamento...*” Diario La Ley nº 7762, op.cit, pag.7

Los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios gozan, por tanto, de un doble carácter. Por un lado, son centros penitenciarios con funciones de retención y custodia y, por otro, son centros sanitarios, lo que condiciona el tratamiento de los enfermos para combinar ambas finalidades, pues en muchas ocasiones el abordaje médico y la seguridad plantea disfunciones. Se advierte, pues, un déficit importante de recursos diagnósticos, de tratamiento y apoyo a los enfermos mentales, así como de dispositivos asistenciales tanto abiertos como cerrados, alternativos a la prisión, de manera que algunos autores entienden que los psiquiátricos penitenciarios y los propios centros penitenciarios se están convirtiendo en la actualidad en los sustitutos de los antiguos manicomios<sup>15</sup>.

Tal y como constata la Propuesta de Acción elaborada por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias<sup>16</sup>, los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios de Alicante y Sevilla carecen de personal especializado, no sólo de médicos psiquiatras, sino de terapeutas ocupacionales, auxiliares de clínica y celadores, siendo imprescindible la existencia de dichos profesionales sobre todo si se tiene en cuenta que un importante colectivo de los ingresados padecen discapacidad, no sólo derivada de su déficits psíquicos, sino también en muchas ocasiones sufren minusvalías físicas. En cuanto a las instalaciones en sí mismas, se caracterizan por una orientación general más próxima a una prisión que a un hospital, de modo que se advierte un desequilibrio entre la disponibilidad de mejores infraestructuras psiquiátricas penitenciarias y el esfuerzo inversor que en el total de la administración penitenciaria se destina a este tipo de centros. Por otro lado, se advierte una sobreocupación de las plazas existentes en ambos establecimientos y, según la propuesta analizada, ello se debe en mayor medida al hecho de que en estos centros predomina el criterio judicial de ingreso y de alta, en detrimento de criterios estrictamente médicos pues la conveniencia o no del cese de la medida, si bien requiere un informe terapéutico previo, corresponde en última instancia al sistema judicial, primero en el nivel otorgado al Juez de Vigilancia Penitenciaria que eleva la propuesta y, en última instancia, al órgano sentenciador.

A mayor abundamiento, una vez ha cesado o se ha suspendido la medida privativa de libertad, no existen instrumentos adecuados que permitan un control y seguimiento

---

<sup>15</sup> GARCIA GONZALEZ, J. *Modelos de atención comunitaria en salud mental: críticas e insuficiencias. La psiquiatría en la España de fin de siglo: un estudio sobre la reforma psiquiátrica y las nuevas normas de atención en salud mental*. Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1998

<sup>16</sup> Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de Acción. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2011

eficaz de los enfermos, sino que se advierte la escasez de recursos externos de apoyo para la continuidad asistencial. De nuevo nos encontramos con el hecho de que se trata con criterios de lógica jurídica-penal a sujetos que están afectados por una enfermedad mental que, precisamente, ha supuesto la exención de responsabilidad criminal. Así, respecto a un sujeto imputable condenado a pena de prisión, una vez cumplida dicha pena privativa de libertad, la consecuencia inmediata será su puesta en libertad y su contacto con la sociedad en la que, según el éxito del tratamiento penitenciario, habrá conseguido su reinserción y acomodación a las normas jurídicas. En cambio, ante una medida privativa de libertad cuyo objeto esencial debe ser aplicar el tratamiento médico adecuado a la patología que padece, una vez finalizado el tiempo máximo, puede ocurrir que persista la enfermedad mental que llevó a su internamiento, o incluso en los supuestos de suspensión o cese de la medida en los casos que proceda, será necesario con alta probabilidad un seguimiento terapéutico para controlar la toma de medicación o el sometimiento a terapias adecuadas. Y, en muchas ocasiones, se advierte que los enfermos agotan el tiempo de su medida de seguridad en el psiquiátrico independientemente de la evolución de su trastorno así, a título de ejemplo, un estudio realizado en el año 2010 en el ámbito del Hospital Psiquiátrico de Alicante ponía de manifiesto que quince de los internos permanecían en el centro al carecer de un recurso abierto adecuado a sus circunstancias, por lo que el mantenimiento de la medida se basaba exclusivamente en la inexistencia de recursos externos eficaces<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, los internos se enfrentan a un fuerte estigma social, pues son enfermos mentales que además han cometido un delito, lo que comporta un rechazo que dificulta su proceso de reinserción social y su adecuado tratamiento clínico en la comunidad.

Las carencias observadas y la disparidad de objetivos en el ámbito jurídico y asistencial, da lugar en la práctica a lo que la doctrina califica como fenómeno de “puerta giratoria” o “efecto ping-pong”<sup>18</sup>, que tiene lugar cuando un sujeto que adolece de cierta patología mental entra en contacto con el ámbito carcelario nada más cometer un hecho previsto como delito. Si el delito es grave, el enfermo ingresará en prisión como preventivo, donde habitualmente pasará a la enfermería de la prisión, de modo

---

<sup>17</sup> ORTIZ GONZALEZ, A. L., *Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad. Aspectos prácticos más relevantes*, Madrid.2013

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352824371695&ssbinary=true>

<sup>18</sup> MAGRO SERVET, V. *Casística práctica del internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad*. Diario la Ley, nº 6594, 2006, Año XXVII ref. D-248. Ed La Ley; y CACERES GARCIA, J.M. *Las medidas de seguridad...* op. cit., pag 8 (pp 97-98)

que los servicios médicos del centro penitenciario comunicarán al Juez la necesidad de atención en un centro especializado psiquiátrico. En muchas ocasiones, dicho centro pone de manifiesto al Juez que no cuenta con medidas de seguridad para atenderlo, lo que implicará su reingreso en prisión y, si finalmente se consigue su internamiento en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, una vez peritado y compensado, se comunica al Juez la vuelta al centro de origen, esto es nuevamente a prisión. Tras ello, si una vez celebrado el juicio oral se aprecia una eximente de responsabilidad y la sentencia acuerda una medida de seguridad de internamiento, el sujeto reingresará en el hospital penitenciario. Además, durante la ejecución de la medida, puede darse incluso el supuesto del cese de la medida y el cumplimiento de la pena privativa de libertad en casos de eximente incompleta. De este modo, teniendo en cuenta que el ámbito carcelario y su régimen de cumplimiento no se adecua a las especiales circunstancias de estos enfermos, pues muchas veces son objeto y sujetos de violencia<sup>19</sup>, semejante “tránsito” por los distintos centros puede suponer en muchos de los casos una agravación de la enfermedad, pues también debe tenerse en cuenta que el contacto con el mundo carcelario supone un alto riesgo de estigmatización, por la propia estructura y organización del centro y las características de la población reclusa que no adolece de estas patologías.

Así las cosas, inicialmente, se aprecia en muchas ocasiones un inexistente y eficaz diagnóstico previo y ausencia de estructuras de tutela para las personas que padecen un determinado trastorno mental, siendo trasladado de uno a otro recurso sin que ninguno de ellos se muestre capaz de evitar finalmente la comisión de un delito que, en la mayoría de ocasiones, no reviste especial gravedad pero sí reiteración, hasta que alguno sí llega a alcanzar gravedad y trascendencia, lo que posibilita que el sistema judicial imponga una medida privativa de libertad. Aunque, en puridad, esta medida tiene como objeto la curación del trastorno mental de este enfermo, la administración da nuevamente una respuesta inadecuada y el sistema penitenciario es el único que el enfermo encuentra para hacer frente a sus específicas necesidades de salud. Por ello, es esencial la inversión en el sistema sanitario, pues la prevención ahorraría inconvenientes a la comunidad, tanto económicos, como sociales y morales y, lo que es más importante, supondría un tratamiento más acorde de un problema que no deja de ser inicialmente sanitario (protección de la salud), de modo que ocuparse de los enfermos

---

<sup>19</sup> SANCHEZ BURSON, J.. Los pacientes mentales en prisión. Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XXI, nº 78, pp. 139-153.

mentales antes de que entren en conflicto con la justicia debería ser la prioridad para todos los servicios sociosanitarios.

Y dicha situación se agrava una vez transcurrido el tiempo máximo establecido en la liquidación de la medida, si el sujeto no está incapacitado judicialmente y persiste la patología, o incluso si está incapacitado y su tutor no puede hacerse cargo de él y no existe plaza en centros especiales, por lo que cabe plantearse cuál debe ser el destino de esta persona. Así, seis meses antes de que el paciente acabe de cumplir la totalidad de la medida de seguridad, el equipo multidisciplinar del centro deberá decidir si el enfermo requiere un “internamiento civil”, a tenor de lo dispuesto en el art. 763 LEC. En este sentido, el artículo 104.2 CP establece que cuando se aplique una medida de internamiento, el juez o tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad del vencimiento, a efectos de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera del Código Penal<sup>20</sup>.

En estos casos, si el tratamiento médico ha tenido una duración determinada y es preciso que la situación de internamiento persista, ello significará que el tratamiento no ha surtido efecto y, en consecuencia, puede concluirse que la citada peligrosidad criminal -que fue la que fundamentó la imposición de la medida de seguridad- sigue intacta, si bien tras varios años de hallarse privado de libertad en centro penitenciario, parece que ahora no exista problema para que siga internado en una institución no penitenciaria. Y en aquellos supuestos en los que no se adopte esta medida de internamiento en centro civil, la ausencia de contactos con las Unidades de Salud Mental tras la excarcelación, implica paradójicamente que sea en los centros penitenciarios donde únicamente haya podido ofrecérsele la oportunidad de estar atendido médicamente y de recibir el tratamiento farmacológico que precisa<sup>21</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico, más allá de la peligrosidad criminal a la que hace referencia la legislación vigente, debería fundamentarse en la necesidad terapéutica, pues en realidad la constitución de dicha

---

<sup>20</sup> Dicha DA 1ª prevé: “cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3º del artículo 20 de este código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

<sup>21</sup> PEREZ MARTÍNEZ, E. Psiquiatría penitenciaria. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, 2004. Vol. 6, num. 3, pp. 97-101

medida viene determinada por el hecho de que la persona que ha cometido un hecho delictivo está exenta de responsabilidad criminal, precisamente por sufrir una grave patología mental que le impide comprender la ilicitud de su acto o actuar conforme a dicha comprensión.

No obstante lo anterior, el tratamiento que la normativa penal hace de esta medida privativa de libertad y su desarrollo efectivo responde más a parámetros estrictamente jurídicos y penológicos, al vincular la necesidad del internamiento con la peligrosidad criminal del sujeto, de lo que se desprende la siempre difícil relación entre Derecho Penal y Medicina, pues no puede obviarse que uno de los principios rectores de la política social de un Estado de derecho es garantizar la protección de la salud.

En la práctica, las dificultades que presenta la aplicación de una medida de internamiento derivan de la carencia de instrumentos eficaces para el desarrollo efectivo de esa finalidad terapéutica, tanto desde el punto de vista de la escasez de centros y medios adecuados para llevarla a efecto, como del personal especializado. En este sentido, la ausencia de centros psiquiátricos de la red pública sanitaria que puedan dar respuesta a este tipo de medidas, supone su cumplimiento en los propios centros penitenciarios lo cual, desde el punto de vista médico, no es aconsejable para el tratamiento de la patología que presenta el sujeto declarado exento de responsabilidad dado que, aún cuando se prevén ciertas especialidades en la normativa penitenciaria, no son centros concebidos para la asistencia terapéutica, así como que los enfermos entran en contacto con el resto de la población reclusa lo que, en ocasiones, resulta conflictivo.

Los escasos centros psiquiátricos penitenciarios que existen en nuestro país se muestran insuficientes para dar cobertura a todos los casos, ante la falta de recursos materiales y personales, a lo que debe añadirse en la mayoría de los supuestos su lejanía respecto al entorno familiar del interno, de modo que la falta de contacto con su núcleo de origen resulta contraproducente para lograr su estabilización y reintegración en la sociedad, de suerte que la medida puede llevar a la inocuización del sujeto.

Por otro lado, los centros psiquiátricos de la red pública sanitaria no cuentan con medios de contención y control que puedan garantizar la ejecución de la medida, por lo que en muchas ocasiones rechazan a los internos de medida de seguridad aduciendo la falta de seguridad.

De lo anterior se concluye la necesidad de articular un modelo organizativo que, sin olvidar las razones que han llevado a un órgano judicial a constituir una medida de seguridad de internamiento, se base principalmente en las necesidades clínicas de los pacientes y en los requerimientos de seguridad que cada caso necesite, dotando de más recursos a la administración sanitaria que haga posible el desarrollo del internamiento en centros realmente adecuados a las patologías que presentan los sujetos declarados exentos de responsabilidad criminal y a la evolución de su tratamiento.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARROYO-COBO, J.M. *Estrategias asistenciales de los problemas de salud mental en el mundo penitenciario, el caso español en el contexto europeo*. Revista Española de Sanidad Penitenciaria 2011; Vol. 13, num. 3.

CACERES GARCIA, J.M. “*Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria*”, en *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007

ESBEC, E. “*Violencia y trastorno mental*” en *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*. Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

GARCIA GONZALEZ, J. *La psiquiatría en la España de fin de siglo. Un estudio sobre la reforma psiquiátrica y las nuevas formas de atención en salud mental*. Ed. Díaz de Santos SA. Madrid, 1998

GOMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. “*Algunas cuestiones sobre la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico*” en *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V. *Casística práctica del internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad*. Diario La Ley num. 6594, Año XXVII. Ed. La Ley, 2006.

PEREZ MARTÍNEZ, E. *Psiquiatría penitenciaria*. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, 2004. Vol. 6, num. 3



RAMOS MONTES, J. *La atención a la salud mental en los diferentes ámbitos de la ejecución penal: ¿qué modelo necesitamos?* Revista Española de Sanidad Penitenciaria, Vol. 14 nº 2, Barcelona julio-oct, 2012.

RODRIGUEZ SAEZ, J.A *El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico.* Diario La Ley nº 7762, Año XXXII Ed. La Ley, 2011

SANCHEZ BURSON, J.. *Los pacientes mentales en prisión.* Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XXI, nº 78.

VICENS, E; TORT, V; DUEÑAS R.M; MURO, A; PEREZ-ARNAU, F; ARROYO, J. *The prevalence of mental disorders in Spanish prisons,* Criminal Behav. Mental Health, 2011.

# NO ES MI CULPA, FUE MI CEREBRO. ¿ES ÉSTA UNA AFIRMACIÓN VÁLIDA PARA APLICAR LA INIMPUTABILIDAD A INDIVIDUOS CON TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD Y PSICÓPATAS?

CUSTODIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ

*Doctoranda Derecho Penal y Criminología UNED*

RESUMEN: En este artículo se aborda el estudio de la responsabilidad jurídica e inimputabilidad de los delitos cometidos por individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas, así como los supuestos que se han desarrollado en más de una treintena de años en las neurociencias para refutar un concepto fundamental del derecho penal moderno, esto es, el pensamiento de que en el hombre existe libertad para actuar y decidir su conducta ilícita. Bajo el esquema de la neurociencia, no existiría la aludida libertad, puesto que ésta sería un espejismo ya que el cerebro ordenaría previamente nuestra conducta.

## I. CONFLUENCIA DE DERECHO Y NEUROCIENCIA.

El derecho tiene por objeto la regulación de las relaciones entre las personas, mediante el dictado de supuestos hipotéticos, generales y abstractos de conducta descritos en la norma, con el propósito de la protección de un valor justo y conveniente para la sociedad en la que tiene validez.

Por otra parte, se atribuye al cerebro la facultad de constituir la causa o razón de todo comportamiento, entonces no resulta difícil entender la necesaria confluencia y el sentido inevitable de convergencia entre el derecho y la neurociencia.

Como explica GARZÓN VALDEZ, a partir de los experimentos neurológicos realizados en los años ochenta del siglo pasado, por el profesor Dr. BENJAMÍN LIBET, del Centro de Neurociencia de la Universidad de California at Davis, “la vieja discusión acerca de hasta qué punto somos libres autores de nuestro comportamiento ha despertado renovado interés no sólo entre científicos del cerebro y filósofos puros sino también entre filósofos del derecho y penalistas”. Y concluye su pensamiento: “No existe un correlato neuronal de la conciencia. Los argumentos que se aducen ya no son únicamente filosóficos sino que pretenden sustentación empírico científica”<sup>1</sup>.

El problema no radica precisamente, en la aceptación generalizada de esta premisa, donde todos parecen estar de alguna manera de acuerdo, ya que sin la presencia del cerebro no se concibe la posibilidad de manifestación de voluntad alguna,

---

<sup>1</sup> GARZÓN VALDÉS, E., “Cerebro y responsabilidad penal”, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, enero 2011.

a lo que debe agregarse otra conclusión igualmente válida, en el sentido de que los avances de las investigaciones y certezas científicas acerca del cerebro que se adquieran en el futuro, tendrán inevitablemente una mayor repercusión sobre las ciencias normativas.

La gran diferencia entre las diversas posiciones, radica en el mayor o menor grado de determinabilidad o necesidad que se le asigna a este fenómeno, el que para unos, será inevitablemente universal y absorbente y para otros, por el contrario, sólo una cuestión importante, pero sin llegar a asignarle un grado de rigidez semejante en lo que respecta a las conclusiones específicas.

La cuestión pasa por la solución de fórmulas que sobre la base del respeto y reconocimiento de ambas realidades y sin que una lleve a la desaparición de la otra, sea factible encontrar un punto de reunión, equilibrio o confluencia entre ellas que permita la supervivencia de ambas, cuestión donde se libra actualmente el debate más profundo de la “neurociencia y el derecho”.

Quizás, para ser más exactos, habría que remontarse al campo de la ética y reflexionar en torno a conceptos como “conciencia” o “libre albedrío”<sup>2</sup>, es decir, la posibilidad de mantener los márgenes de libertad suficiente como para que una persona pueda ser responsable de sus propios actos, situación que desaparece en el caso de llegar a conclusiones capaces de sostener que el hombre actúa condicionado o influenciado absolutamente por los mandatos e imperativos de su cerebro, de forma tal que, el azar de la imposición determinista hace desaparecer las diversas opciones posibles.

Lo mismo sucede con la explicación relacionada con la toma de “conocimiento de sí mismo”, en el sentido de que si ésta existe, lo es sólo por obra y decisiones del cerebro, o si por el contrario, resulta factible encontrar otros elementos colaboradores,

---

<sup>2</sup> CAPÓ, M., NADAL, M., RAMOS, C., FERNÁNDEZ, A., CELA CONDE, C. J. “Neuroética, derecho y neurociencia”, *Ludus Vitalis*, vol. XIV, núm. 25, 2006, p. 163 y ss.. Describen con mucha precisión las vinculaciones que median en el uso de la técnicas de imaginería cerebral para investigar los correlatos neuronales de ciertos comportamientos en la toma de decisiones morales, en el sentido de brindar explicaciones sobre dimensiones clásicas de la personalidad, tales como la extroversión o la neurosis. Por otra parte, aluden también a la vinculación de estas disciplinas con aspectos posibles de interés de la filosofía tradicional, que incluyen: “i) la ética de la práctica neurocientífica como una extensión de la bioética tradicional; ii) la preocupación por la mejora o potenciación de las capacidades cognitivas (*cognitive enhancement*) y finalmente iii) los posibles usos jurídicos de los avances neurocientíficos, ya sea como medio de prueba o mediante la modificación, gracias a estos avances, de ciertas concepciones jurídicas.

tales como los que provienen de circunstancias culturales, ambientales o personales, capaces de influir conjuntamente con los mandatos encefálicos en relación a la estricta conciencia del “yo personal”.

Algunos autores, con la finalidad de formular el desarrollo lógico de esta cuestión, se preguntan si es posible establecer una diferenciación entre mente y cerebro<sup>3</sup>, o siguiendo este razonamiento, si el órgano anatómico conforma sólo una parte ubicada dentro de un todo que integran los elementos gravitantes de la conducta de una persona, aunque de ninguna manera la comprenden o subsumen dentro de una visión exclusivista y absoluta.

La respuesta a este interrogante que preocupara a filósofos y juristas desde hace muchísimos años, se advierte claramente en el pensamiento de DESCARTES cuando describía la mente “como una misteriosa sustancia inmaterial independiente, pero a la vez unida en relación causal con el cuerpo”<sup>4</sup>, todo ello en alineación con las versiones más antiguas influidas -seguramente-, por posturas dogmáticas o religiosas que consideraban las diferencias existentes entre mente y alma, como si se tratasen de dos componentes autónomos, uno material y el otro espiritual, que deben ser considerados en forma independiente para el hallazgo de una descripción completa y detallada de la conducta humana.

Parece suficientemente claro, que las reflexiones precedentes nos transportan nada menos que al concepto mismo de libertad o libre albedrío, presupuestos ontológicos únicos y exclusivos para atribuir a la persona un juicio de reproche moral o atribución de responsabilidad legal.

Sólo quien se encuentra bajo el “completo dominio” o “imperio de sí”, con aptitud

---

<sup>3</sup> PARDO, M. S./PATTERSON, D., “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia”, *InDret*, Barcelona, abril-2011, en <http://www.indret.com/pdf/819.pdf>. En el abstract de este magnífico y erudito trabajo, se afirma: “Según una amplia variedad de académicos, científicos y responsables políticos, la neurociencia acabará por transformar el derecho. Muchos neurojuristas -valedores del poder de la Neurociencia sobre el derecho- proceden a partir de premisas problemáticas acerca de la relación existente entre mente y cerebro. En este artículo los profesores Pardo y Patterson sostienen que las explicaciones neurolegalistas de la naturaleza de la mente no son plausibles y que sus conclusiones han sido artificiosamente infladas. Por ende, las pretensiones neurolegalistas acerca del poder de la neurociencia sobre el derecho no pueden ser sostenidas. Los autores tratan una amplia selección de ejemplos, entre los que se incluyen la detección de mentiras, los fundamentos del derecho penal, la toma de decisiones económicas, la toma de decisiones morales y las teorías generales de la Ciencia y del Derecho”.

<sup>4</sup> DESCARTES, R., “Res extensa y res cogitans”. *Vid.*, GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, nota nº 7, pág. 28.

para discernir entre diversas alternativas y elegir en consecuencia, configuraría el supuesto supeditado a imponer a esa conducta una sanción de responsabilidad, tanto de orden resarcitivo como punitivo.

Para construir una “teoría de la responsabilidad”, debe buscarse fundamento sobre el presupuesto ineludible de la libertad o libre albedrío y completo discernimiento del autor respecto de los hechos o actos que van a ser objeto de juicio o valoración judicial.

Acorde a las consideraciones precedentes y en particular, en lo referente a la temática de las relaciones que vinculan la “mente” y el “cerebro”, se perfilan dos grandes corrientes, a saber:

Por un lado, aparecen las posiciones “unitarias”, “materialistas” o “deterministas”, que asignan al cerebro una participación absoluta y excluyente de todo otro factor o consideración como causa eficiente o atribución causal de la conducta humana.

Contrapuesta con la posición anterior, se establecen otras teorías que llamaremos dualistas las que, sin dejar de reconocer la importancia de las tareas que cumple el “cerebro”, -observación que, por otra parte, parece obvia- no se le asignan funciones absolutas, admitiendo por el contrario, una diversidad de factores y habilidades que a la postre inciden o contribuyen sobre la eficacia y efectos de toda manifestación de voluntad.

Esta concepción “unitaria”, “materialista” o “determinista”<sup>5</sup> concibe a la mente como reducida o absorbida totalmente por el cerebro, de forma tal que todos los negocios, actos u operaciones posibles, terminan siendo explicados a través de las funciones específicas de este órgano en particular, de forma tal que no queda nada fuera de este contexto y premisa lógica fundamental.

Las distintas observaciones que se asocian normalmente con la mente, sólo encuentran una razón válida a través del cerebro, atribuyéndole no sólo el discurrir o el pensar (vida discursiva), sino también las creencias, emociones, percepciones y sentimientos (vida afectiva)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> PARDO/PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia”, *op. cit.*, nota 9.

<sup>6</sup> GARZÓN VALDÉS, “Cerebro y responsabilidad penal”, *op. cit.*, nota N° 7, p. 27, que textualmente expresa: “Todas (las) manifestaciones del comportamiento (...) pueden ser (...) remitidas a procesos neuronales en el sentido de una relación causal (...) el cerebro humano casi no se diferencia en nada del de los animales; (...) Dado que con respecto al cerebro de los animales no tenemos ningún motivo para dudar

Dicho de otra manera, todo lo que se ve o puede llegar a ser objeto de tratamiento por el derecho, resulta siempre de una exteriorización o manifestación cerebral, de forma tal que, nada puede encontrarse fuera de su protagonismo y centralidad con respecto a la vida de relación entre las personas.

Desde esta perspectiva se simplifica la sinergia del comportamiento de las personas, a través de afirmaciones categóricas y terminantes, como “tú eres el cerebro” y por la identificación de la base neuronal del comportamiento, nos proyectan obligatoriamente sobre cuestiones o conceptos como el libre albedrío, la libertad y lógicamente -porque no podría ser de otra manera-, al contenido y alcance de todo juicio de imputación que haga el derecho en torno a la construcción de una “teoría de la responsabilidad”.

De esta manera el núcleo al interrogante que tiende a arrojar luz acerca de una determinada exteriorización de la de voluntad, concluye con la necesidad de otra investigación inevitable: ¿era o fue él o su cerebro?

## **II. MI CEREBRO ME HIZO HACER ESO.**

Unas de las afirmaciones sólidas en la literatura sobre el cerebro es que nosotros somos nuestro cerebro o, al menos, cuando nuestro cerebro sufre alguna alteración hay registros de “alteración en nuestro yo”<sup>7</sup>. Esto no ocurre, por ejemplo, cuando sufrimos

---

que todo el comportamiento se basa en funciones del cerebro y, por lo tanto, está sometido a las leyes deterministas de procesos físico-químicos, la tesis del condicionamiento material del comportamiento debe valer también para las personas. (...) Las células nerviosas de un caracol funcionan según los mismos principios que las células nerviosas de la corteza cerebral humana. (...) Esto nos conduce a la muy desagradable conclusión de que todo lo que hace que seamos lo que somos y nos diferencia de los animales y, por lo tanto, todo lo que posibilita nuestra evolución cultural se basa en un aumento cuantitativo de una determinada estructura cerebral”.

<sup>7</sup> Uno de los casos frecuentemente referidos para demostrar esta relación ha sido ampliamente divulgado en el año 2002. Un hombre de 40 años de edad, profesor de escuela, comienza a visitar sitios web de pornografía infantil. Amigos y familiares se extrañaron su comportamiento y después de un examen y una investigación al respecto sobre los fuertes dolores de cabeza que sentía fue detectado por el fMRI un tumor casi del tamaño de un pequeño huevo en su lóbulo frontal. Después de una operación que retiró el tumor, sus impulsos de visitar los sitios web de pornografía infantil cesaron. Meses después vuelve a sentir impulsos pedófilos y fuertes dolores de cabeza. Los exámenes realizados identifican que un nuevo tumor había crecido en el lugar del antiguo. Esta fue la primera vez que relacionaron los problemas en el cerebro con el comportamiento pedófilo. BURNS, J.M., and SWERDLOW, R. H., “Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign”, in *Archives of Neurology*, 60, 2003, p. 438.; TOST, H./ VOLLMERT, C./BRASSEN, S./SCHMITT, A./DRESSING, H./BRAUS, D.F., “Pedophilia: Neuropsychological evidence encouraging a brain network perspective”, in *Medical Hypothesis*, 63, 3, 2004, p. 530.; SCHIFFER B./PESCHEL, T./PAUL, T./GIZEWSKI, E./FORSTING,

alguna lesión en nuestro brazo o pierna o, inclusive, en la espalda. Pero cuando partes de nuestra cabeza quedan afectadas perdemos la capacidad de hablar, de expresar emociones, de ver, en fin, de realizar actividades comunes.

### **1. State of Utah v. Tomas R. Herrera.**

Pocos minutos después de la medianoche del día 6 de junio de 1991, Tomas R. Herrera entró en la casa de su ex-novia Claudia Martínez<sup>8</sup>, se dirigió a su habitación y, después de estrangularla, le disparó en la cabeza dos veces, provocándole la muerte. Al salir de la habitación, Herrera se encontró con la madre de Claudia, Rosa, en la sala. Rosa, notando lo ocurrido, intentó escapar yendo a la habitación de su hijo Reuben. Herrera la persiguió y, una vez dentro de la habitación de Reuben, le disparó causándole lesiones no fatales. Se dirigió también a Reuben y le disparó errando el blanco. Lo intentó algunas veces más, pero se quedó sin munición.

Avisada por los vecinos, llegó la policía y detuvo a Herrera, leyéndole sus derechos. Herrera le contó a la policía que estaba conduciendo su coche cerca de la residencia de Claudia cuando perdió el control sobre sí mismo y decidió matarla; admitió haberlo hecho y haber atentado contra la vida de Rosa y Reuben. El Estado de Utah ejerció una acción penal contra Herrera acusándolo de homicidio y de doble atentado a la vida.

El Dr. Breck Lebegue, especialista forense, fué llamado para examinar el estado mental de Herrera en el momento de los disparos. Basándose en el examen realizado, el Dr. Breck Lebegue concluyó que Herrera sufría del Síndrome de Capgrass<sup>9</sup>. Conforme a su opinión, cuando Herrera mató a Claudia “*él creía que estaba matando a alguien que*

---

M./LEYGRAF, N./SCHEDLOWSKI, M./KRUEGER, T. H. C., “Structural brain abnormalities in the frontostriatal system and cerebellum in pedophilia”, in “Journal of Psychiatric Research, 41, 9, 2007, p. 755.

<sup>8</sup> Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee v. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant., No. 980145, FILED June 29, 1999.

<sup>9</sup> El Síndrome de Capgrass fue descrito por primera vez por Joseph Capgrass, psiquiatra francés, en 1923 al estudiar una paciente que continuamente sostenía que “dobles” habían tomado el lugar de su marido y otros conocidos. Una característica de este síndrome es el no reconocimiento de personas, lugares u objetos como “reales”, pudiéndose manifestar de forma leve o muy grave. En casos graves las personas son consideradas como “impostoras”, “alienígenas” o “robots”. Este síndrome se relaciona con sucesos de lesiones cerebrales comunes en accidentes que afectan a la cabeza. ELLIS, H.D./LEWIS, M. B., “Capgrass delusion: A window on face recognition”, in “*Trends in Cognitive Sciences*”, 5, 4, 2001.

*no era un ser humano*”<sup>10</sup>. Según Herrera la mafia capturó a su ex-novia y colocó en su lugar a una impostora.

También conforme a la opinión del Dr. Breck cuando Herrera atentó contra la vida de Rosa y Reuben, él sabía que estaba atentando contra la vida de seres humanos.

Herrera fue condenado por el atentado a la vida de Rosa y Reuben y considerado mentalmente enfermo en cuanto a la acusación de matar a Claudia.

La defensa de Herrera argumentó para el recurso que teniendo en cuenta que se ha considerado enfermo a Herrera y, por lo tanto, no pasible de encarcelamiento por la muerte de Claudia, se debería utilizar el mismo argumento para los atentados contra la vida de Rosa y Reuben, considerando que forman parte del mismo episodio de crisis. Este argumento fue rechazado por el juez dado que, según la opinión del especialista, distinguir víctimas no es incompatible con el síndrome, de modo que puede sufrir locura en cuanto a determinadas personas y no en cuanto a otras.

## **2. People State New York v. Herbert Weinstein.**

“Yo no hice eso, fue mi cerebro” es la síntesis de una defensa paradójica según la cual los defectos en el cerebro - demostrados por fMRI (Resonancias Magnéticas Funcionales) - sugieren el origen del acto violento<sup>11</sup>.

En lo referente al caso *People State New York v. Herbert Weinstein*<sup>12</sup>, de 1992, el abogado de 65 años de edad Herbert Weinstein fue acusado de asesinato. Conforme a la acusación, Weinstein mató a su mujer, Bárbara, por estrangulamiento, y para encubrir el crimen, fingió un suicidio arrojándola desde el 12º piso del apartamento en el que vivían

---

<sup>10</sup> Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee v. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant., No. 980145, FILED June 29, 1999.

<sup>11</sup> Se registra el caso de Brian Dugan como el primero en utilizar esa técnica para efectos judiciales (antes de eso otra técnica ya había sido empleada para analizar la condición cerebral de John Hinckley Jr, cuando éste atentó contra la vida del Presidente de los EEUU Ronad Reagan para llamar la atención de la actriz Jodie Foster). Dugan fue sometido a un exhaustivo examen de resonancia magnética cerebral (fMRI) por más de 90 minutos, bajo la supervisión de Kent Kiehl, neurocientífico de la Universidad de Nuevo México. El propósito del examen era comprender cómo funcionaba el cerebro de Dugan y si era posible usar esos datos en el juicio. Dugan había sido condenado por estupro y asesinato de 3 personas. Jeanine Nicarico, de Illinois, fue su primera víctima. En el año 1983 Dugan la llevó a su coche y la violó en el asiento de atrás golpeándola hasta matarla. En el año 1984 mató a su segunda víctima, una enfermera. El crimen fue parecido al primero. Dugan la violó y la mató abandonando su cuerpo inerte poco después. El tercer crimen tuvo como víctima una niña de 7 años de edad que estaba andando en bicicleta. Dugan la violó y la mató, tirándola a la basura. V. Hughes, *Head case*, in “*Nature*”, 464, 18, 340-342, 2010, pp. 340-342.

<sup>12</sup> Supreme Court of New York, *People State New York v. Herbert Weinstein*, October 8 (1992).



en Manhattan.

Con el objetivo de apoyar la defensa, se anexaron los escáneres del cerebro de Weinstein (PET - *Positron Emission Tomography*). El propósito de las imágenes era el de posibilitar que neurólogos y psiquiatras estudiaran las funciones metabólicas del cerebro de Weinstein en sus varias regiones. La defensa de Weinstein afirmó que él tenía lesiones en el lóbulo frontal del cerebro causado por un quiste aracnoideo, de modo que, según los especialistas, su presencia se encontraría exactamente en la parte del cerebro que controla todo el pensamiento y el comportamiento voluntario<sup>13</sup>.

La acusación argumentó que la prueba del quiste aracnoideo no debería ser admitida en el proceso. Conforme a la decisión del juez Richard Carruthers, bajo la regla de la admisibilidad de la prueba, podían mostrarse las imágenes del cerebro, pero no sería posible decirles a los jurados que éstas estarían indiscutiblemente relacionada con la violencia. Fundamentó su decisión invocando precedentes de *People v. Stone*<sup>14</sup> y *People v. Sugden*<sup>15</sup>. El especialista forense, Dr. Daniel Martell, por lo tanto, sólo declaró que la tecnología era nueva y prometedora en el análisis del comportamiento humano.

Conforme a lo expuesto por el especialista Daniel Martell, “las debilidades cognitivas son señales de disfunción en el lóbulo frontal”. Según él, “los daños en el lóbulo frontal pueden presentar erosiones en la capacidad de juicio de la persona. Este es el aspecto generalmente aceptado como válido en el campo de la psiquiatría, psicología y neurología”<sup>16</sup>.

Esas lesiones fueron provocadas por un quiste aracnoideo. Los quistes aracnoideos son sacos de líquido localizados entre las membranas que cubren el cerebro que forman una red parecida a una tela de araña, como el propio nombre sugiere. Los quistes aracnoideos son de naturaleza congénita, es decir, ya están presentes en el

---

<sup>13</sup> El lóbulo frontal en los seres humanos es responsable del control de las llamadas funciones ejecutivas del cerebro. La habilidad de actuar racionalmente y de planear constituyen sus más importantes funciones. El lóbulo frontal, en otras palabras, es el área responsable del poder cognitivo humano. Según las evidencias disponibles, los daños al lóbulo frontal pueden generar efectos adversos en la capacidad de la persona de actuar racionalmente.

<sup>14</sup> 35 N.Y. 2d 69 (1974). <https://casetext.com/case/people-v-stone-80>

<sup>15</sup> 35 N.Y. 2d 453 (1974). [http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453\\_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN](http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN)

<sup>16</sup> 35 N.Y. 2d 453 (1974). [http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453\\_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN](http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN)

nacimiento.

Once días después del cierre de las consideraciones, el acusado fue condenado con una reducción de pena. A partir de este caso, la pericia de neurocientíficos es frecuente en otros procesos, sobre todo norteamericanos.

### **3. Roper v. Simmons.**

Los niños pueden saber lo que es correcto y lo que no. Hay estudios que señalan que los niños de hasta 6 años de edad saben que matar es incorrecto. Entretanto, dada la inmadurez de sus cerebros, los niños y los adolescentes tienen menor capacidad para controlar sus impulsos, para usar la razón como guía de comportamiento o, inclusive, para reflexionar con respecto a las posibles implicaciones de sus actos. Esta fue la conclusión del caso *Roper v. Simmons*, según la cual condenar niños y adolescentes a muerte viola la Constitución Norteamericana.

Con apenas 17 años de edad, Christopher Simmons planeó el asesinato de Shirley Crook conjuntamente con dos amigos: Charler Benjamin y John Tessmer. El plan era cometer un asalto y matar a la víctima arrojándola desde un puente. En el medio de la noche los tres se encontraron, pero John Tessmer desistió en el último instante. Simmons y Benjamin entraron en la casa de la víctima; robaron y cubriéndole la cabeza a Shirley y atándole las manos la arrojaron desde el puente.

En el juicio las pruebas en contra de Simmons fueron consideradas consistentes, inclusive contando con su confesión, habiéndose realizado una reconstitución del crimen con la presencia del propio Simons y grabado en video para ser mostrada al Jurado. Después de deliberar, el Jurado regresó con el veredicto de pena de muerte, incluso habiendo tenido en cuenta las circunstancias atenuantes del caso. Simmons a partir de entonces aguardaría la fecha para su ejecución.

Sin embargo, en el año 2002, la Suprema Corte decidió el caso *Atkins v. Virginia*<sup>17</sup>, según el cual las personas con problemas mentales no podrían ser condenadas a la pena de muerte. La defensa de Simmons, así, presentó una solicitud para que se considere el caso de adolescentes con el fin de extender la imposibilidad de

---

<sup>17</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). <https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZS.html>

la pena de muerte<sup>18</sup>.

El 13 de octubre de 2004 la Suprema Corte retomó el caso *Simmons* y, aceptando la posición de especialistas, estableció, en su decisión, tres razones para impedir que jóvenes criminales sean incluidos entre los criminales pasibles de pena de muerte.

En primer lugar, “[la] falta de madurez y un sentido de responsabilidad subdesarrollado se encuentra con más frecuencia en jóvenes que en adultos; y son más comprensibles entre los jóvenes. Estas cualidades muchas veces tienen como resultado acciones y decisiones impetuosas o irreflexivas”<sup>19</sup>.

La segunda área de diferencia es que los jóvenes son más vulnerables o susceptibles a influencias negativas y presiones externas, incluyendo la presión de los colegas<sup>20</sup>. “La [j]uventud es más que un hecho cronológico. Es un tiempo y una condición de vida, cuando una persona puede ser más susceptible a la influencia y a los daños psicológicos”. “Esto se explica en parte por la circunstancia predominante de que los jóvenes tienen menos control, o menos experiencia con el control, sobre su propio ambiente”<sup>21</sup>.

La tercera gran diferencia es que el carácter de un joven no está tan bien formado como el de un adulto. Los trazos de personalidad de los jóvenes son más transitorios, menos fijos. Esas diferencias hacen dudar de las conclusiones de que un joven se ajuste entre los peores criminales; “... su conducta irresponsable no es tan moralmente reprobable como la de un adulto”, decidió la Corte. Su propia vulnerabilidad y comparable falta de control sobre su entorno inmediato significa que “... los jóvenes merecen más perdón que los adultos por no escapar de las influencias negativas de su medio ambiente”<sup>22</sup>.

En este sentido, en *Simmons* la Corte decidió que: a) Las personas menores de 18 años son diferentes y esta diferencia resulta de un proceso cerebral en formación; b) Puede haber excepciones a la afirmación presente en “a”, pero nadie puede decir con

---

<sup>18</sup> US Supreme Court, n° 03-633, *Donald P. Roper v. Christopher Simmons*, Brief for the American Psychological Association, and the Missouri Psychological Association as Amici Curiae, pp. 1-30. <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/roper.pdf>

<sup>19</sup> *Íbid.*

<sup>20</sup> *Íbid.*

<sup>21</sup> *Vid.* STEINBERG & SCOTT, “Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty, *Am. Psychologist*, 2003, p. 1009.

<sup>22</sup> *Íbid.*

certeza qué excepciones son esas; y c) Respecto a la pena de muerte, la Corte establece un límite a su imposición a menores de 18 años de edad.

#### **4. Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n.**

Recientemente, en el caso *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n*, la Suprema Corte Norteamericana anuló una ley del Estado de California que prohibía la venta o alquiler a menores de videojuegos que hayan sido “catalogados como juegos violentos” (*California Civil Code*, Section 1746.1)<sup>23</sup>. La justificación de la ley californiana es la afirmación según la cual los videojuegos violentos pueden causar problemas psicológicos serios en menores de 18 años de edad.

El caso se inició el 7 de octubre de 2005, cuando el entonces gobernador del Estado de California, Arnold Schwarzenegger, firmó la ley *California Civil Code* §§ 1746–1746.5 que prohíbe el alquiler o la venta de juegos violentos a menores estableciendo una sanción de 1.000 dólares por su violación. Según la definición de la referida ley, un juego es violento cuando:

“(…) la gama de opciones disponibles para un jugador incluye asesinato, mutilación, desmembramiento o abuso sexual de la imagen de un ser humano, si esos actos están representados en el juego de una manera que realiza cualquiera de las siguientes condiciones:

(i) Una persona razonable, teniendo en cuenta el juego en su conjunto, encontraría apelaciones [sic] a un interés desviado o morboso de los menores.

(ii) Es claramente ofensivo a las normas vigentes en la comunidad en cuanto a lo apropiado para menores.

(iii) Hace que el juego, en su conjunto, carezca en forma grave de valor literario, artístico, político o científico para los menores.

(iv) Permite al jugador infligir virtualmente graves lesiones a las imágenes de seres humanos o personajes con características sustancialmente humanas de una manera que es especialmente atroz, cruel o depravada en cuanto implica abuso físico o tortura grave a la víctima”. Antes que la ley produjera sus efectos, *Entertainment Merchants Association* y *Entertainment Software Association*, alegando violación del derecho a la

---

<sup>23</sup> *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Association*, 08-1448. <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/08-1448>

libertad de expresión protegido en la Primera Enmienda de la Constitución Americana, invocaron su inconstitucionalidad<sup>24</sup>. El Estado de California presentó en sus alegaciones la opinión de especialistas y varias escenas violentas de videojuegos, tales como “*Grand Theft Auto Vice City*” y “*Duke Nukem 3D*” en los cuales las personas son asesinadas de formas distintas y brutales. El tribunal del distrito decidió a favor de los productores y distribuidores de juegos. Después de apelar a la 9ª Corte del distrito, ésta confirmó la decisión local.

El Estado de California pidió entonces que la Suprema Corte debería declarar la constitucionalidad de la ley californiana bajo el estándar legal establecido en *Ginsberg v. New York*, referido a la prohibición de la exposición de material de contenido sexual. Para reforzar su posición anexó estudios analizando el impacto de materiales violentos, incluyendo en ellos videojuegos. Considerando el vasto interés del mercado en el caso, 31 opiniones de especialistas fueron presentadas al mismo, financiadas tanto por defensores de la ley como por aquellos que deseaban la declaración de su inconstitucionalidad y, por tanto, la libertad de venta de los videojuegos.

Apoyando la posición del Estado de California, tanto la Asociación Americana de Psicología (APA, por sus siglas en inglés, 2005) como la Academia Americana de Pediatría (AAP, por sus siglas en inglés, 2009) emitieron declaraciones formales afirmando que investigaciones científicas “concluyen que la exposición a videojuegos violentos provoca un aumento en la probabilidad en el comportamiento posterior agresivo en niños y adolescentes (...) y también que se ha apreciado que los videojuegos violentos aumentan los pensamientos agresivos, los sentimientos de agresividad, la desensibilización a la violencia física y disminuye el comportamiento prosocial”<sup>25</sup>.

Conforme a la decisión de la Suprema Corte, “*dado que el acto implica una restricción en el contenido del discurso protegido, esto es inválido a menos que California pueda demostrar que está justificado por un interés gubernamental convincente y está estrechamente demarcado para servir a dicho interés (...)*”. Según la

---

<sup>24</sup> Amendment I. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

<sup>25</sup> *Brief of Amicus Curiae of California State Senator Leland Y. Yee, Ph.D., the California Chapter of the American Academy of Pediatrics, and the California Psychological Association in Support of Petitioners, Brown v. Entm’t Merchs. Ass’n*, 130 S. Ct. 2398 (2010) (No. 08-1448), 2010 WL 2937557.

conclusión de la Corte, “*El Estado de California no logró presentar este estándar*”<sup>26</sup>.

Si bien el sistema continental que seguimos en nuestro país para establecer sanciones penales es diferente al que sigue la tradición antes expuesta, dado que utilizamos una estructura dogmática que descansa en la Teoría del Delito con más de ciento treinta años de desarrollo doctrinario, no es menos cierto que, tal como sucede en el Derecho anglosajón, nuevos avances de las ciencias empíricas poco a poco intentan erosionar las bases del sistema penal, considerando la base del reproche –la idea de libertad del delincuente en el momento del hecho– sería un concepto falaz. Volvería así la clásica discusión entre determinismo y libre albedrío.

Estos incompatibles esquemas han tenido centurias de avances, retrocesos y estancamientos. La conceptualización del hombre como un ser determinado de antemano por su especial fisonomía orgánica, en que la estructura cerebral le predispone a actuar de una forma establecida *versus* la libertad plena con que gozaría para actuar, eligiendo libremente, por ejemplo, el comportamiento a demérito o el acto socialmente bueno, ha tenido una literatura vasta a lo largo de los años, acuñada por autores de conocida experiencia y tradición científica.

La neurociencia ha entregado un componente nuevo a este antiguo debate que ha sido recibido con intensa cobertura en España, Alemania y Estados Unidos, aportando un esencial dato que a los penalistas puede causarles recelo: en el hombre no hay libertad –nunca la hubo–, elemento fundante tradicional de la culpabilidad, requisito inequívoco para aplicar pena en un Estado Democrático de Derecho, sino más bien, estaríamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables<sup>27</sup>. Así, el profesor español Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ señala con acierto que, bajo estos parámetros científicos, “*no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras*”<sup>28</sup>.

Estimamos que la mejor manera de presentar esta discusión no puede serlo

---

<sup>26</sup> *Íbid.*

<sup>27</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”. *Revista InDret.*, No 2, 2011, p. 3. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/806.pdf>> [Consulta: 20 de abril de 2015].

<sup>28</sup> *Íbid.*

realizando una refutación con antecedentes fundados en la biología o la anatomía<sup>29</sup>, sino que debemos tratar de dilucidar desde las Ciencias Jurídicas, con sus métodos, doctrinas e historia, si los componentes tradicionales de la culpabilidad pueden servir de auxilio para la supervivencia del concepto, que hoy fundamenta la aplicación de la privación más clara y comunicativamente más brutal de que se vale el Estado para el resguardo del orden social y el restablecimiento normativo: la pena<sup>30</sup>. Por ende, este no es un trabajo de neurociencias, sino que uno de Derecho Penal, que busca reflexionar si la pretendida erosión sufrida es profunda o más bien obedece a una nueva versión del clásico determinismo.

Una reflexión de HASSEMER podría ponernos en antecedentes:

“En el momento actual, las ciencias naturales gozan de prestigio y tienen poder. Su metodología de la observación domina hoy nuestra cultura cotidiana por completo y sin competencia alguna, y, como es natural, también la obtención de conocimientos en el proceso penal; quien no puede apoyar sus argumentos en la observación, es un loco a nuestros ojos. Mientras que la teología hace tiempo que ha pagado en la cultura occidental su error categórico de pretender poder explicar la génesis de la Tierra –con excepción de algunos relictos creacionistas–, no son pocos entre nosotros los que gustan de la maldad del patólogo de que no ha descubierto alma alguna al abrir el cadáver, por lo que ésta, en consecuencia, no existiría”<sup>31</sup>.

En opinión de CANCIO MELIÁ<sup>32</sup>, en los últimos años asistimos a un verdadero vendaval en el marco de la discusión filosófico-moral y jurídico-penal, que ha sido

---

<sup>29</sup> Ilustrativas a este respecto resultan las palabras de HASSEMER: “Vedado me queda un recuento del estado de la biología humana, aunque sólo se limitara a lo que genera consecuencias para la concepción jurídico penal de la culpabilidad. Para hacer esto, la orquesta de la biología humana es demasiado polifónica, y mi capacidad para analizar de modo confiable su interpretación, demasiado limitada; no podría asumir la responsabilidad de tal análisis –y mucho menos de un pronóstico–. También está cerrado el camino de reflexionar conjuntamente sobre las hipótesis fundamentales de la biología humana y el Derecho Penal, y concretarlas y desarrollarlas en un procedimiento integrador”. *Vid.*, HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”. *Revista InDret.*, N° 2, p. 5. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/821.pdf> [Consulta: 20 abril 2015].

<sup>30</sup> Entenderemos a la pena no separada con la ejecución de la misma, ya que ésta, no obstante el eufemismo de hablar de *métodos alternativos a la pena privativa de libertad*, por su faz comunicativa es, a fin de cuentas, pena.

<sup>31</sup> HASSEMER, *op. cit.*, p. 7.

<sup>32</sup> CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias” en *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, Ed. Edisofer, 2013, p. 536.

generado por los más recientes avances en las investigaciones de las neurociencias. Hace poco, HASSEMER<sup>33</sup>, recientemente fallecido, describió este debate con la imagen de que desde las neurociencias llegan a los científicos sociales, y, más específicamente, a los penalistas, como cantos de sirena que llaman a repensarlo todo: nada más y nada menos que lo que es la base fundamental de todo sistema penal legítimo, el concepto de culpabilidad, o, más bien, los fundamentos de ese concepto. En algún momento, en esta discusión uno puede tener la impresión de un déjà vu respecto del intento liderado por la Scuola Positiva a principios del siglo pasado de sustituir las irracionales togas negras por las blancas batas de la ciencia.

CANCIO MELÍA agrega, que en efecto, es sabido que algunos de los protagonistas de la investigación neurocientífica, y algunos penalistas, piensan que lo que se está descubriendo en estos últimos años acerca del funcionamiento del cerebro, específicamente, acerca de cómo tienen lugar los procesos de toma de decisiones, revelan que nuestros puntos de partida fundamentales a la hora de establecer la responsabilidad penal estarían errados. Desde este punto de vista, el vendaval sería el anuncio de una tormenta, de un huracán que trastocará toda nuestra imagen sobre la noción de responsabilidad, y, con ello, modificará para siempre el conjunto del sistema de reacción frente al comportamiento desviado, llevándose consigo el Derecho penal tal y como lo conocemos. Ello por cuanto, sintética y simplificada: la noción jurídico-penal de culpabilidad se asienta en la idea de que al sujeto al que hacemos responsable por sus actos, al que consideramos culpable, le es reprochable lo que ha hecho porque podía actuar de otro modo<sup>34</sup>.

Es memorable, la opción por el Derecho que estableció el Tribunal Supremo Federal Alemán hace décadas, cuando asentó que sujeto podía decidirse a favor del Derecho y en contra de lo injusto, razón por la que es considerado culpable<sup>35</sup>.

Entonces, si es cierto, como afirman los (rectius: algunos) neurocientíficos, que en realidad las decisiones -todas las decisiones- no se toman en aquel estrato del cerebro que llamamos “yo”, es decir, por parte de las estructuras neuronales que configuran la conciencia; sino que la decisión en realidad se acomoda a procesos neuronales no conscientes, en suma, si es cierto que no “hacemos lo que queremos”, sino que

---

<sup>33</sup> HASSEMER, *op. cit.* p. 8

<sup>34</sup> CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 536 y ss.

<sup>35</sup> BGHSt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen). Alemania, Decisiones de la Corte Federal en Materia Penal, N° 2, pp. 194 y ss., 200 y s.



“queremos lo que hacemos”, todo el edificio de la responsabilidad jurídico-penal debería caer por su base, y, con él, todo nuestro sistema penal basado en la libertad de elección, el reproche y la culpabilidad, para dar paso a un nuevo modo de tratar el comportamiento desviado, asentado sobre la peligrosidad y su tratamiento, y no sobre la culpabilidad y su castigo. Sin embargo este “optimismo” neurocientífico es precipitado e ingenuo, siendo que la gran mayoría de los penalistas estiman que no es necesario remover los cimientos de la culpabilidad, ni del Derecho Penal<sup>36</sup>.

No es necesario, desde esta perspectiva, retomar la discusión sobre el libre albedrío, que parece más propia de la teología natural en la tradición cristiana, porque esta discusión no es la propia de un sistema social como es el Derecho penal. Desde la perspectiva del concepto funcional de culpabilidad -desarrollado por JAKOBS-, como ha dicho DEMETRIO CRESPO<sup>37</sup>, la fundamentación de la culpabilidad en la prevención general positiva es “inmune” a las dudas sembradas por la neurociencia en torno a la existencia de una libertad humana en sentido enfático-empírico. Desde esta posición se puede decir, ya desde un principio, que la cuestión está mal planteada: el sistema penal es una institución social, por lo que aquello que no llegue a ese plano es sencillamente irrelevante. Si el concepto de culpabilidad viene determinado por las necesidades de la prevención general positiva, es irrelevante que de pronto se descubra que todos los seres humanos están plenamente determinados por procesos neuronales inconscientes u otros factores, ya que ello no podrá modificar las necesidades del control social de ningún modo, al ser la descripción de un fenómeno ubicuo en el entorno. Ya se había señalado que la visión de JAKOBS acerca de la culpabilidad lo hacía “impermeable” al objeto de estudio de esta tesis, incluso para este autor, la discusión sería probablemente intrascendente<sup>38</sup>.

### **III. LA PSICOPATÍA COMO TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD.**

Como es sabido, la psicopatía no pertenece al núcleo duro de enfermedades o anomalías mentales que han sido exhaustivamente investigadas y plenamente descritas por la ciencia médica. Por el contrario, casi toda la investigación estrictamente médico-empírica sobre el fenómeno es muy reciente, está todavía *in fieri*. esto se aprecia con

---

<sup>36</sup> CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 530.

<sup>37</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, en *InDret* 2/2011, <http://www.indret.com/pdf/807.pdf>

<sup>38</sup> *Ibid.*

claridad en el hecho de que no ha logrado entrar aún en el canon médico del DSM-IV, aunque, según parece, la nueva versión, ahora en elaboración, de este estándar vaya a incorporarla<sup>39</sup>.

De momento, por lo tanto, el diagnóstico –y, por lo tanto, la definición– de la psicopatía depende de instrumentos de análisis “externo” de conducta, en particular, de la *Psychopathy Checklist/Revised* (PCL-R), elaborada por el psicólogo canadiense Hare, mediante la cual se obtiene una puntuación (en principio, sobre 20 ítems) en atención a que concurran en la persona determinadas características de personalidad que se expresan en su conducta.

No se trata aquí de entrar en los pormenores de ese método diagnóstico, ni en las características específicas de la psicopatía. A los efectos que aquí interesan, bastará con recordar que la psicopatía consiste en una completa ausencia de empatía, lo que conduce al psicópata a una disposición anormal que puede calificarse de “daltonismo moral”: los psicópatas presentan una completa ausencia de frenos inhibitorios respecto de la realización de comportamientos socialmente desvalorados<sup>40</sup>.

De acuerdo con la definición de la psicopatía que parece ser dominante, estas características, en primer lugar, se presentan en un continuo, es decir que desde la “normalidad” hasta la psicopatía más grave hay una escala gradual; en segundo lugar, no existe hasta el momento tratamiento alguno para la psicopatía –afirmándose, incluso, que intentarlo puede tener efectos negativos– como se ha visto con base en la experiencia penitenciaria, y, en tercer lugar, no están claras las causas de esta disposición, siendo la aproximación mayoritaria multifactorial, en la que concurrirían tanto elementos presentes desde el nacimiento como influencias derivadas de la historia vital del individuo, del entorno (sosteniéndose por parte de algunos –sin que esto sea generalmente aceptado– que habría, en correspondencia, psicópatas primarios y secundarios siguiendo la clasificación de ROBERT D. HARE).

Según parece, la psicopatía es una constante antropológica. En todas las épocas y en todas las culturas, un porcentaje estable de la población puede ser considerado psicópata, en torno a un 0,5 a 1,5% de los varones, aunque se piensa que es en realidad un 2%, porque, de acuerdo con un sector de los autores –como dicen destacados

---

<sup>39</sup> CANCIO MELIÁ, *op. cit.* p. 533.

<sup>40</sup> *Ibid.*

neurocientíficos-, por razones que “siguen siendo un misterio”<sup>41</sup>, es un fenómeno casi exclusivamente masculino. Estos sujetos presentan una tendencia a cometer infracciones criminales que cabe considerar muy superior al resto de la población: las estimaciones que circulan afirman que de un 15% a un 25% de la población reclusa está constituida por autores psicópatas<sup>42</sup>.

Sin embargo, el statu quo de la investigación científica respecto de la psicopatía está cambiando de una manera radical desde hace algunos (pocos) años. El protagonista de esta evolución es, junto con otros métodos de neuroimagen, sobre todo el procedimiento de escáner cerebral llamado fMRI, es decir, *Functional Magnetic Resonance Imaging*, que tanta relevancia tiene, en general, en los nuevos avances neurocientíficos. Esta técnica mide -y representa gráficamente en una imagen del cerebro- la actividad hemodinámica cerebral. Por lo tanto, no se trata de una “fotografía” de la actividad neuronal en sí misma, sino de una de sus consecuencias, esto es, una mayor irrigación sanguínea que delata la actividad neuronal. Lo que se hace para medirla es subdividir al cerebro en unos 130.000 cubos de unos tres milímetros de dimensión de lado -los vóxeles- y se mide para cada uno de ellos dos veces la señal BOLD (*Blood Oxygen Level Determination*): una vez en estado de reposo, y otra cuando se le demanda a la persona sometida al ensayo que realice una determinada tarea (como puede ser contemplar una imagen). La señal será más intensa cuanto mayor sea el nivel de oxígeno demandado, que crece cuanto mayor es la actividad neuronal. La computadora calcula para cada uno de los vóxeles por separado si existe una diferencia significativa de irrigación -y, en consecuencia, de actividad neuronal- en la situación de reposo o en la tarea hecha en el ensayo. De ahí se obtiene una neuroimagen tridimensional, una vez coloreadas las diferencias, de la que cabe deducir muchos elementos de la morfología funcional del cerebro examinado<sup>43</sup>.

Así se abre una puerta, por primera vez en la historia de la humanidad, que resulta decisiva también para el estudio de la psicopatía: en lugar de aproximarse al fenómeno desde afuera, esto es, desde el comportamiento de quien padece la afección, o de sus propias manifestaciones acerca de determinadas características de su personalidad y de su conducta, se puede observar directamente el funcionamiento del cerebro,

---

<sup>41</sup> KIEHL, K. A./ BUCKHOLTZ, J. W., “Inside the Mind of a Psychopath”, en *Scientific American*, sept./oct. 2010, páginas 22 y ss.

<sup>42</sup> CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 533.

<sup>43</sup> *Íbid.*, p. 534.

identificando así diferencias anatómico-funcionales entre psicópatas y no psicópatas. Estos estudios, en rapidísimo progreso en la actualidad, han generado, en lo esencial, dos hipótesis: por un lado, varios autores apuntan a diferencias morfológicas en el sistema de respuesta emocional (amígdala y sistema paralímbico)<sup>44</sup> ; y por otro a diferencias en el ciclo de ansiedad/atención<sup>45</sup>. En todo caso, son innegables los paralelismos entre sujetos psicópatas y personas que han sufrido lesiones en el córtex ventromedial prefrontal<sup>46</sup>.

Ahora bien, y ésta es una de las más importantes cautelas, el principal if: en la actualidad, esta técnica -igual que otras similares- está aún lejos de proveer conclusiones claras, debido a que se encuentra aún en una fase inicial desde el punto de vista metodológico, lo que no dejan de reconocer sus más entusiastas promotores<sup>47</sup>. En primer lugar, por mucho que a un lego le pueda parecer que tres milímetros de lado, y 130.000 vóxeles, es mucha resolución, en realidad es una red muy, muy gruesa: cada vóxel contiene entre 300.000 y tres millones de neuronas, 100 km de líneas neuronales y 27.000 millones de sinapsis. En segundo lugar, es esencial la decisión del director del ensayo a la hora de fijar el umbral de relevancia en la actividad hemodinámica que estime relevante. En este sentido, es famoso el artículo, firmado por un grupo de neuropsicólogos liderado por CRAIG M. BENNETT<sup>48</sup>, que da cuenta de un experimento hecho con ayuda de la técnica fMRI. En este experimento, se demostraron al individuo sometido al ensayo una serie de fotografías de personas exteriorizando diversos estados emocionales, para averiguar la respuesta neuronal del sujeto del ensayo. Éste mostró, como en otros experimentos de este tipo, significativas diferencias en la reacción neuronal frente a unas y otras imágenes. Cosa bastante sorprendente, pues se trataba de un salmón muerto. Se observa, pues, que dependiendo de la disposición del ensayo en cuanto a la relevancia de los parámetros de medición, se puede obtener prácticamente

---

<sup>44</sup> ANDERSON, N. E./KIEHL, K. A. "The psychopath magnetized: insights from brain imaging" en *Trends in Cognitive Sciences*, N° 16, 2012, pp. 52 y ss.

<sup>45</sup> GLASS, S. J./NEWMAN, J. P. "Emotion Processing in the Criminal Psychopath: The Role of Attention in Emotion-Facilitated Memory" en *Journal of Abnormal Psychology*, N° 118, 2009, pp. 229 y ss.

<sup>46</sup> KOENIGS, M.; KRUEPKE, M.; NEWMAN, J. P. "Economic decision-making in psychopathy: A comparison with ventromedial prefrontal lesion patients" en *Neuropsychologia* N°48, 2010, pp. 2198 y ss.

<sup>47</sup> ANDERSON, N. E., y KIEHL, K. A., *op. cit.*, p. 58.

<sup>48</sup> BENNETT, C. M., *et al.* "Neural Correlates of Interspecies Perspective Taking in the Post- Mortem Atlantic Salmon: An Argument for Proper Multiple Comparisons Correction" en *Journal for Serendipitous and Unexpected Results*, N° 1(1), 2010, pp. 1-5.

siempre una respuesta<sup>49</sup>.

Aunque lo anterior revela un fallo del método en forma casi hilarante, y se muestran de manera muy gráfica la inseguridad del mismo, hay neurocientíficos que están específicamente convencidos de que existe la posibilidad de retratar las bases neurofisiológicas de la psicopatía. Actualmente, el intento más ambicioso, actualmente en curso, es el que ha venido desarrollando el neurocientífico KIEHL en el estado de Nuevo México, viajando de centro penitenciario en centro penitenciario, se somete a un examen mediante fMRI -usando un equipo móvil ubicado en un camión- a un grupo importante de presos diagnosticados como psicópatas por métodos tradicionales, para así reunir por primera vez un grupo de datos significativo, con una base de datos de alrededor de mil individuos, que permita avanzar en la identificación de las bases neurofisiológicas de la psicopatía, y, con ello, establecer un método de diagnóstico más seguro -y más visible para su procesamiento forense- que el (ahora ya) tradicional, basado en la PCL/R de Hare<sup>50</sup>.

Supongamos hipotéticamente que en el futuro el citado método sea validado y que por tanto es fiable. Y recordemos cuáles son los elementos nucleares de la psicopatía: un déficit en la capacidad de empatía y, como consecuencia de ello, una incapacidad innata para el razonamiento moral, para reconocer emocionalmente la diferencia entre la conducta correcta y la errónea. No se trata de que los sujetos en cuestión no puedan comprender racionalmente qué está prohibido y qué no, o que no puedan controlar sus impulsos. Se trata de que lo uno y lo otro les es, por principio y radicalmente, indiferente en el plano emocional, porque carecen de las estructuras neuronales normales que tiene la abrumadora mayoría de los integrantes de cualquier grupo humano<sup>51</sup>.

En principio, podría pensarse que es éste un supuesto en el que la culpabilidad es expresión del carácter del sujeto, una “emanación de su personalidad”, en la clásica formulación de DOHNA. Es el modo de ser del psicópata el que lo hace no tener en cuenta a los demás, no considerar los intereses ajenos, y, por lo tanto, delinquir por una nimiedad con tal de que su interés egoísta quede satisfecho. Sin embargo, y con las cautelas antes referidas acerca de los necesarios niveles de certeza en el diagnóstico que

---

<sup>49</sup> CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 535.

<sup>50</sup> CANCIO MELIÁ, *op. cit.* p. 534.

<sup>51</sup> *Íbid.*

aún deben alcanzarse con las nuevas tecnologías es necesario al menos plantear otra solución. Conviene recordar las bases de la atribución de responsabilidad personal, a partir de la construcción social de la culpabilidad y de acuerdo con la concepción funcional de culpabilidad (sin que eso implique caer en el funcionalismo de JAKOBS). De acuerdo con este punto de vista, la culpabilidad es una magnitud que deriva de las necesidades de la prevención general positiva, es decir, la culpabilidad significa que la explicación de la infracción de la norma ocurrida es asignada al infractor, por ausencia de una explicación alternativa. La consecuencia es la imposición de una pena al infractor como mecanismo de estabilización contrafáctica de la norma<sup>52</sup>.

Además, el momento presente se caracteriza por una progresiva dosis de inseguridad jurídica, acrecentada por los trepidantes cambios socio-económicos y políticos, así como la irrupción de los avances tecnológicos. Ante este camino incierto iniciado por un Derecho penal en expansión, administrativizado y utilizado disparatadamente –ahora más que nunca- con el pragmatismo de un arma política<sup>53</sup>, se hace preciso insistir en la idea de elaborar un Derecho penal próximo al método científico en sentido estricto. Precisamente, en el ámbito de la imputabilidad debe reivindicarse una íntima relación entre el conocimiento psiquiátrico, genético y la argumentación penal, de tal modo que permita estructurar sobre bases científicas fiables, un discurso racional y multidisciplinar, tratando de recuperar la mutua confianza que debe gobernar la coordinación médica y jurídica en este campo<sup>54</sup>, a efectos de esclarecer con mayor certidumbre los factores desencadenantes del acto y las capacidades del sujeto de comprender lo ilícito de su actuación<sup>55</sup>.

Naturalmente, no cabe esperar de modo automático que este necesario acercamiento entre Psiquiatría, Genética y Derecho resuelva mágicamente todos los problemas que la praxis clínica y criminal presenta en la realidad diaria de cara a

---

<sup>52</sup> *Ibid*, p. 537.

<sup>53</sup> PRITTWITZ, C., “El derecho penal alemán, ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿última ratio?”, en *La insostenible situación del Derecho penal* (trad. Profesores del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, p. 428.

<sup>54</sup> Como indica la profesora HUERTA TOCILDO, “la teoría jurídica de la inimputabilidad se convierte en la puerta de entrada en el campo del Derecho penal de la moderna investigación científica acerca de la personalidad humana”, cfr. “Psiquiatría y nuevo Código Penal”, (ponencia inédita presentada al Seminario de Psiquiatría Forense, celebrado en Eurofórum de El Escorial, febrero de 1997).

<sup>55</sup> IGLESIAS RIO, M. A., “La eximente de “anomalía o alteración psíquica”. Una problemática abierta hacia el futuro científico”, en *ADPCP*, VOL. LVI, 2003, p. 155.

delimitar la frontera entre la plena responsabilidad penal y las hipótesis encuadrables en el plano de la inimputabilidad<sup>56</sup>.

A título meramente ejemplificativo, podemos adelantar algunas inseguridades no fácilmente remediadas en el ámbito penal sustantivo y en proceso penal.

En primer lugar, la indagación de un estado psicológico resulta ciertamente complicada porque las dimensiones anímicas no son fácilmente delimitables ni susceptibles de medición matemática. No hay fórmulas irrefutables que puedan certificar ni el funcionamiento ni lo que discurre por el cerebro de cualquier ser humano, sano o enfermo<sup>57</sup>; situación que se complica aún más ante las profundas discrepancias existentes entre las distintas corrientes doctrinales en el ámbito de la psiquiatría a la hora de diagnosticar un caso o emitir un determinado informe pericial. No es de extrañar entonces que todas las conclusiones divergentes que confluyen en el análisis de la conducta de un sujeto contribuyen, en cierto modo, a mermar credibilidad entre los profanos o relativizar el incuestionable carácter científico de los resultados alcanzados<sup>58</sup>. Y, si además interviene un Tribunal con Jurados, cuyos miembros no se encuentran familiarizados con las sutiles disquisiciones jurídicas ni con la ininteligible terminología médica o bioética, a la hora de decidir pueden sentirse más influidos por las imágenes preconcebidas en la literatura o en el cine que por el contenido de los dictámenes técnicos<sup>59</sup>.

En segundo lugar, el análisis de los distintos elementos del delito, también por supuesto el juicio sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto, ha de referirse retroactivamente al instante puntual y concreto en que actuó u omitió la acción debida,

---

<sup>56</sup> De hecho, en algunos momentos, la función de la psiquiatría en general y sus métodos de tratamiento forense han sido puestos en cuestión no sólo por parte de los juristas sino también por la propia ciencia médico-legal, llegándose a generalizar una sensación de cierto pesimismo y desconfianza ante los resultados alcanzados y a discutir incluso la delimitación del ámbito competencial entre Psiquiatría y Derecho. Más aún, algunas corrientes han propuesto renunciar en muchos casos a los diagnósticos psiquiátricos y concentrar los esfuerzos en terapias de orden social. No obstante, el desarrollo de la psiquiatría ha evidenciado que el rechazo al diagnóstico es un camino erróneo y que una clasificación lo más precisa posible de las anomalías psíquicas es una condición indispensable para la solución de los problemas del sujeto. Vid. IGLESIAS RIO, *op. cit.* pp. 155-156.

<sup>57</sup> En parte, debido a la crisis que afecta al propio concepto de “enfermedad y sus límites fronterizos con la “normalidad” al menos en sentido técnico, especialmente si se acepta, como se dice, que en el 80 por 100 de la población se puede detectar algún grado de enfermedad mental (aunque, evidentemente, no sea penalmente relevante). Vid. IGLESIAS RIO, *op. cit.* p. 156, nota a pie de p. nº 17.

<sup>58</sup> Parece inevitable que los expertos incorporen en sus dictámenes juicios de valor personales o las propias preconcepciones culturales, aun cuando ello desestabilice de algún modo la objetividad de su actuación profesional.

<sup>59</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995. (Un análisis médico-legal de los arts. 20.1 y 20.2)*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 30-31.

no al momento del resultado ni tampoco al momento presente en el que se tramita el procedimiento penal<sup>60</sup>. Esto añade una dificultad más si cabe, de naturaleza probatoria en sede procesal al tema que nos ocupa, porque todo peritaje psiquiátrico debe proceder a una reconstrucción *ex post facto* de aquel originario estado mental o psicológico del sujeto –que, sin embargo, no es susceptible de una reproducción experimental idéntica– para decidir si, al momento del hecho, estaba en condiciones de responder a la norma. No es extraño que tal exploración sobre el presunto autor del delito se realice semanas, meses o incluso años después de la comisión del hecho delictivo<sup>61</sup>; cuando esto es así, los especialistas en medicina legal reconocen que dicha exploración puede arrojar unos datos indicativos de que la patología o los factores codeterminantes del hecho hayan experimentado una aminoración considerable o, sencillamente, que por tratarse de un supuesto trastorno mental transitorio no se detecta o, excepcionalmente, no ha quedado rastro de déficit morboso alguno con base patológica endógena ni exógena<sup>62</sup> que pudiera singularizar su repercusión en las capacidades del sujeto<sup>63</sup>.

Desde otra perspectiva, a estos problemas hay que sumar los que pudieran derivarse de una exploración llevada a cabo cuando el sujeto se encuentra sometido a tratamiento farmacológico o mediatizado por el consumo de drogas tóxicas, pues los resultados obtenidos en estas condiciones estarían viciados y, tendrían que equipararse a la práctica de una “prueba prohibida” análoga al caso del narcoanálisis<sup>64</sup>.

En tercer lugar, la determinación concreta del juicio de imputabilidad se complica todavía más desde el momento en que debe ser el resultado de un proceso individualizado, sin que pueda acudirse al criterio abstracto del hombre medio o al

---

<sup>60</sup> TORÍO LÓPEZ, A., “La capacidad limitada de autodeterminación en la reforma del sistema penal” *Jornadas de estudio de la deficiencia mental en la región castellano-leonesa*, Valladolid, 1981, pp. 15 y ss.; del mismo “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación”, *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez Vitoria*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 967 y ss.

<sup>61</sup> Así ha sucedido en una serie de casos muy conocidos, entre los que podemos recordar, el del asesino de los naipes en Madrid, las muertes de las jóvenes de Mijas y Coín o de un matrimonio en Talavera, acaecidas hasta diez años antes de la detención de los sospechosos.

<sup>62</sup> Los supuestos de trastorno mental transitorio, aunque generalmente descansan sobre una “base constitucional morbosa o patológica”, no es exigible su comprobación para apreciar la eximente, como estima la STS 15-4-98, al determinar que “en persona sin tara alguna posible la aparición indicada de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que la priva de toda capacidad de raciocinio, eliminado y anulando el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza”.

<sup>63</sup> IGLESIAS RÍO, *op. cit.* p. 158.

<sup>64</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 24 y ss., esp. 28 y ss. Naturalmente, a no ser que se tratase de una hipótesis encuadrable en el art. 20.2 CP.



parámetro impersonal de un hipotético sujeto racional<sup>65</sup>. Incluso, se ha demostrado desde el punto de vista médico legal que las disfunciones que presentan algunas anomalías, como las neurosis obsesivas o las alteraciones pasionales, se manifiestan o inciden sólo en determinados –no en todos- ámbitos conductuales exógenos que han podido influir en la conducta o morfología del acto<sup>66</sup>

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

Para el hallazgo de una explicación completa del comportamiento de individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas debe tenerse en cuenta, en el ámbito de la imputabilidad, una íntima relación entre el conocimiento psiquiátrico, genético y la argumentación penal, de tal modo que permita estructurar sobre bases científicas fiables, un discurso racional y multidisciplinar, tratando de recuperar la mutua confianza que debe gobernar la coordinación médica y jurídica en este campo, a efectos de esclarecer con mayor certidumbre los factores desencadenantes del acto y las capacidades del sujeto de comprender lo ilícito de su actuación.

Una observación más amplia y abarcadora del fenómeno de la conducta, permite afirmar que además del cerebro, debe considerarse otro grupo de elementos como los mencionados precedentemente, los que cada uno de ellos evaluados en su conjunto, constituyen la respuesta integradora acerca de los factores gravitantes para una determinada manifestación de voluntad, conclusión que, obviamente, nos lleva a un puerto completamente diferente respecto de la problemática referida a la confluencia entre “derecho y neurociencias”.

Si a todo esto le trasladamos el interrogante central que formulamos anteriormente en cuanto a ¿era o fue él o su cerebro?, la respuesta en este caso no será “son uno y el mismo”, sino que se podrá decir que “es uno y su circunstancia”, que incluye y comprende toda esta otra serie de elementos concurrentes que en forma conjunta y al unísono, justifican el comportamiento humano como manifestación de toda la persona sin identificarlo exclusivamente con las funciones encefálicas.

Liberados de esta suerte de determinismo cerebral, donde todo encuentra su razón de ser a través del condicionamiento inferido de sus propias funciones, la neurociencia busca encontrar sus espacios de autonomía dentro del terreno más amplio como el que

---

<sup>65</sup> IGLESIAS RÍO, *op. cit.* p. 158.

<sup>66</sup> *Íbid.*

constituyen las ciencias normativas, aportando su cuota de certidumbre en lo que respecta a los elementos de prueba, como así igualmente y desde una visión filosófica, sobre los conceptos de Justicia, Moral y Libertad.

Desde esta perspectiva, el “dualismo” coopera indudablemente aportando diagnósticos certeros o juicios científicos con validez universal que permiten frente a ciertas situaciones, una mejor comprensión de las conductas, pero siempre fuera de esa suerte de subsunción absoluta del cerebro respecto de todo lo que conforma en su integridad el ser humano, tanto en aspectos estrictamente discursivos o racionales, como así en lo referido a sentimientos, emociones, estructuras culturales, genéticas, etcétera.

A la luz de lo relacionado precedentemente, cabe concluir que la actividad neuronal por sí misma, no es suficiente para encontrar el fundamento y desarrollo del comportamiento de los hombres, porque el conocer o tener conciencia de las cosas que nos ocurren o rodean, no es sólo tener cerebro a través de un particular estado físico o anatómico, sino que debe integrarse con las demás habilidades psicológicas y categorías mentales que lo integran y completan, según lo ha desarrollado esta teoría con todo cuidado y prolijidad.

En definitiva compartimos el juicio de PARDO/PATTERSON<sup>67</sup> cuando se plantea la disyuntiva acerca de dónde se encuentra situada la mente, si en el alma cartesiana o por el contrario, en el cerebro; nos proponen como mejor respuesta la aseveración de que la conducta humana constituye el “criterio del conocimiento” y no un “estado cerebral”.

Nuestras conclusiones referidas a la problemática de la confluencia entre derecho y neurociencia, consiste en apartarnos de toda posición unilateral o sesgada del fenómeno, porque entendemos que estos avances experimentados por la medicina respecto del estudio del cerebro, se transformarán en una ciencia auxiliar imprescindible

---

<sup>67</sup> PARDO, M/PATTERSON, D., “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia” en InDret, 2/2011, nota 9, pp. 8 y 17, <http://www.indret.com/pdf/819.pdf> Sostienen los autores de la nota que constituye una falacia mereológica (falacia relativa a la relación lógica entre las partes y el todo) en atribuir la capacidad o la función a una parte, lo que sólo es atribuible correctamente al conjunto del cual aquélla no es más que eso, una parte. Con referencia a autores como el filósofo Daniel DENNET, el neurocientífico Maxwell BENNET y el filósofo Peter HACKER responden que “En el sentido que el ser humano posee información el cerebro no posee nada”. Continúan desarrollando este pensamiento afirmando: “Conocer no es estar en un estado particular. El conocer es una capacidad, por ejemplo, de responder a la pregunta correctamente. La medida de veracidad de su respuesta no se encuentra en el estado neuronal de su cerebro”.

en el funcionamiento de la justicia, pues aportarán certidumbre y certeza en los mecanismos de comprobación o descubrimiento de la verdad, como así incluso respecto de sus resultados o veredictos, pero seguimos convencidos de que la libertad y el libre albedrío del hombre -y de todo hombre- constituye el elemento imprescindible para construir el concepto de responsabilidad, sin la cual resulta difícil comprender la esencia y razón de ser de las ciencias normativas.

En definitiva, auguramos una convivencia cada vez más estrecha, quizás con un incremento proporcional al estado de avance de sus investigaciones y estudios, pero todo ello sin que destruya el basamento moral<sup>68</sup> de la libertad de las personas como fundamento y base cierta de toda construcción jurídica formal.

---

<sup>68</sup>ECHARTE, L., “Hacia una nueva filosofía de la neuroética”. <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/192-neuroetica-hacia-una-nueva-filosofia-de-la-neurociencia> En este importante trabajo se define la neuroética como el conjunto de estudios que ponen en relación la neurociencia con las ciencias sociales. El autor cita a su vez, el pensamiento de HARPER, director de la prestigiosa *Dana Foundation*, emitida durante las sesiones del Congreso de San Francisco de 2002, cuando refiriéndose a este problema, expresó: “Puede llamársela como se quiera... pero el tren de la neuroética ya ha salido de la Estación”. Cierra estas reflexiones, con el pensamiento de BANGA, J., director de *Health Sciences of Clinical Ethics*, de la *Emory University*, en el sentido de que “la contribución de las ciencias sobre el cerebro a nuestro conocimiento de la naturaleza del razonamiento moral y de la conducta moral”. En definitiva, subraya el autor acerca de la necesidad de una toma de conciencia sobre cómo puede llegar cambiar la neurociencia nuestra comprensión del fenómeno humano y qué efectos se derivan de dicho cambio.

# **EL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL.<sup>1</sup>**

MARÍA JOSÉ LESCANO

Doctora en Derecho Penal Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca (España). Secretaria del Instituto de Derechos del Niño (IDN) y profesora en la Especialización de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Jueza titular del Juzgado de Garantías del Joven Nro. 1 del Departamento Judicial de La Plata. (Prov. Bs. As.).

**RESUMEN:** El trabajo brinda un análisis novedoso en relación al Anteproyecto de ley que propone reformar el código penal argentino. La observación y crítica del mentado anteproyecto se realiza a partir de la concepción del nuevo Derecho de la Infancia surgido al amparo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del proceso de transición normativa que se viene desarrollando a lo largo de todo el territorio nacional. En esta específica materia Argentina sancionó la ley 26.061 relativa a la “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, pero se encuentra en mora con relación a la sanción de una ley penal juvenil que responda, de igual manera, al paradigma consagrado por la Convención. Entre tanto, ¿cómo correspondería aplicar la ley 22.278 (régimen penal de la minoridad) si finalmente se alcanza la reforma propuesta para el Código Penal?

## **I. INTRODUCCIÓN**

En el mes febrero del año 2014 fue presentado a la señora Presidenta de los argentinos un anteproyecto de reforma al código penal. Los doctores Zaffaroni, Gil Lavedra, Arslanián, Pinedo y Barbagelata, integraron la comisión de expertos que participaron en su elaboración, y pese a que esa propuesta no había ingresado al Poder Legislativo, la mera iniciativa suscitó acalorados enfrentamientos.

Más allá de los reales móviles que pudieron haber incidido para que públicamente se dieran a conocer las críticas que se fueron formulando a esa propuesta de ley, es importante reconocer que la ciudadanía no se reveló ajena al debate de este acontecimiento normativo.

Sea por el abordaje que recibió el tema a través de los distintos medios de comunicación, o por el reconocimiento de las personalidades que integraron dicha comisión reformadora, o dada la prioridad socialmente reconocida a los valores que se hallan en juego -atento la magnitud de la reforma que se propone-, lo cierto es que la

---

<sup>1</sup> - Este trabajo ha sido presentado en el Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata en mayo de 2014 para difundir en su revista virtual. Cfr. <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>

comunidad asumió decididamente el compromiso de participar, de alguna manera en las discusiones liminares que hacen a la gestación de un nuevo código penal.

Las universidades, los colegios profesionales, los gremios y los distintos ámbitos de la escena política se abocaron al tratamiento de la cuestión.

Este fenómeno, que se aparta de los patrones hedonistas e individualistas que caracterizan las sociedades postmodernas, sin dudas resulta auspicioso, pues en definitiva abrir los canales de participación ciudadana, fortalece las bases del sistema democrático argentino que transita aún, una etapa de diaria construcción.

La consolidación de la democracia requiere procesos de racionalidad legislativa.<sup>2</sup> Si realmente se espera que el futuro código penal argentino alcance altos niveles de legitimidad, la decisión de los legisladores que lo consagre debe ser producto de un conjunto de requisitos formales y materiales. Es decir que debe cumplir con los mecanismos constitucionales previstos para acceder a los acuerdos parlamentarios para obtener la formal aprobación de la ley y asimismo responder de manera fiel a las inquietudes y necesidades sociales.

Sin lugar a dudas que entre las preocupaciones ciudadanas se halla el debate acerca de cuál debería ser la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por jóvenes. Y más específicamente, cómo habría que diseñar una nueva normativa nacional que profile un sistema de justicia penal juvenil acorde a los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (CIDN).

Llamativamente el anteproyecto de reforma al código penal excluye el tratamiento de la cuestión. Sólo se alude al régimen penal del menor como una materia a ser regulada en otra oportunidad a través de una ley especial, como si la problemática de los jóvenes infractores a la ley penal no fuese un tema central a priorizar, por la actual política estatal.

En el camino de transformación legal propiciado, debemos señalar lo preocupante que resulta que en el marco de una profunda reforma al ordenamiento jurídico penal argentino, se haya omitido la consideración de una normativa actualizada relativa a la regulación de la responsabilidad penal juvenil. Recuérdese que la sanción de una novel

---

<sup>2</sup> DIEZ RIPOLLEZ, José Luis; "El control de constitucionalidad de las leyes penales", *Estudios críticos del Derecho Penal moderno*, Sabadini compilador, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2011, p 156.

legislación constituye una exigencia interna como también de carácter internacional, pues el Estado Argentino, como país adherente a la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, ha sido en reiteradas ocasiones exhortado a cumplir los compromisos asumidos ante la comunidad internacional.

Si tal suerte es la que finalmente ha de correr la sanción de un nuevo código penal en Argentina, tendremos que imaginar cómo incidirá esta reforma en la aplicación del derecho por los tribunales de responsabilidad penal juvenil, ello debido a la evidente vinculación que existe entre ambos contextos normativos.

## **II. DECRETO NRO. 678:**

Por Decreto 678, del 7 de mayo de 2012, el Poder Ejecutivo dispuso la creación de la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del código penal de la Nación y designó como su presidente al entonces Juez integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, al doctor Eugenio Zaffaroni.

A esta comisión se le encomendó la ardua tarea de revisar, desde una mirada actualizada, la normativa penal y de proveer a su integración a fin de producir un único cuerpo normativo.<sup>3</sup> Un nuevo código penal que concentre todas las normas punitivas, que se revelan dispersas y desarticuladas, a causa de las diversas reformas parciales habidas durante los más de 90 años de su entrada en vigencia.

Expresamente, se brinda como fundamento en el referido decreto, la necesidad de readecuar todo el sistema penal, porque las escalas penales inicialmente consideradas fueron perdiendo equilibrio y proporcionalidad, a consecuencia de las accidentadas reformas acaecidas, que fueron alterando su coherencia originaria.

Del decreto se observa con nitidez la preocupación por corregir la disfuncionalidad que ocasionó la excesiva sanción de leyes penales especiales, porque lograr la sistematización e integración del ordenamiento punitivo, hace al cumplimiento del mandato de codificación previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Consolidar la interrelación normativa permite, por otra parte, garantizar que el principio que presume a la ley conocida por todos, no se siga erosionando.

---

<sup>3</sup> Se estableció un plazo de 180 días corridos para proceder a la elevación del proyecto de ley al Poder Ejecutivo nacional a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Pero existen otros postulados de raigambre constitucional que avalan la necesidad de reforma. Alcanzar un mayor nivel de sistematización normativa encuentra su razón en el conjunto de principios que fueron incorporados al derecho interno a través de los tratados internacionales de derechos humanos que, desde el año 1994, integran el texto Constitucional argentino.

En otro orden, acceder a la armoniosa articulación de las normas punitivas, contribuirá ciertamente a fortalecer el proceso de integración regional que se encuentra desarrollando nuestro país a través del Mercosur, presupuesto clave para facilitar la coordinación de las estrategias legales a desplegar entre los Estados miembros.<sup>4</sup>

### **III. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL ARGENTINO:**

El anteproyecto exhibe una expresión de motivos y se estructura, al igual que el actual código en una parte general y otra especial. En la parte especial se propone una reorganización sistemática, modificando la jerarquía brindada a los diferentes bienes jurídicos tutelados por las normas contenidas en las diversas figuras penales.

Debatir el anteproyecto desde la mirada de los derechos de los niños y de los adolescentes exige realizar previamente un análisis transversal a lo largo de todo su articulado. La modificación de los principios generales en los que se asienta el ordenamiento punitivo, como así también aquellas relativas a la variación del ámbito punible en los tipos penales, incide en la delimitación del Derecho de la infancia que, no restringe su estudio a los casos de jóvenes infractores de ley, sino también alcanza los supuestos en que un niño resulta víctima y su estudio adquiere indiscutible resonancia dogmática.<sup>5</sup>

Sin embargo, dado los límites de este trabajo, nuestro interés reside en identificar y reflexionar acerca de cuál ha sido la opción político criminal y dogmática escogida a

---

<sup>4</sup> En la construcción de un nuevo sistema hay que tomar en cuenta las características que va adquiriendo el denominado derecho de la modernidad que incluye al derecho penal, proceso en el que se observa un fenómeno de internacionalización como consecuencia natural de la estructura del ordenamiento jurídico supranacional que se ha ido configurando. Cfr. HEINE, Günter; "La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 430.

<sup>5</sup> El Derecho de la Infancia debe estudiar también al niño cuando se halla en situación de damnificado por el delito. El niño víctima tiene una innegable importancia para la reflexión del ámbito de la punibilidad que describen las distintas figuras típicas. Asimismo su estudio en ocasiones es fundamento de punición, prueba de ello es la creación del denominado "grooming", con la consagración del delito previsto en el actual art. 131 del código penal argentino ( Cfr. Ley 26.094 de 2013).

tenor del anteproyecto, respecto del sistema penal juvenil. Es decir cuál ha de ser la reacción estatal frente a los hechos cometidos por jóvenes infractores.

En esta inteligencia, podemos advertir que entre los primeros preceptos contenidos en el título primero de la parte general, se halla una norma que circunscribe el ámbito material y personal de aplicación. Así, reza el art. 4 del anteproyecto:

1. *Las disposiciones generales de este código se aplicaran a todas las infracción es y penas previstas por cualquier otra ley*

2. *Este Código se aplicara a los hechos cometidos por mayores de dieciocho años. El régimen penal de menores se establecerá en una ley especial*

#### **IV. RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD, LEY NRO. 22278:**

Si bien resulta opinable que el anteproyecto haya decidido derivar la regulación del régimen penal juvenil a una ley especial podría pensarse, en última instancia, que se busca de tal modo, garantizar el principio de especialidad sobre el que se asientan los sistemas penales juveniles más actualizados.<sup>6</sup>

En Argentina la regulación legal de la responsabilidad penal del menor ya había sido extraída del código penal con antelación, en tanto se entendía que las infracciones cometidas por menores requerían de un abordaje especial, respondiendo a la entonces ideología reinante, de origen pedagógico tutelar.

Esa decisión de naturaleza política criminal se consagró con la sanción de la ley 14.394 de 1954, por la cual se derogaron los arts. 36 a 39 del C.P.( 1921).<sup>7</sup> Así las consecuencias jurídicas previstas por la ley para quienes cometían acciones delictuales, fueron contempladas de manera diversa si las personas involucradas en la perpetración del delito eran inimputables.

Dicha legislación partía de la concepción de que la delincuencia juvenil era un síntoma de abandono y que el Estado debía intervenir para regularizar la situación del

---

<sup>6</sup> La CIDN recomienda a los Estados la implementación de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y/o adolescentes no tienen capacidad para infringir leyes, configurándose así un límite decisivo para regular un sistema penal general y otro para adolescentes. En este sentido también puede consultarse la Opinión Consultiva 17/2002 párrafos 98, 109 y 12 y las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Cfr. BARBIROTTTO, Pablo; "El principio de especialidad en la justicia penal de los niños y adolescentes", en <http://www.pensamientopenal.org.ar/el-principio-de-especialidad-en-la-ley-penal-juvenil-por-pablo-barbirotto/>, publicado el 1/09/14.

<sup>7</sup> DE LA RUA, Jorge; *El Código Penal argentino*. Parte General. Ed. Depalma, 2da edición, Buenos Aires, 1997, p. 661.



menor y en, su caso evitar, la respuesta sancionatoria retributiva. Así, con un criterio de tinte biológico, creó tres categorías en función de su edad: los menores inimputables, los inimputables de sanción eventual y los plenamente imputables.<sup>8</sup>

Posteriormente, en 1980 el régimen legal de la minoridad fue sustituido por la ley 22.278, que con algunas reformas posteriores – y aún a partir de la redefinición que impuso la Convención Internacional sobre los Derechos del niño acerca de sus presupuestos-, ha conservado su vigencia.

No obstante, es dable advertir que una cosa es determinar que la reforma del régimen penal juvenil deba realizarse a través de una ley especial, pero otra muy distinta es que esta cuestión se haya excluido del proceso de debate y reforma legal propuesta.

La decisión de exilar el abordaje normativo de la responsabilidad penal juvenil del anteproyecto resulta difícil de comprender. En primer lugar, se contradice con los propios objetivos indicados en el Decreto Número 678, pero además revela una fractura en la orientación política que debe sustentar toda reforma de ley.

Excluir el debate de este tema tan crucial para la sociedad, pone de manifiesto una vez más la falta de integralidad y coherencia en las políticas públicas, y permite concluir que los derechos de la infancia siguen siendo, aún a partir de la Convención (CIDN) un terreno árido en el cual no muchos juristas están dispuestos a incursionar.

No hay dudas en cuanto a que una sólida política criminal que quiera realmente adecuarse a los nuevos lineamientos derivados de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país, debería estudiar y afrontar el amplio espectro de las conflictividades penales con una mirada general pero matizada, en función del sujeto infractor de ley.

Hablar de la construcción de un nuevo paradigma de la infancia, pero ignorar o relegar la reforma de ley de responsabilidad penal de los menores, es en sí mismo una opción política desafortunada que vulnera el principio del interés superior del niño (art. 3 de la CIDN),<sup>9</sup> -de indiscutible anclaje constitucional- y deja al descubierto una vez más la morosidad del Estado Argentino frente a los reclamos de modificación legal realizados por la comunidad internacional.

---

<sup>8</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo; *El menor ante el delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p.100.

<sup>9</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel; "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño" en *Justicia y Derechos del Niño*, Ed Unicef, Santiago de Chile, noviembre de 1999, p. 45.

## **V. ART. 4 DE LA LEY 22.278**

Cabe suponer que a esta altura de los acontecimientos, incorporar en el marco del debate del anteproyecto de reforma al código penal un tema tan profundo y ríspido como es la sanción de una nueva regulación acerca de la responsabilidad penal juvenil, pareciera ser una idea utópica.

Sin embargo, es nuestro deber poner de manifiesto la disfuncionalidad que ocasiona emprender una reforma de manera sesgada y parcial. Recuérdese que la gran mayoría de las provincias argentinas ya han modificado las leyes adjetivas que regulan los procedimientos en infancia, de conformidad con el sistema de promoción y protección integral de derechos consagrado por la CIDN. Por tanto en Argentina se encuentran rigiendo normas que colisionan entre sí, las de naturaleza penal que responden a la ideología del patronato y las normas procesales que inspiran en el nuevo paradigma denominado de la promoción y protección integral de derechos.

Que la ley 22.278 exprese los valores y principios propios al paradigma del patronato o también la denominada teoría de la situación irregular, es un obstáculo que generó serias dificultades interpretativas. Ardua ha sido entonces la labor de la doctrina y de la jurisprudencia para poder solventar ese dilema normativo, en tanto era indispensable sortear el conflicto jurídico a fin de garantizar la vigencia de derechos constitucionales.

Antes bien, con la aclaración formulada, del análisis de la ley 22.278 se colige que si el anteproyecto prospera, las modificaciones incorporadas incidirán de diversas maneras en el actual régimen de responsabilidad penal juvenil, porque la imputabilidad de un joven en Argentina no se configura exclusivamente por el límite de edad establecido por el legislador a través de su normativa especial.

De las especies de pena y de las escalas de pena privativa de libertad previstas por el delito objeto de punición, depende también la delimitación del ámbito de lo punible, incluyendo la pena en expectativa establecida para los casos de tentativa o para las formas de participación. También el radio de intervención penal depende de la clase de delito y de la clase de acción que debe dar origen al proceso. (Cfr. art. 1 y 2 de la ley 22.278).

En la hipótesis de que se haya deducido la correspondiente acción también durante el desenvolvimiento del proceso, la regulación de las escalas penales y su

disminución son relevantes. La pena en expectativa del delito constituye un baremo esencial para evaluar la procedencia de medidas cautelares, de la propuesta por las partes de un juicio abreviado e incluso para reconocer cuándo es necesario integrar, por ejemplo en la provincia de Buenos Aires, un tribunal de responsabilidad penal juvenil ( Cfr. Art. 27 de la ley 13.634).

En la etapa final del proceso penal juvenil, una vez dictado el auto de responsabilidad, la escala penal asimismo adquiere virtualidad en miras a la evaluación de la necesidad de imposición de pena efectiva, y consiguientemente, su individual determinación. ( Cfr. Art. 4 de la ley 22.278).

#### **VI. ART. 4 DE LA LEY 22.278:**

A los efectos de estimar el concreto impacto que la reforma al código penal argentino puede llegar a tener en el desenvolvimiento actual del sistema de justicia penal juvenil, corresponde determinar, a título ilustrativo, el sentido y alcance del art. 4 de la ley 22.278.

De dicho precepto se desprende que la facultad del juez de imponer pena a un menor se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos recaudos legales a saber:

*“1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.*

*2) Que haya cumplido dieciocho años de edad.*

*3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.*

*Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.*

*Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2”*

El artículo 4 de la ley que regula el régimen penal del menor en Argentina, otorga al juez amplias facultades para valorar si en un determinado proceso, habiéndose constatado las exigencias de merecimiento de pena, resulta realmente necesario que el sujeto declarado responsable sufra la efectiva imposición punitiva.

En esa situación un juez o un tribunal de responsabilidad penal juvenil, deberá hacer un agudo análisis de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que emanan de la causa. Practicar una audiencia y atender a las pericias que se fueron confeccionando durante el abordaje tutelar para ponderar si es justo o no, imponer pena, en tanto se hayan alcanzados los fines educativos o de resocialización previstos por la ley.

En caso de decidirse por su imposición, el magistrado deberá determinar la clase y modalidad de la sanción. Si finalmente, desde el parámetro de la mínima intervención penal, se considera que la pena privativa de libertad es la adecuada, se procederá a su determinación, pudiendo el juez reducirla, según la escala penal prevista para la tentativa del delito de que se trate.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de relevantes pronunciamientos ha ido perfilando el incipiente Derecho Penal Juvenil que está surgiendo en Argentina al amparo de la CIDN, pero estas declaraciones no se han insertado todavía claramente en el plano positivo.<sup>10</sup>

En particular, con relación a la ley 22.278, la Corte Nacional ha realizado un pormenorizado escrutinio formulando severas críticas a algunas de sus normas. Pero no declaró su inconstitucionalidad, optando por una interpretación de la ley en conjunción a lo establecido en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño entre otros tratados internacionales.<sup>11</sup>

Partiendo del principio que la pena privativa de libertad es entendida como *ultima ratio* en un contexto de mínima intervención, la Corte ha sostenido que el juez al tiempo de proceder a la determinación de pena, si decide efectivamente imponerla, ésta será menor a la prevista para un adulto, en respeto al principio de proporcionalidad, que lleva a evaluar la responsabilidad de un joven en atención a un concepto de culpabilidad disminuida.

Consiguientemente la pena a imponer a un joven siempre debe ser por naturaleza, menor a la del adulto. Así es que, en remisión a los fundamentos vertidos por la Corte,

---

<sup>10</sup> Particularmente relevantes resultan las resoluciones dictadas el 7/12/05 "M; D. E. y otro" causa 1174 C y la del 2/12/08, en causa Nro. 7537 relativa a la interposición de un habeas corpus colectivo por la Fundación Sur.

<sup>11</sup> DIVITO, Mauro; El fallo M.D.E: ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los derechos del Niño?, en *Jurisprudencia penal de la Corte de Justicia de la Nación*, Dir. Pitlevnik, Ed. Hammurabi, Nro. 2, Buenos Aires, p. 74.

los jueces en principio deberían proceder a la determinación de la pena en virtud de una escala penal disminuida, prevista para la tentativa del ilícito.

Entonces, a modo de ejemplo, si en el anteproyecto se prevé en un determinado supuesto una disminución de la pena en expectativa, como puede ser en el delito de robo con armas, esa escala aplicada a un joven infractor a su vez tendrá otra reducción penal de conformidad con la escala derivada del código penal, de conformidad a la pena consignada para el delito tentado.<sup>12</sup>

Por consiguiente, en correlación a lo expuesto, quizás exista ahora coincidencia al sostener que se advierte como altamente criticable que el anteproyecto no haya propuesto una reforma legal integralmente articulada con el sistema penal juvenil, pues como ha quedado demostrado con esta presentación, ambas temáticas son en el derecho penal argentino, inescindibles y se hallan socialmente imbricadas.

### **CONCLUSIONES:**

Por tanto, frente a la necesidad de revisión código penal argentino y del conjunto de leyes punitivas que se encuentran dispersas y que muchas veces resultan contradictorias con los nuevos principios que fueron consagrados en la Constitución Nacional de 1994, no es deseable que el impulso de reforma se obstaculice cínicamente. Pero tampoco sería auspicioso que su aprobación como ley se realice a libro cerrado al margen de las consideraciones sociales mayoritarias, expresadas por distintos carriles de comunicación ciudadana.

- 1- Es importante trabajar para lograr la reforma del código penal argentino a fin de alcanzar una mayor coherencia y sistematización de sus previsiones legales, dada cantidad de modificaciones habidas de manera dispersa desde su entrada en vigencia en 1921.
- 2- La sanción de un nuevo código penal requiere mayor debate. Debe ser reflejo de una reflexión profunda y generalizada, siendo deseable se prevean mecanismos amplios de participación ciudadana, para que la ley sujeta a aprobación alcance altos niveles de legitimación.

---

<sup>12</sup> Si el art. 141 inc. 2 del anteproyecto prevé una pena de 3 a 12 años por el delito de robo con armas, es dable pensar que en un joven declarado culpable por el ilícito de tal naturaleza en el sistema de justicia penal juvenil, tendrá una pena en expectativa disminuida según la escala penal prevista para el delito tentado. (Cfr. Art. 42 del C.P. argentino).

- 3- El proceso de reforma iniciado con relación al código penal en Argentina, no debería omitir la contemplación de una nueva normativa que regule la responsabilidad penal juvenil de manera acorde al sistema de promoción y protección de derechos consagrados por la CIDN.
- 4- Para el supuesto de que se apruebe el anteproyecto de reforma al código penal sin la modificación del régimen de responsabilidad penal del menor actualmente vigente, necesariamente deberá evaluarse cuál será su impacto en la resolución de casos. Ello en particular referencia a cómo deberán desenvolverse los operadores judiciales al tiempo del dictado del auto de responsabilidad y la sentencia que determina la pena, según lo establece el art. 4 la ley 22.278 y la correlativa normativa procesal vigente en cada provincia.

# **CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD: ALTERACION DE LA PERCEPCION**

M<sup>a</sup> TERESA PEDRÓS TORRECILLA

**RESUMEN:** Como causa de inimputabilidad e incluida dentro de las causas que eximen de responsabilidad criminal, se encuentra entre otras, la alteración de la percepción, prevista en el apartado tercero del artículo 20 del Código Penal. También tiene cabida su apreciación como supuesto de imputabilidad reducida a través de las eximentes incompletas del artículo 21.1 e incluso a través de las atenuantes analógicas del apartado 7º del mismo artículo 21. Sin embargo se ha de reconocer su escasa aplicación práctica, encontrando pocas sentencias en las que se aplica no solo como eximente completa o incompleta, sino también como atenuante. La alteración de la percepción se caracteriza por la carencia de aptitudes críticas del sujeto, derivada de la incomunicación con el entorno socio-cultural. Esta situación de incomunicación determina una alteración grave de la conciencia social, que puede tener su origen tanto en una deficiencia sensorial, como en la ausencia total o parcial de educación, impidiendo al sujeto mantener un contacto adecuado con el mundo exterior, provocándole un desconocimiento o un conocimiento anormal del injusto.

## **I. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD**

Encontramos en nuestro Código Penal la base normativa de la imputabilidad en los artículos 19, 20 y 21 del Código penal. En el primero de los citados preceptos se encuentra la eximente de minoría de edad, en la que existe una previsión legal de inimputabilidad sobre la edad de la persona, sin perjuicio de la actuación de los tribunales de la jurisdicción de menores. El artículo 20.1, se dedica a las anomalías o alteraciones psíquicas. El artículo 20.2 se ocupa de la intoxicación plena por la consumición de las sustancias que se relacionan, o por hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia. En el artículo 20.3 se recoge la alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia. Y en el artículo 20. 6 el miedo insuperable.

Los supuestos de imputabilidad reducida tienen cabida bien a través de las eximentes incompletas previstas en artículo 21.1 del Código Penal, o bien a través de las atenuantes analógicas recogidas en el artículo 21.6. Además, el Código Penal también atiende a las circunstancias personales del delincuente, a la hora de individualizar la pena, momento en el que se tiene en cuenta la personalidad del autor del hecho delictivo.

Las fórmulas que se utilizan en la Doctrina y en la Jurisprudencia para regular las causas de inimputabilidad son fundamentalmente tres:

- La biológica o psiquiátrica, basada exclusivamente en las causas que producen la incapacidad sin tener en cuenta sus efectos. Se exige solamente la anormalidad mental del autor.

- La psicológica, atiende solo a los efectos de incapacidad sin interesar las causas que la producen.

- Mixta biológico-psicológica. La fórmula mixta requiere tanto las causas, ya sea una enfermedad mental, adicción a las drogas o alteraciones en la percepción, como los efectos que esos estados producen. Este es el criterio seguido por nuestro Código.

## **II. ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN**

### **1. Introducción**

La alteración de la percepción prevista en el artículo 20.3 del Código Penal, se caracteriza por la carencia de aptitudes críticas derivada de la incomunicación con el entorno socio-cultural. Esta situación de incomunicación determina una alteración grave de la conciencia social, que puede tener su origen tanto en una deficiencia sensorial, como en la ausencia total o parcial de educación, impidiendo al sujeto mantener un contacto adecuado con el mundo exterior, provocándole un desconocimiento o un conocimiento anormal del injusto.

Otras alteraciones de la percepción pueden venir motivadas por anomalías psíquicas, encuadrables en estos casos en el apartado 1º y 2º del artículo 20 del Código Penal, pese a que todas estas alteraciones generen una falta de capacidad sobre el contenido de la norma y sobre la adecuación de su conducta a la norma.

### **2. Evolución legislativa**

Ha sido necesaria una larga evolución hasta llegar a la actual redacción del artículo 20. 3 del Código Penal, por la que se considera inimputable y exento responsabilidad penal al: «que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

Ni en el Código Penal de 1822, ni en el de 1848-50, ni tampoco en el de 1870 encontramos esta eximente, ni siquiera configurada como atenuante. Con el texto punitivo de 1928 se introdujo por primera la denominada sordomudez de nacimiento, acompañada de carencia de instrucción, haciéndolo como atenuante. Se añadió también el estado de ceguera como situación equivalente a efectos de atenuación de la pena



dentro del catálogo de circunstancias genéricas que el apartado 4º de su artículo 65 calificaba como "personales" y "subjetivas". Se requería que ambos defectos se padecieran desde el nacimiento o desde la infancia, y que la persona afectada careciera de instrucción.

Fue en el Código Penal de 1932 cuando se calificó como eximente de la responsabilidad criminal al sordomudo. Su apreciación exigía un requisito biológico, que se padeciera desde el nacimiento o desde la infancia, y otro requisito psicológico, que la persona afectada careciera por completo de instrucción, puesto que de haber sido debidamente instruida dejaría de beneficiarse de la susodicha eximente, ya que el déficit como tal, sin más consecuencias, no representaba motivo alguno de exención, aunque si el afectado hubiera recibido cierto grado de educación ello no era motivo bastante para destruir el privilegio. Asimismo, dicho Código contemplaba la posibilidad de internarlo en un establecimiento para la educación de anormales y no en un manicomio, que era el lugar en el que se recluía a los enajenados mentales en ese momento. De este modo se produce la ruptura de la teoría hasta entonces imperante, que identificaba dicho defecto sensorial con la enfermedad mental, e incluso, con la minoría de edad.

El tratamiento dado por el Código Penal de 1932 se mantuvo en el texto de 1944, sin sufrir modificación alguna hasta la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial de 1983, de 25 de junio de 1983, por la que se incluyó dentro del artículo 8 apartado tercero, como causa de inimputabilidad, con el siguiente texto: “El que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. Cuando estas personas hayan cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, se les aplicará la medida de internamiento en un Centro educativo especial, durante el tiempo necesario para su educación, del cual no podrán salir sin autorización del Tribunal. Cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida será sustituida por alguna o algunas de las medidas del último párrafo del número 1 de este artículo”. Con este nuevo tratamiento se puso fin a la causa de inimputabilidad de sordomudez prevista igualmente en el artículo 8.3 del Código Penal de 1973, en el que se decía que estaba exento de responsabilidad penal “El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción. Cuando éste haya cometido un hecho que la ley sancionare como delito, será ingresado en un establecimiento de educación de anormales”. Resulta significativo

que el legislador de 1983 no aportara ninguna razón de tal modificación, careciendo de datos para conocer cuál fue su voluntad.

La vigente redacción proviene de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, en la que se mantuvo el texto de la reforma de 1983, estando incluida dentro del artículo 20 dentro las causas que eximen de la responsabilidad criminal. Se ha de reconocer que nos encontramos ante una previsión difusa, que combina tres elementos, a los que nos vamos a referir más adelante, en el que la mención al nacimiento y a la infancia puede servir para interpretar que no se refiere a enfermedades que se manifiestan con la edad (demencias, psicopatías), sino más bien a déficit de socialidad por falta de contacto con la realidad. No tratándose por tanto de patologías sino de un déficit grave de la socialidad, cuyo contenido ha sido difícil de llenar en la práctica, lo que ha llevado consigo su escasa aplicación como vamos a poder ver.

Si nos referimos ahora al Derecho comparado, la mayor parte de los Códigos Penales extranjeros carecen de referencias específicas a la sordomudez u a otros defectos sensoriales análogos, por estar implícitos en las cláusulas genéricas de inimputabilidad por perturbaciones y anomalías psíquicas, esencialmente encaminadas a reseñar los efectos psicológicos que deben producir las diversas causas biológicas eventualmente incluidas en ellas mediante expresa remisión a la capacidad del sujeto de comprender lo injusto del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión.

### **3. Naturaleza y fundamento**

En el citado artículo 20.3.º Código Penal se contiene una fórmula de inimputabilidad de naturaleza esencialmente normativo-valorativa que se compone de un presupuesto biológico-psicológico temporal, reflejado en la exigencia legal de sufrir "desde el nacimiento o la infancia alteración en la percepción", estado psicológico éste en el que puede encontrarse inmerso quien la padezca, por haber carecido de la suficiente instrucción en esa fase de la vida, teniendo como consecuencia jurídica una "grave alteración de la conciencia de la realidad", con posible repercusión en la imputabilidad penal. Estas expresiones, "alteración en la percepción" y "conciencia de la realidad", son términos normativo-valorativos referidos a aspectos jurídicos.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, señala que los ingredientes fácticos y normativos que la integran son los siguientes: la "alteración en la percepción", como primer presupuesto de la misma, siempre que sea

causa de una grave incomunicación socio-cultural y el sujeto no haya recibido educación o instrucción suficientes, de forma que padezca una merma importante e intensa en su capacidad de acceso a los valores propios de las normas penales, y la "grave alteración de la conciencia de la realidad", elemento que pertenece al plano normativo-valorativo y que puede servir para graduar la intensidad de proyección sobre la imputabilidad, de cara a una eventual estimación de la eximente incompleta o, en su defecto, de la atenuante analógica del art. 21.6 CP.

Esta doctrina jurisprudencial de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha sido después seguida por diversas Audiencias Provinciales en resoluciones de fecha bastante reciente. Tal es el caso, de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de febrero de 2006, en la que se dice que el ingrediente biológico-temporal consistente en padecer dicha alteración desde el nacimiento o la infancia, así como a la vertiente normativo-valorativa, a la que pertenece el requisito de la grave conciencia de la realidad, siguiendo la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2006.

#### **4. Elementos**

Esta causa de inimputabilidad exige:

1. Alteración de la percepción
2. Alteración grave de la conciencia de la realidad
3. Alteración producida en el momento del nacimiento o de la infancia.

1. Alteración de la percepción:

Este primer elemento, considerado presupuesto de esta eximente, ha sido objeto de discusión, por haberle atribuido algunos autores una naturaleza exclusivamente biológica o psíquica, o una naturaleza normativa. La decisión a la que se llegue tiene gran relevancia, pues permitirá apreciarla solo cuando la alteración de la conciencia sobre la realidad deriva de deficiencias sensoriales, o bien cabrá extenderla a otras causas de distinta naturaleza.

Siguiendo a Martínez Arrieta, 2005, apartado IV, para quienes defienden la naturaleza exclusivamente biológica de la percepción, la base de esta eximente se encuentra en una falta o déficit de los sentidos que permiten percibir la realidad que origina una modificación de la percepción que incapacita o distorsiona la asunción de la

realidad circundante. Sin embargo este sector de la Doctrina considera que la única alteración de la percepción capaz de producir una falta de comprensión de la realidad circundante sería la sordomudez, desde el nacimiento o desde la infancia, lo que iría en contra de la actual redacción de esta eximente, que la extiende a las demás alteraciones sensoriales, las cuales carecerían de virtualidad para formar parte de esta eximente.

Acudiendo a consideraciones psiquiátricas, la alteración de la percepción originada por problemas mentales serían encuadrables no en el apartado tercero del artículo 20, sino en el primero, pues estas alteraciones se consideran por la psiquiatría como una enfermedad mental. Así conforme a criterios psiquiátricos las alteraciones de la percepción se integran dentro los trastornos esquizofrénicos y se corresponde con las alucinaciones como las de tipo alcohólico, las producidas por alucinógenos y las orgánicas. Además estas alteraciones de la percepción no tienen su origen desde el nacimiento o desde la infancia como exige el artículo 20.3 sino que aparecen en la adolescencia o mucho más tarde.

Todas estas consideraciones nos conducen a afirmar que estamos ante términos normativos, propios del derecho penal, que no puede verse limitado por nociones biológicas o psiquiátricas. De este modo este elemento comprende cualquier alteración profunda de los procesos que permiten acceder a las normas culturales. Así pues, la alteración de la percepción puede comprender un factor biológico, identificado con la constatación sensorial de un hecho, y un factor valorativo, al recibir y valorar el sujeto lo anteriormente sentido. De este modo la disfunción puede llegar cuando el sentido distorsiona la realidad o no llega a captarla tal y como es realmente, o bien cuando es el factor valorativo el que distorsiona la realidad, incluyendo también los condicionamientos sociales que inciden o pueden incidir sobre la motivación del sujeto y la percepción en su aspecto sensorial y valorativo.

## 2. La alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave.

Como segundo elemento se exige que la alteración de la percepción ocasione en el sujeto una "grave alteración de la conciencia de la realidad", integrándose el elemento normativo-valorativo.

La grave alteración de la realidad supone un erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de interacción social, esto es valores, normas y pautas, elementos de la cultura. (Martínez Arrieta. 2005. Apartado VI).

Se exige que la alteración de la conciencia sea grave, este elemento sirve de referencia para graduar su intensidad, pudiendo dar lugar a la eximente completa o incompleta, e incluso a la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal, en supuestos de levedad.

### 3. Alteración producida en el momento del nacimiento o de la infancia.

Elemento biológico-temporal, con el que se requiere que la alteración se produzca en el momento del nacimiento o de la infancia, sin que sea posible prescindir de este elemento para acoger la versión incompleta de la eximente.

Con este elemento temporal se hace necesario precisar qué se entiende por infancia. Acudiendo a una interpretación etimológica, la infancia es el periodo que finaliza al comenzar la pubertad, esto es entre los 10 y los 13 años. En estos periodos de tiempo se configura la personalidad y se adquieren los conocimientos básicos que permiten con posterioridad realizar juicios de valor, lo que permite fijar el límite en los 13 años. La Doctrina por su parte adopta diferentes criterios, fijando unos como edad límite los 16 años, mientras que para otros el límite se encuentra en los 7 años.

## **5. Supuestos que integran alteración en la percepción**

Como hemos visto la eximente de alteración de la percepción está compuesto de varios elementos, exigiendo su interpretación tener en cuenta tanto datos externos, provenientes de otros preceptos, como internos, tratando de concretar de este modo los supuestos que tienen cabida en esta exención de la responsabilidad criminal.

En la Sentencia de 24 de marzo de 2011 se dice que “Por otra parte, la exención prevista en el artículo 20.3 C.P. tampoco puede considerarse como una cláusula " de recogida" o subsidiaria de la prevista en el número 1º de dicho artículo, por lo que las deficiencias psíquicas o la incapacidad intelectual no son acogibles en el esquema anterior. Igualmente las alteraciones de la percepción de raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos (alucinaciones por ingesta de alcohol, alucinógenos), deben tener asiento en el nº 2 del artículo 20 en la mayoría de los casos, con independencia de no cumplir el requisito biológico-temporal, como recuerda la S.T.S. de 24/2/99 (Fundamento 5º). En cuanto a las psicopatías, como alteración de la personalidad, no implican necesariamente una alteración de la percepción en el sentido ya explicado e igualmente concurriría la dificultad de su existencia desde el nacimiento o desde la infancia. Hoy los términos de la eximente primera del artículo 20 C.P. –cualquier

anomalía o alteración psíquica- facilita su encaje a través de dicha vía. La Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La S.T.S. de 20/4/87, con cita de la anterior de 14/3 del mismo año, sienta que la alteración en la percepción " estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial -sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad ". La de 22/6/89, con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La de 23/12/92, también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, " y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social...". Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador "ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción" determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La de 9/2/98 sigue la misma línea. Por fin, la de 24/2/99, que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial "o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos", añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1º y 3º del artículo 20, señalando que lo relevante en el presente caso es "centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad".

En consecuencia, cabría incluir dentro de las alteraciones de la percepción aquellos supuestos que tienen su origen de defectos sensoriales (sordera, ceguera) en los

que el sujeto no ha recibido una adecuada formación. También aquellas situaciones que producen en el sujeto una situación de aislamiento social, entre las que se encuentran situaciones extremas, impuestas por circunstancias externas no creadas voluntariamente, como la que dan lugar a los denominados "niños lobos", aunque muy escasas en número. En otras ocasiones el origen puede encontrarse en anomalías congénitas de carácter que llevan consigo una actitud de cierre a la autocomunicación con el entorno, como ocurre con el autismo o síndrome de Hausser, teniendo como efecto la no adquisición de una conciencia crítica sobre el carácter antijurídico de un acto.

Dentro de la vigente eximente tienen hoy cabida siguiendo a la Jurisprudencia:

***a) La sordomudez***

También llamada sordera bilateral profunda prelocutiva, o sordera congénita o prefásica o simplemente sordera prelocutiva, consistente en la hipoacusia profunda y bilateral desde el nacimiento o desde la infancia que repercute en el habla. Ello implica la ausencia de capacidad sensorial y la incapacidad de expresión oral, pese a que orgánicamente no existe alteración para el habla, conllevando una perturbación de la realidad, que afecta a su comprensión, incluyendo por tanto la comprensión de las normas entre las que se encuentran las penales, lo que conduce a la apreciación de eximente prevista en el artículo 20.3 del Código Penal. Una adecuada instrucción puede desarrollar el habla, siendo en tal caso el sujeto plenamente imputable.

***b) La ceguera.***

La ceguera por sí sola, sin una adecuada formación permite la aplicación del artículo 20.3 del Código Penal, por la imposibilidad de comprensión de las normas. Si va acompañada de suficiente formación el sujeto será imputable.

La Jurisprudencia de manera generalizada la incluye dentro de esta eximente<sup>1</sup>, no obstante también encontramos alguna sentencia como la de 12 de mayo de 1983, en la que se la califica como de atenuante analógica, aunque no de la eximente tercera del entonces artículo 8 sino de la primera, esto es de la enajenación mental.

Compartiendo el criterio de CARMONA SALGADO, p. apartado IV, la ceguera plantea importantes dificultades, al considerar que este déficit sensorial aun sufrido

---

<sup>1</sup> Las SSTS de 14 de marzo de 1987, 20 de abril de 1987, 296/1999, de 24 de febrero, 139/2001, de 6 de febrero; y las SS de la AP de Madrid, 344/2004, de 23 de junio y 136/2006, de 7 de febrero, así como la de la AP de Barcelona 225/2006, de 6 de abril.

desde el nacimiento o desde la infancia, no retrasa la madurez intelectual o moral del sujeto. En el caso de afectarla se estima que su recuperación es siempre más fácil y rápida que la de un sordomudo en las mismas condiciones, ya que el sentido de la vista participa menos que el del oído en la formación de la conciencia

*c) Alteraciones de la percepción derivadas de un entorno social desfavorable.*

Como casos extremos están los denominados niños lobos. Estos niños se caracterizan por crecer en un espacio carente de relaciones humanas lo que les ocasiona una dificultad en el aprendizaje. Otro supuesto lo encontramos en el síndrome de Kaspar Häuser, identificado actualmente con el autismo, considerado como una anomalía congénita del carácter, que provoca una actitud de cierre por el sujeto a su propia comunicación con el exterior. Es considerado también un trastorno mental, por lo que su imputabilidad se puede conseguir tanto a través del apartado primero como del tercero del artículo 20 del Código Penal. Resulta significativo, que no se hayan encontrado resoluciones judiciales en la que se aprecie este trastorno, ni como eximente o incompleta, ni tampoco como la atenuante analógica.

También tienen su origen en ambientes nocivo las denominadas pseudooligofrenias psicosociales, en las que se aprecia una importante sobrecarga de tensiones emocionales o conflictos psicológicos, entremezclados con situaciones de soledad y penuria de estímulos culturales o subdesarrollo cultural profundo. Nota común de estas alteraciones es la carencia de aptitudes críticas. No obstante se ha de reconocer que en estos supuestos se puede suscitar dudas entre la aplicación de esta eximente o en su caso el error de prohibición. Encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1987 que no cabe la apreciación de esta circunstancia para supuestos de incomunicación de carácter cultural o psicosocial. Tampoco se permitió su aplicación en la Sentencia, de 20 de abril de 1987 ni como eximente completa ni como eximente incompleta en el supuesto en el que los autores eran analfabetos y ello ya que “la persona no instruida por no escolarizada puede asimilar e interiorizar, de forma medianamente satisfactoria, los valores socialmente más estimados y los esquemas de conducta más generalizados, de suerte que, no siendo la escuela la única ni la más importante instancia de socialización, resulta perfectamente admisible que individuos que no han llegado a pasar por ella, hayan sido integrados en el grupo, a través del conjunto de experiencias que depara la vida en común, hasta el grado indispensable para que sus actos delictivos -que, en la mayoría de los casos, lo



son porque están en contradicción con los valores y normas de convivencia más elementales- puedan serles imputados y reprochados”. Así se considera que el analfabetismo no es un signo de incomunicación cultural grave. Como atenuante analógica se aplica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2005, la constada falta de escolarización al autor de un delito de agresión sexual.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006 se dice: “En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del art. 20.3 del Código penal”, pese a ello no aplica ni la eximente completa ni incompleta de alteración de la percepción, ni tampoco como atenuante analógica, en base a la adicción a las drogas del autor de un delito de lesiones.

Por tanto y a la vista de lo expuesto dentro de la eximente de alteración de la percepción cabe incluir tanto los defectos sensoriales de nacimiento o adquiridos en la infancia y que no se han visto sometidos a la necesaria educación (sordomudez y ceguera), como los casos "extremos" de incomunicación con el mundo exterior y consecuente falta de socialización por grave anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos (autismo), así como los

supuestos, "excepcionales" de concurrencia de circunstancias ambientales que pueden bloquear dicho proceso de socialización (subdesarrollo cultural profundo).

## **6. Eximente incompleta**

La aplicación de la eximente incompleta de alteraciones de la percepción requiere que los elementos biológicopsicológico y temporal estén siempre presente, pues faltado estos no podrá apreciarse ni la eximente completa ni tampoco la incompleta tal y como consta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2003. Esto conlleva que en encontremos muy pocos supuestos en los que se aplicación de esta eximente ya sea en su modalidad completa como incompleta y ello al no encajar formalmente los hechos enjuiciados en la fórmula del artículo 20.3º del Código Penal, o bien por no concurrir la gravedad que permite exonerar total o parcialmente de responsabilidad criminal.

Se aprecia, en los tres supuestos en relación a sordomudos de nacimiento, con escasa instrucción e inmersos en ambientes culturales bajos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1990, referida a un delito de homicidio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 19 de octubre relativa a un delito de lesiones producidas en órgano no principal, y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de diciembre de 2006, concerniente a un delito de robo con violencia y a otro de lesiones. Su estimación se hizo en todas ellas depender del grado de capacidad de conocimiento y valoración del ilícito por parte del sujeto, o, lo que es lo mismo, de la menor gravedad de la alteración de la conciencia de la realidad apreciada en el caso concreto, decisión que depende de la menor profundidad del déficit padecido, y del nivel de aprendizaje que hubiera recibido, en tanto le permita disponer de cierto grado de instrucción y socialización, aunque defectuosa o insuficiente a efectos de conocer y valorar acertadamente la ilicitud de la conducta perpetrada. pues, como bien reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de junio de 2002, puede que la deficiencia sufrida le permita al autor de los hechos conocer la ilicitud del ataque a determinados bienes jurídicos más esenciales, cuales son la vida y la integridad física, pero le impida, en cambio, ser consciente del desvalor que conllevan ciertos tipo penales, que en gran medida dependen del contenido de los intereses sociales operantes en cada momento y lugar, así como de su reflejo normativo (SALGADO CARMONA.2006. apartado 5).

La apreciación de la eximente incompleta lleva consigo la aplicación del art. 68 del Código Penal, y así la imposición de la pena inferior en uno o dos grados de la

señalada por la Ley, según el número y entidad de los requisitos legales presentes o ausentes, así como considerando las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las atenuantes o agravantes concurrentes. También se podrán imponer, si el sujeto es peligroso, además de la pena correspondiente, la medida de seguridad de internamiento en un centro educativo especial, de ser aquella privativa de libertad, o cualquier otra de las medidas alternativas previstas en el art. 96 (arts. 103 y 104 CP), aunque siendo ambas de privación de libertad, ordenarán, lógicamente, el previo cumplimiento de la segunda, que se abonará para el de la primera, pudiendo después suspender el cumplimiento del resto de la pena que quedara pendiente o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 105, no privativas de libertad, cuando mediante su ejecución se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, encaminada, como es obvio, a propiciar en lo posible la "reeducción y reinserción social" del delincuente, declarado peligroso criminal (sistema vicarial). Como es natural, las mismas medidas de seguridad podrán igualmente aplicarse caso de estimarse la versión completa de la eximente.

### **7. Atenuante analógica**

Encontramos en la jurisprudencia algunos supuestos en los que se aprecia la atenuante analógica prevista en el artículo 21.6, en relación con la 3ª del artículo 20, para los casos en los que la imputabilidad del sujeto esta levemente disminuida.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de junio de 2014 se dice: "Como antes se indicó, en la vista oral, mediante prueba pericial, quedó acreditado que el acusado, no oye bien, tiene un cociente intelectual dentro de los márgenes de la normalidad, pero,, por la sordera que padece, tiene sus facultades intelectivas y volitivas levemente disminuidas, dado que la sordera le ha provocado una leve alteración de su percepción de la realidad social, puesto que la discapacidad le ha dificultado su desarrollo psíquico y su integración social. (...).

Javier no sufre ninguna patología psiquiátrica. Sin embargo, ha quedado acreditado en juicio que sus limitaciones auditivas le han provocado una ligera disminución de sus facultades intelectivas y volitivas derivadas de las dificultades de desarrollo psíquico derivadas de las limitaciones que su patología auditiva le han generado para su integración social. Este contexto de discapacidad leve permite considerar que el acusado sufre una afectación biopatológica con influencia en las áreas de interpretación de la realidad y de determinación de su conducta en función del

conocimiento de la misma. Dificultades que cabe trasladar a las posibilidades de identificar correctamente cuales son las exigencias de las normas de convivencia, cuales los limites que dichas normas imponen a la satisfacción de los impulsos sexuales y cuál es el respeto que dichas normas imponen cuando la mujer manifiesta su negativa a mantener relaciones sexuales, independiente de cuál pueda ser su comportamiento sexual en otros momentos.

Cabe admitir que el señor Javier, como consecuencia de las limitaciones identificadas pericialmente, pudiera tener un cierto grado de dificultad para comprender que la negativa de la mujer a mantener relaciones sexuales, independientemente de cuál pudiera haber sido su conducta anterior con él mismo -si le ofreció, como ella reconoció, mantener relaciones sexuales a cambio de prestación de servicios en otros momentos-, le exigía reprimir su impulsividad sexual. Por ello, consideramos procedente apreciar la concurrencia de una atenuación en su responsabilidad criminal, por analogía con la atenuante de los arts. 21.3 y 20.3 del Código Penal, pero eso sí, sin el carácter de eximente o atenuante muy cualificada por alteración grave de la conciencia de la realidad por alteración de la percepción, atendiendo a que sus alteraciones, como pusieron de manifiesto los peritos, no son graves”.

También se aprecia la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.3 del Código Penal, en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el día 15 de noviembre de 2012 al considerar que el acusado, de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, de notoria importancia, al apreciarle una discapacidad leve que implicaba una mayor sugestionabilidad y una menor capacidad para el sustento económico.

En la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 2 de marzo de 2005 se considera atenuante analógica muy cualificada, manteniendo el criterio adoptado por la Sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, el día 3 de junio de 2004, en base a los informes periciales, según los cuales excluyen en el acusado una limitación especialmente intensa de la capacidad cognoscitiva y volitiva del recurrente, pues "el procesado no tiene una enfermedad mental sino que lo que padecía era una insuficiencia intelectual como consecuencia de su falta de escolarización, siendo así que el mismo sabe lo que está bien y lo que no, pero de una manera primaria,... que no había un impulso que el procesado no pudiese dominar pudiendo autocontrolarse por estos hechos, determinando todo ello una merma de sus capacidades intelectivas y volitivas".

En la Sentencia de la Audiencia provincial de Vizcaya de 15 de enero de 2002 se aprecia como circunstancia atenuante analógica la alteración de la percepción o conciencia de la realidad y ello al considerar que uno de los acusados “padece un retraso mental leve, según los informes obrantes en la causa, lo que le produce en palabras de la médico forense una disminución o afectación de las capacidades volitivas e intelectivas, por tal retraso y por la escasa escolarización, encontrando el acusado dificultades para el normal desarrollo de su vida socio laboral, lo que entendemos ha sido relevante a la hora de valorar la trascendencia del hecho que juzgamos y a la hora de proceder a su comisión, disminuyendo levemente su imputabilidad”.

La Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 2004, aplicó como atenuante muy cualificada la alteración de la percepción, al acusado de un delito de agresión sexual perpetrado en una menor de 13 años alegando insuficiencia intelectual motivada por su falta de escolarización, acompañada de su condición de consumidor de alcohol en grandes cantidades. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, se apreció la atenuante como simple en un supuesto de tráfico drogas al constatar en el acusado tan sólo un ligero retraso mental y una escolarización escasa. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1999, se apreció la atenuante analógica y la aplicó a un sujeto cuya infancia estuvo marcada por desgracias y sufrimientos familiares, tales como el suicidio del padre y la drogadicción y contacto con el mundo del hampa de la madre, habiéndose pronunciado en términos muy similares en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2003, respecto de un delito de robo con uso de armas cometido por la acusada, que fue criada en un mal ambiente familiar sin control llegando a convertirse en una niña marginada e inadaptada al medio social con problemas psicológicos y consecuente integración en inmundo proclive al delito.

También encontramos en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 22 de junio de 1989 la aplicación de la atenuante analógica como muy cualificada, al acusado sordomudo de nacimiento y de nacionalidad marroquí, cuya vida de relación se reducía a trabajar en un barco con marineros de distintas razas, con el aislamiento que el mar produce, considerando que este no es el ambiente más idóneo para interiorizar los valores individuales y sociales más adecuados. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1999, se apreció la atenuante analógica simple, al acusado sordomudo de nacimiento y sin conocimiento de la lengua de signos, pese a gozar de "un aceptable

conocimiento de la realidad" que lo rodeaba tenía, no obstante, "siquiera levemente afectada su imputabilidad".

### **Bibliografía**

DE LLERA SUAREZ-BARCENA, E. "Las circunstancias eximentes 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 20 del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal", en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial n° 1. CGPJ. 2006

CARMONA SALGADO, C. "Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción", en Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial n° 110. CGPJ. 2006

ROMAN PUERTA, L. "Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio", EN Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial n° 110 CGPJ. 2006

MARTINEZ ARRIETA, A. "Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción", en Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Cuadernos de Derecho Judicial n° 8. CGPJ. 2005

“... WIR WOLLEN WAS WIR TUN”<sup>1</sup>.

## REFLEJOS DE LAS NEUROCIENCIAS EN EL DEBATE SOBRE LA FUNCIÓN DE LA PENA EN LA DOCTRINA ITALIANA

BEATRIZ ROMERO FLORES

Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)

**Resumen:** Las modernas técnicas neurocientíficas nos proporcionan datos sobre la posible presencia, en el sujeto, de anomalías cerebrales – tanto morfológicas como funcionales –y/o genéticas (disgonosomías). En Italia, en 2009, una sentencia de la Corte d’Assise d’Appello de Trieste ha acreditado, por primera vez, su utilización para demostrar la imputabilidad individual, reconociendo en concreto el vicio parcial de mente del agente.

Un enfoque no reduccionista orienta los conocimientos de las neurociencias a la construcción de un derecho penal “empático”. En esta dirección, la propuesta de Eusebi de valorizar los datos neurocientíficos sobre la condición psicológica del agente del delito y sobre el contexto relacional en la perspectiva de un derecho penal reconstructivo, puede producir consecuencias beneficiosas tanto para el reo como para la víctima y la sociedad.

¿Las neurociencias modificarán primero la realidad social y después la realidad jurídica?<sup>2</sup>

Esta es la convicción que se está difundiendo en el debate sobre el tema de las neurociencias: una antesala de algo que se considera inminente y que consagrará el triunfo del determinismo en la interpretación de las conductas humanas.

### I. LA DIGNIDAD ONTOLÓGICA Y LA RELEVANCIA SOCIAL DE LA LIBERTAD

En el ámbito de la doctrina penal italiana parece ser que todavía se comparte sustancialmente la idea de que la responsabilidad penal se funda en la culpabilidad, y antes que ésta en la libertad moral. No ha tenido acogida el resultado de las neurociencias representado por el denominado determinismo incompatibilista<sup>3</sup> que, a partir del célebre experimento de Libet<sup>4</sup>, afirma la naturaleza ilusoria, “epifenoménica”

---

<sup>1</sup> W. Prinz, „Der Mensch ist nicht frei. Ein Gespräch“, en C. Geyer (coord.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt a M., 2004, 22.

<sup>2</sup> J. Greene, J. Cohen, For the law, neuroscience changes nothing and everything, en *Phil. Trans. R. Soc. Lond.*, 2004, 359, 1783 ss.

<sup>3</sup> La moderna teoría compatibilista concilia el planteamiento determinista con el reconocimiento de espacios de libertad, en el sentido de una libertad de querer, no en términos de ausencia absoluta de condicionamientos, sino de capacidad de actuar guiada por condicionamientos, inevitablemente presentes, porque en caso contrario dominaría el puro azar, con respecto a los cuales el agente posee capacidad de valoración.

<sup>4</sup> Libet, *Freedom Evolves*, 2003, *passim*.

de las intenciones y de la libertad, que se supone que la sostienen. Antes bien, ha sido objeto de duras críticas, en primer lugar se afirma que en tales tendencias existe un regreso al paradigma orgánico<sup>5</sup>, además del riesgo de “etiquetar a las personas como criminales potenciales solo sobre la base de algunos marcadores biológicos”<sup>6</sup>.

Por lo tanto, se reconoce una dignidad *ontológica* y una relevancia *social* irrenunciable de la libertad de querer como autodeterminación, respecto a la cual es necesario redefinir desde un punto fenomenológico, también a la luz de los descubrimientos neurocientíficos, la dimensión de la *capacidad* de autodeterminación y, obviamente sus límites<sup>7</sup>.

La confirmación parece residir en una actitud psíquica, es decir, la conciencia de ser dueños de sí mismos, y por tanto de poder actuar de manera diferente a como se actúa (*Freiheitsbewusstsein*<sup>8</sup>).

Y aunque es innegable que las expectativas normativas de una sociedad no dependen del modo en que los destinatarios de las normas conciben o experimentan subjetivamente su libertad<sup>9</sup>, también es verdad que es posible invocar esto en función de la consolidación desde el plano normativo de las mismas expectativas, como se comentará a continuación<sup>10</sup>.

En realidad, como todos sabemos, las neurociencias – exceptuando las formulaciones más radicales- admiten, cuanto menos, que la libertad tiene un significado de institución social, entendida en sentido instrumental, como concepto útil para mantener la cohesión de un grupo organizado, a través de la educación, premios y sanciones<sup>11</sup>.

Se puede afirmar que en el ámbito de la doctrina italiana ha sido acogido, sobre todo, el paradigma del compatibilismo. Este paradigma concibe la libertad moral no como la total ausencia de condicionamientos (herencia biológica, ambiente social, etc.),

---

<sup>5</sup> M. Bertolino, Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?, en *Criminalia*, 2009, 330.

<sup>6</sup> J.S. Alper, Biological Influences on criminal behaviour: how good is the evidence?, en *British Medical Journal*, 310, 1995, 272 s.

<sup>7</sup> A. Nisco, La tutela penale dell'integrità psichica, Torino, 2012, Torino, 2012, 48.

<sup>8</sup> Burkhardt, 2006, 88

<sup>9</sup> Así por ejemplo B. Feijoo Sánchez, 27.

<sup>10</sup> V. § 5.

<sup>11</sup> W. Singer, Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen, en C. Geyer (coord.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt a.M., 2004, 64



sino como la capacidad para realizar una especie de sobre-determinación respecto a los mismos<sup>12</sup>. Permite, por tanto, distinguir entre causas y razones del comportamiento, y reconocer que dentro de estas últimas no asumen valor solo los factores racionales, sino también los factores emocionales<sup>13</sup>.

Además, este enfoque moderado pone de manifiesto que toda perspectiva “descriptiva” tiene que colocarse en el contexto. Si no fuera así resultará reduccionista. Al igual que no se puede valorar la belleza de una melodía con la física del sonido, tampoco se puede explicar una acción a la luz de sus correlatos neuronales, ni la responsabilidad penal y la capacidad de orientación de las normas sobre la base únicamente de su enfoque neurocientífico<sup>14</sup>. De esta manera, los procesos neurológicos son sólo una parte de la explicación de “la complejidad valorativa y moral de las decisiones que es preciso adoptar en la vida social<sup>15</sup>”.

En la praxis de la jurisprudencia italiana ha emergido la perspectiva “débil” abierta por las neurociencias: el uso de estos conocimientos en fase probatoria, especialmente en tema de imputabilidad.

## **II. EL PAPEL INSTRUMENTAL DE LAS NEUROCIENCIAS EN LA FASE PROBATORIA EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA**

En concreto, en una conocida sentencia se ha valorizado el papel de la “vulnerabilidad genética” del reo en la consumación del delito, como factor que lo habría hecho “especialmente reactivo en términos de agresividad- y por lo tanto, vulnerable- en presencia de situaciones de estrés”. El Tribunal ha reconocido, en este caso, el *vicio parcial de mente*<sup>16</sup>.

Han surgido, por lo tanto, dos clases de problemas: por un lado, las relaciones entre dotación génica y delito violento; por otro lado, la apreciación del valor de

---

<sup>12</sup> Cfr. D. Dennet, *L'evoluzione della liberta*, Milano, 2004, *passim*; P. Bieri, *Das Handwerk der Freiheit. Über die Entdeckung des eigenen Willens*, 9. Ed., Frankfurt a.M., 2009, *passim*; M. Pauen, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, Frankfurt a.M., 2004, 7 ss.; Id., *Freiheit, Schuld und Strafe*, en E.J. Lampe, M. Pauen, G. Roth (coord.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt a. M., 2008 41 ss.

<sup>13</sup> Borsari, 366 ss.

<sup>14</sup> Cfr., en el contexto de la concepción funcional-comunicativa del autor, G. Jakobs, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, en ZStW, 2005, 247 ss.; Id., *Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft*, en S. Schleim, T.M. Spranger, H. Walter (cur.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, Göttingen, 2009, 243 ss.

<sup>15</sup> Feijoo, 14.

<sup>16</sup> Así Corte d'Assise d'Appello de Trieste 1/10/2009, n. 5, p. 10.

enfermedad del acto delictivo, con el fin de establecer si subsiste una enfermedad mental<sup>17</sup>.

Sin embargo, se excluye cualquier lectura en clave determinista. Según las palabras de los peritos de oficio: “en el estado actual de conocimientos no existe ninguna variante genética que se haya puesto en relación causal con el comportamiento agresivo o antisocial, es decir, no existe ninguna variante genética que determine de manera absoluta la presencia de un comportamiento determinado. Lo que indican los estudios científicos es que la posesión de unas o más variantes alélicas debatidas más arriba, se asocia a un riesgo estadísticamente mayor de manifestar un comportamiento agresivo, impulsivo o antisocial, sobre todo en las personas que han vivido en ambientes no protegidos durante la infancia, respecto a los que no tienen dichas variantes alélicas...no existe una relación causal entre tener una determinada variante alélica y el llevar a cabo un comportamiento determinado. No existe ningún determinismo...”, es más “No existe...ninguna relación determinista entre alguna variante alélica conocida y algún tipo de comportamiento”.

Por lo tanto, respecto al problema señalado, es legítimo hablar de una influencia de los genes en el desarrollo de comportamientos antisociales y violentos por parte del reo, pero de tipo *probabilista*, más bien que reductivamente determinista, teniendo en cuenta que existe una interacción e influencia recíproca entre patrimonio génico y factores ambientales, culturales, educacionales<sup>18</sup>.

En la misma línea, sucesivamente, se ha expresado otra sentencia, en la que el Tribunal, aunque valorando al sujeto como afectado de semi-enfermedad, tal y como había sido valorado por los peritos de la defensa, tras el empleo de nuevas técnicas de *imaging* cerebral y estudios de genética comportamental, subraya la irrenunciabilidad de un juicio de imputabilidad que tenga en cuenta todos los datos procesales, sin criticar el informe de los expertos. No olvidemos que las neurociencias no sustituyen sino que integran la valoración clínica y del comportamiento de un sujeto en el ámbito de la

---

<sup>17</sup> C. Barbieri, È tornato Lombroso? Alcune osservazioni sulla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 1° ottobre 2009, en M.G. Ruberto/C. Barbieri, *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Milano, 2011, 128 ss.

<sup>18</sup> C. Barbieri, È tornato Lombroso?, 136 s.; v. H. Dressing, A. Sartorius, A. Meyer-Lindenberg, Implications of fMRI and genetics for the law and the routine practice of forensic psychiatry, en *Neurocase*, 14, 1, 2008, 7 ss.

comprobación de su capacidad para entender y querer, aumentado así su grado de fiabilidad como prueba científica en el proceso penal<sup>19</sup>.

### **III. RELEVANCIA MARGINAL EN TEMA DE JUSTIFICACIÓN SOCIAL DE LA PENA**

Correctamente se ha remarcado que las neurociencias aún no son capaces de modificar las orientaciones político-criminales dominantes en tema de justificación social de la pena<sup>20</sup>.

Queda “intocable” el paradigma que hoy en día parece indiscutido en las democracias occidentales, es decir, la prevención general mediante retribución y basado en la idea la culpabilidad por el hecho, bajo el supuesto del sinalagma entre libertad y responsabilidad.

Las neurociencias solo pueden proporcionar apoyo a modelos preventivos de la culpabilidad, además de favorecer una ampliación de las posibles causas de exclusión de la imputabilidad y de circunstancias atenuantes, y, sobre todo, poner a disposición nuevos conocimientos en materia probatoria en tema de demostración de la imputabilidad, en la óptica de mejorar la prueba pericial.

Además, éstas permiten problematizar el mismo concepto de “normalidad” y destacar sus múltiples aspectos<sup>21</sup>. Ciertamente, las neurociencias nos permitirán trabajar mejor con autores que presenten un funcionamiento anormal del cerebro. Pero también ayudarán a clarificar los factores que inciden en la adopción de conductas humanas, en especial, las delictivas en contextos en los que no se demuestren disfunciones cerebrales<sup>22</sup>.

Es más, la aportación fundamental de las neurociencias podría referirse precisamente a las situaciones de “normalidad”, de plena imputabilidad, induciendo a un replanteamiento del tratamiento sancionatorio en sentido “humanizador” con respecto al derecho penal<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Trib. Como, 20.5.2011.

<sup>20</sup> Feijoo, 9 ss.

<sup>21</sup> Eusebi, 123 s.

<sup>22</sup> En Italia v. S. LARIZZA, *Sui limiti posti dal sistema penale alla recezione degli esiti conoscitivi della 'neuroimaging'*, en M.G. RUBERTO-C. BARBIERI (a cargo de), *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Franco Angeli, Milano 2011, p. 35

<sup>23</sup> Cfr. O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, en “Archivio penale”, 2011, 3 ss., 10 ([http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/il\\_punto\\_su\\_Di\\_Giovine.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/il_punto_su_Di_Giovine.pdf)).

O bien, bajo el perfil que está en el núcleo de la perspectiva funcionalista- la alternativa entre justificación social sobre la base de un trato comunicativo entre personas y de un trato instrumental<sup>24</sup>– favorecer metodologías de construcción gradual de la vida social con base comunicativa, *rectius* ofrecer respuestas comunicativamente relevantes frente al delito<sup>25</sup>, reforzando los procesos de socialización y extendiendo los mismos procesos con respecto a los sujetos que por “características personales (psicópatas primarios) o por su entorno social o familiar quedan al margen de los mismos” procesos de socialización<sup>26</sup>, pensando en modelos más eficaces también en el plano cognitivo.

Se trata, en definitiva, según la perspectiva sugerida en el ámbito de la doctrina italiana, de utilizar los descubrimientos ofrecidos por las neurociencias en vista de la configuración de un derecho penal “con compasión” o “empático”<sup>27</sup>.

De esto se hablará en el último apartado.

#### **IV. DE LAS REFORMAS QUE (AFORTUNADAMENTE) NO SE HICIERON...**

El determinismo no compatibilista de origen neurocientífico contemplaba en su programa “fuerte” una serie de reformas que no se han llevado a cabo (y que además, no son deseables, por razones consecuencialistas):

- Abandono de la idea de imputabilidad y culpabilidad, con renuncia a fundar la normatividad del *Andershandelnkönnen*, considerado privado de comprobación empírica, es más, experimentalmente invalidado por los neurocientíficos, y adopción del programa exclusivo de peligrosidad social.
- Sustitución de la pena por un sistema de medidas de seguridad fundadas en el tratamiento/corrección con finalidad terapéutica y preventiva, y si fueran ineficaces, la inocuización. Sustancialmente una reposición del modelo de peligrosidad y de variadas soluciones terapéuticas o “mecánicas” (que nos recuerda la teoría del impulso y contra impulso de Romagnosi).

---

<sup>24</sup> Feijoo, L-H Gimbernat, 2008, 282.

<sup>25</sup> Feijoo, 16 s., donde cita Retribución y prevención general, 2007, 583 ss.

<sup>26</sup> Feijoo, 16.

<sup>27</sup> O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, pp. 161 ss., en donde se hace referencia especial a la concepción del derecho penal en sentido de „compasión“, en los estudios de Martha Nussbaum.

- Asunción de responsabilidad por parte de la sociedad (especialmente con respecto a los autores de crímenes violentos o sexuales), que debería preocuparse por proporcionar terapias eficaces<sup>28</sup>, que se tendrán que practicar con el consentimiento del paciente. Bajo este último aspecto se ha señalado la falta de coherencia de este asunto con la pretendida falta de libre arbitrio de las personas<sup>29</sup>; y el riesgo de convertir fácilmente la “libre aceptación” del tratamiento de prevención en programas impuestos a categorías de sujetos predeterminadas *ante delictum*<sup>30</sup>, o bien a todos (porque, superando los postulados del mismo positivismo, ninguno es inmune de cualquier tipo de predisposición criminal) en función del interés colectivo y de su “razonabilidad” como variable dependiente de lo que la sociedad “objetivamente” puede esperarse, por tanto, en la normalización de las praxis hetero-impuestas, peores que la misma pena. Una verdadera “utopía negativa imaginada en cualquier película de ciencia ficción”<sup>31</sup>; teniendo en cuenta, además, que en el programa de los neurocientíficos cabe la posibilidad de predecir, sobre bases neurocientíficas, la futura reincidencia<sup>32</sup>.

El resultado de este desarrollo es la legitimación- incluso en el plano científico, por tanto en un plano presuntamente “neutral”- de ese *derecho penal con vocación securitaria*, que ha conocido, como señala la doctrina mayoritaria, una expansión exponencial en los últimos dos decenios<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> G. Roth, M. Lück, D. Strüber, Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht, in M. Senn, D. Puskás (cur.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart, 2006, 105 ss.; G. Merkel, G. Roth, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K.-J. Grün, M. Friedman, G. Roth (coord.), *Entmoralisierung des Rechts*, Göttingen, 2008, 54 ss.; G. Merkel, G. Roth, *Hirnforschung, Gewalt und Strafe - Erkenntnisse neurowissenschaftlicher Forschung für den Umgang mit Gewaltstraftätern*, in T. Stompe, H. Schanda (coord.), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, Berlin, 2010, 143 ss.

<sup>29</sup> A. Nisco, “Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere”, en *Diritto penale e processo*, 2012, 501.

<sup>30</sup> H.J. Markowitsch, W. Siefer, *Tatort Gehirn*, Frankfurt-New York, 2007, 227 ss.; de manera parecida, G. Merkel, G. Roth, *Freiheitsgefühl*, cit., 87 s.

<sup>31</sup> Così A. Nisco, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, 502.

<sup>32</sup> V. J.B. Meixner, *Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues*, 2014, *Current Neurology and Neuroscience Reports*, Vol. 15, 513.

<sup>33</sup> J.M. Silva Sánchez, *La expansión ...*

En realidad, se trata nada más y nada menos que la enésima reproposición de los motivos que vuelven a aparecer periódicamente en la historia del derecho penal (positivismo, Programa de Marburg de Von Liszt<sup>34</sup>).

Sobre este proyecto “abortado” se ha hablado mucho y no vale la pena detenerse aún más.

## V. ... A MODELOS DE PREVENCIÓN ESPECIAL CON ORIENTACIÓN RESTAURATIVA

En cambio, nos parece más interesante el hilo interpretativo (cuyo exponente en Italia es, sobre todo, Luciano Eusebi), que renunciando tanto a la prevención general negativa como a la retribución proporcionalista como único planteamiento en la prevención general positiva, sugiere valorizar la *autonomía* del agente como “capacidad para realizar elecciones personales nuevas”, también en una óptica de justicia reparatoria o reconciliadora”<sup>35</sup>.

Además, es curioso que a la reivindicación- a menudo ideológica- de la autonomía individual como libertad indelegable de elección se acompañe, paradójicamente, la negación de la misma sobre la base de los modernos conocimientos neurocientíficos.

Pero se tiene que subrayar que la referencia a la libertad de querer en el sistema penal tradicionalmente se ha utilizado como instrumento para justificar la intervención punitiva (la pena es justa cuando es proporcionada a la culpabilidad), excluyendo la importancia de la personalidad del reo respecto a los contenidos de la condena, en los casos en que no venga excluida de raíz su culpabilidad jurídica<sup>36</sup>.

De hecho, la libertad de querer y la culpabilidad en la lectura tradicional de impronta retribucionista de la pena son, según Eusebi, conceptos funcionales para legitimar una respuesta penal que reproduce, por analogía, la negatividad adscrita al delito cometido. Es por ello que la libertad se considera siempre *ex post* como factor dirigido al pasado, para justificar la legitimidad de la punición.

En tal manera, el derecho penal expresa una connotación sin duda determinista: de hecho, los destinatarios de normas y sanciones se conciben no como interlocutores del

---

<sup>34</sup> Feijoo, 10.

<sup>35</sup> L. Eusebi, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, en L. Palazzani, R. Zannotti, *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, 123.

<sup>36</sup> L. Eusebi, *Neuroscienze e diritto penale*, 125.

derecho, sino como sujetos que hay que condicionar a través de la coacción (intimidación o neutralización)<sup>37</sup>.

Pero la libertad, también a la luz de los principios de civilización jurídica que se han transferido a las Constituciones, debería cumplir una función de garantía, por tanto, con una apreciación dirigida al futuro: en cuanto sujeto dotado de autonomía, la persona no puede ser tratada como destinataria de un condicionamiento. Precisamente, la libertad moral hay que valorizarla como *chance* respecto al futuro, como objetivo que hay que perseguir, en la perspectiva de un derecho penal reconstructivo, dirigido a la reintegración de las relaciones sociales y personales, en las que el delito haya incidido y de una respuesta penal entendida como *poena medicinalis*, como proyecto orientado a asumir un significado positivo, tanto para el reo como para la víctima y la sociedad.

En definitiva, se recomienda una valorización de la autonomía individual que esté dirigida al futuro, como capacidad para reelaborar críticamente, también en sentido reparativo (a través de formas de responsabilización del autor con respecto a las víctimas), la comisión del delito y realizar nuevas elecciones de vida. Desde este punto de vista será especialmente importante asumir en el debate penal los conocimientos neurocientíficos sobre las condiciones psicológicas del agente del delito y el contexto en el que ha actuado dicho sujeto<sup>38</sup>.

Todo ello también en función de una prevención general positiva: una “prevención estable, que no se funda en dinámicas intimidantes (inidóneas para equilibrar la inevitable relatividad de los instrumentos de control y portadoras, además, de una visión reductiva de los factores relevantes a la hora de tomar decisiones) o, en todo caso, en estrategias neutralizadoras (inidóneas para evitar la continua sustitución de los sujetos que delinquen), sino que más bien depende, en primer lugar, de la capacidad del ordenamiento jurídico para mantener elevados los niveles de consenso, es decir, de la adhesión prestada por elección personal, al respeto de las normas”<sup>39</sup>.

Por lo tanto, prevención especial en función de prevención general positiva: un sistema *latu sensu* sancionador orientado a obtener del reo una reelaboración crítica y una disociación del mismo pasado es la mejor estrategia preventiva, a través de la adopción progresiva de modelos de justicia restaurativa.

---

<sup>37</sup> L. Eusebi, *Neuroscienze e diritto penale*, 134.

<sup>38</sup> L. Eusebi, *Neuroscienze e diritto penale*, 140.

<sup>39</sup> L. Eusebi, *Neuroscienze e diritto penale*, 136 ss.

## **COMPATIBILIDAD ENTRE LA ALEVOSÍA Y LA ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA.**

SACRAMENTO RUIZ BOSCH.

*Jueza Sustituta adscrita al TSJ de la Región de Murcia.*

*Correo electrónico: ruizbosch@hotmail.com*

**RESUMEN.** El Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 26-5-2000 zanjó la cuestión doctrinal sobre la compatibilidad de la alevosía con la anomalía o la alteración psíquica, afirmando rotundamente la compatibilidad de la enajenación mental del autor del hecho con la circunstancia agravante de alevosía.

En aplicación del anterior Acuerdo, la Jurisprudencia actual considera que la agravante de alevosía y la atenuante o eximente de anomalía o alteración psíquica resultan compatibles siempre que el agente mantenga el suficiente grado de conciencia que le permita dirigir directa o especialmente los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.

## **COMPATIBILIDAD ENTRE LA ALEVOSÍA Y LA ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA.**

Los elementos básicos del delito son los siguientes: acción u omisión humana, típica, antijurídica, culpable y punible. No obstante, las dos grandes categorías del delito son, por un lado la antijuridicidad, que significa la objetiva contrariedad a la ley penal; y por otro, la culpabilidad, que significa la posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable. En consecuencia, no hay delito cuando el acto no sea antijurídico, o siendo antijurídico, cuando el autor no puede ser considerado culpable del mismo. Y si bien en sede de antijuridicidad hallamos elementos subjetivos, la formación de la voluntad de la personas pertenece, desde una perspectiva teórica, al ámbito de la culpabilidad.<sup>1</sup>

En su aspecto material, la culpabilidad consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. Por ello la culpabilidad supone, en primer lugar, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y, en segundo lugar, unas determinadas condiciones biopsíquicas

---

<sup>1</sup> PERTÍÑEZ ROMAGOSA, M., <<Aproximación clínica y conductual a los trastornos psicopáticos: Aportaciones sobre la responsabilidad criminal del psicópata>>, *La Ley Penal*, Nº 111, Sección Estudios, La Ley 8867/2014, pág. 6.



que permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento. Por ello, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es presupuesto de la culpabilidad.<sup>2</sup>

La imputabilidad es el antecedente necesario de la culpabilidad, pero no se formula de forma positiva, sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que la excluyen: la anomalía o alteración psíquica y la intoxicación plena (siempre que anulen la capacidad intelectual y volitiva del sujeto), las alteraciones en la percepción que determinen una grave alteración de la conciencia de la realidad y la minoría de dieciocho años.<sup>3</sup>

El concepto tradicional de la imputabilidad, que la considera como la capacidad de entender y querer (conocimiento y voluntad), se ha tenido que modificar habida cuenta que muchos inimputables tienen capacidad para conocer y querer. Si no se sabe en absoluto lo que se hace, se puede incluso negar la existencia de comportamiento humano. Por eso hoy se considera que el inimputable realiza un comportamiento humano, y por tanto, consciente y voluntario, pero le falta la capacidad de comprender el significado antijurídico de sus actos o de dirigir su actuación conforme a esa comprensión. Para el inimputable la capacidad de comprender el significado antijurídico quiere decir que su situación mental le impide comprender la ilicitud de sus actos, y la capacidad de dirigir su voluntad significa que no puede controlar su voluntad a pesar de conocer su ilicitud. Si falta lo primero (la capacidad de comprender la ilicitud), normalmente falta lo segundo (la capacidad de controlar su voluntad); sin embargo, puede ser que falte lo segundo pero no lo primero, es decir, que el sujeto entienda la ilicitud de sus actos pero no pueda controlar su voluntad (por ejemplo, un psicópata o un esquizofrénico pueden entender pero no controlar).<sup>4</sup>

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal vienen recogidas en el Título I de su Libro I del Código Penal de 1995. El Capítulo III, que engloba el art. 21, es relativo a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; en el Capítulo IV se recogen las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, que

---

<sup>2</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 50.

<sup>3</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 129.

<sup>4</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., <<Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)>>, *La Ley Penal*, Nº 76, Sección Criminología, Noviembre 2010, La Ley 13672/2010, págs. 14-15.

se describen en el art. 22; y el Capítulo V referente a la circunstancia mixta de parentesco, que recoge el art. 23.

Y el Capítulo II del mismo Título, que incluye los artículos 19 y 20, trata de las causas que eximen de la responsabilidad criminal.

El artículo 20.1ª CP establece que *"Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

*El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión".*

Este precepto ha venido a introducir el concepto actual de imputabilidad, en cuanto ya no se centra exclusivamente en la inteligencia y la voluntad, sino en la capacidad de comprender que su conducta está prohibida o en la capacidad de dirigir su voluntad, dando lugar a que, en el caso de los enajenados, mayoritariamente se entienda que la norma no les llega por la falta de motivabilidad normal en su comportamiento.<sup>5</sup>

Y el 21.1ª CP, dispone que, *"Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".*

En los conceptos de anomalía o alteración psíquica estarán comprendidas todas las enfermedades mentales incluidas en la clasificación de la Organización Mundial de la Salud y de la Asociación Psiquiátrica Americana.<sup>6</sup>

El concepto de anomalía psíquica corresponde al campo de la psiquiatría, en el que suelen establecerse cuatro grandes grupos de trastornos psíquicos: a) la oligofrenia, en la que se incluyen la idiocia y la imbecilidad, en las que el sujeto es generalmente inimputable, así como la debilidad mental y la torpeza mental, en las que el sujeto suele tener una imputabilidad disminuida, siendo más o menos imputables en atención a su afectación; b) las psicosis, caso paradigmático de enajenación, en las que se incluye la epilepsia, la esquizofrenia, la paranoia, las psicosis maniaco-depresivas, y alcoholismo,

---

<sup>5</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., <<Enfermedad mental y delito (...)>>, op.cit., pág. 15.

<sup>6</sup> CERREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal (...)>>, op.cit., pág. 60.

que plantean el problema de los intervalos lúcidos; c) las neurosis, y d) las psicopatías, que no afectan al entendimiento y a la voluntad, sino a la afectividad.<sup>7</sup> Estas últimas son deficiencias psicológicas que, sin constituir una psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a un equilibrio emocional y volitivo. Son desviaciones anormales del carácter o de la afectividad, de origen diverso (biológico, social o psicológico), que no afectan a una facultad concreta, sino al conjunto o equilibrio de todas ellas. En épocas anteriores, al carecer de base patológica, no se las concebía como enfermedad mental, y únicamente servían de atenuante por analogía. Actualmente, se encuadran en la expresión “anomalías o alteraciones psíquicas” del art. 20.1ª CP, y pueden operar como eximente.<sup>8</sup>

El concepto de alteración psíquica equivale a la situación de trastorno mental transitorio o intervalo de inimputabilidad en el normalmente constituido o no aquejado de anomalía psíquica permanente.

El Código Penal actual únicamente mantiene la distinción entre trastornos mentales de carácter permanente o duradero de los de carácter transitorio a efectos de la regulación de la *actio libera in causa* (acciones libres en su origen).<sup>9</sup>

En la regulación de las causas de inimputabilidad basadas en una enfermedad, anomalía o trastorno mental, los Códigos Penales suelen adoptar tres tipos de fórmulas: psiquiátricas o biológicas, psicológicas y psiquiátrico-psicológicas. En estas últimas, también denominadas por la doctrina como fórmulas mixtas o biopsicológicas, se hace referencia a una enfermedad, anomalía o trastorno mental, pero se exige que, como consecuencia de ello, el sujeto se hubiera visto privado de la capacidad de entender o de querer, o de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento. Esta es la postura adoptada por el Código Penal español de 1995.<sup>10</sup>

Así es, el actual Código Penal incorporó un sistema mixto en que se ha de apreciar la anomalía o alteración psíquica y además los efectos que produce sobre la comprensión de la ilicitud o el dominio de la voluntad en el momento de cometer el delito:

---

<sup>7</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., <<Compendio de Derecho Penal (...)>>, op.cit., págs. 131-132.

<sup>8</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., <<Enfermedad mental y delito (...)>>, op.cit., pág. 10.

<sup>9</sup> CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal (...)>>, op.cit. pág. 57.

<sup>10</sup> CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal (...)>>, op.cit., págs. 53-56.

1) La base patológica ya no recae sobre el concepto de enfermedad mental, sino es cualquier anomalía psíquica, de esta manera se amplía su ámbito de aplicación, no sólo a las enfermedades mentales en sentido estricto, sino a otras alteraciones de la personalidad, lo que ya no impide la consideración como tal de las psicopatías. Para la STS 16 de noviembre de 1999, desde el CP de 1995 la psicopatía no debe ser tratada como atenuante de análoga significación a las anomalías psíquicas, sino que realmente lo es. Según la STS 4 de mayo de 2000, la psicopatía (trastorno de personalidad) puede ser expresión de anomalías psíquicas encuadradas en la eximente incompleta, sobre todo si se une a la drogodependencia.

2) Incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión no hace referencia al nivel de inteligencia y voluntad, sino capacidad de culpabilidad.

En consecuencia, en atención a la intensidad de los efectos psicológicos de la alteración psíquica, el Código Penal de 1995 dispone de distintas consecuencias:

a.- Si la incapacidad es total, procede la aplicación de la eximente del art. 20.1<sup>a</sup> CP, que conllevará la exención de pena y posibilidad de medida de seguridad.

b.- Si la incapacidad no es total pero sí la limita considerablemente, se aprecia la eximente incompleta del art. 21.1<sup>a</sup> CP, lo que implicará una atenuación privilegiada de pena y la posibilidad de imponer una medida de seguridad.

c.- Si la incapacidad es de una menor intensidad en la imputabilidad por su menor incidencia, se aplica la atenuante analógica del art. 21.7<sup>a</sup> CP, que supondrá sólo la atenuación de pena sin posibilidad de aplicar una medida de seguridad.<sup>11</sup>

Por ello, la Jurisprudencia ha resaltado que la mera existencia de una anomalía o alteración psíquica no es suficiente para que se aprecie en el autor de un hecho delictivo la circunstancia eximente prevista en el art. 20.1<sup>a</sup> CP, ni como completa ni como incompleta. Para que se produzca tal efecto modificativo de la responsabilidad criminal es preciso que el sujeto, a causa de la anomalía o alteración psíquica, bien no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso, procederá apreciar en él la eximente completa, bien le sea sumamente difícil aquella

---

<sup>11</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., <<Enfermedad mental y delito (...)>>, op.cit., págs. 15-16.

comprensión o aquel control de su actuación, en cuyo caso le podrá ser aplicada la eximente incompleta. Todo trastorno de la personalidad se manifiesta en el área de la cognición, es decir, en la forma de percibir e interpretar la realidad y en la del control de los impulsos, pero no siempre la desviación en dichas áreas, con respecto a la personalidad que puede servir de tipo estándar, tiene la misma profundidad (SSTS de 20 de Mayo de 2004 y de 22 de abril de 2003).

El Tribunal Supremo ha considerado que cuando el sujeto acusado de la comisión de un delito está exento de responsabilidad criminal por enajenación mental, o con palabras del nuevo Código penal, por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica de la que se derive la incomprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1ª), el elemento subjetivo del tipo penal pierde su significación como graduador de la mayor o menor capacidad de culpabilidad del agente, para convertirse en un dato que hubiese permitido la correcta calificación penal del hecho, si el sujeto hubiera sido declarado responsable penalmente. (STS 494/2000, de 29 de junio).

En cuanto a la alevosía, ésta es una circunstancia agravante. En su vertiente genérica aparece recogida en el artículo 22.1ª CP, que la define en su segundo párrafo al establecer que *“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”*

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a.- en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.

b.- En segundo lugar, un elemento objetivo, que radica en el *modus operandi*, que el autor utilice, precisamente en la ejecución, medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c.- En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre

su utilización tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d.- Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, es decir, que como consecuencia, se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS de 7 noviembre de 2002, y de 15 de febrero y 22 de marzo de 2005).

En cuanto a la naturaleza de la alevosía, aunque la Sala Segunda unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto preeminentemente objetivo (SSTS 28-2 y 12-7-90), resaltando en STS 19-1-91, un plus de culpabilidad y en STS 24-1-92, un plus de culpabilidad y de antijuridicidad, reconociendo y afirmando, en STS 1659/93 de 30-6, que “si bien en las últimas décadas, como ya recogió la S 19-1-91, era suficiente para la apreciación de la circunstancia con que la conducta fuese objetivamente alevosa, lo cual entrañaba el plus de antijuridicidad consistente en la utilización de medios, modos o formas de ejecución tendentes a lograrla sin riesgo para el infractor procedente de la defensa del ofendido, pasó después la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, a una etapa de transición en que, sin desconocer la naturaleza objetiva de la alevosía, se destacan y precisan en ella aspectos subjetivos, principalmente para evitar su confusión con la circunstancia de premeditación. Finalmente, este Tribunal exige el plus de culpabilidad, precisando una previa excogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente con lo proyectado y representado”.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que “la alevosía es una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente objetivo”, que

“incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad” (STS 499/93, de 9-3), denotando “de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal” (STS 944/95 de 2 de octubre), de modo que “al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad” (STS 734/96 de 16 de octubre), lo que conduce a su consideración como mixta (STS 2047/2000, de 28 de diciembre, con cita de las SSTS 11 de mayo de 1994, 21 de febrero de 1995 y 6 de junio de 1998). En cuanto la “eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación” (STS de 13 de marzo de 2000).

La esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados. Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido.

En cuanto a los modos, situaciones o instrumento de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, viene distinguiendo en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS de 10 de febrero de 2003, de 22 de enero de 2004, de 22 de marzo de 2005, de 10 de octubre de 2008, de 23 de septiembre de 2009, de 10 de Diciembre de 2.009, entre otras muchas) tres modalidades de alevosía:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera; implica que al hecho delictivo le precede la acechanza (observar, aguardar cautelosamente con algún propósito) o la ocultación del victimario. Acechanza y ocultación son sinónimos de emboscada (ocultación de una o varias personas para atacar por sorpresa a otra u otras).

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y

aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible y,

c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima. Es importante destacar que, para configurarse la circunstancia agravante el estado de indefensión de la víctima debe ser la causa o motivo por el cual el agente actúa, procurando así un obrar sobre seguro y sin riesgo. La jurisprudencia del TS ya opta reiteradamente por la constatación de la alevosía en hipótesis en que el agente se aprovecha de una natural situación de indefensión de la víctima sin previa intervención o iniciativa alguna por parte del mismo en su originación. El supuesto responde a la previsión normativa, facilitación de consumación del hecho sin riesgo alguno para el agresor procedente de una eventual defensa del ofendido. Sentencias tales como las de 9 de abril de 1990, 15 de abril de 1991, 17 de marzo y 30 de abril de 1997, así se manifestaron. Casos de niños, ancianos, inválidos, ciegos o personas accidentalmente indefensas, dormidas, drogadas o sin conocimiento. No puede decirse que tal parecer haya sido asumido por la doctrina científica.<sup>12</sup>

No obstante la anterior clasificación resulta más teórica que práctica, y no supone un encasillamiento impermeable entre las diversas modalidades comisivas que permita hallar elementos configurativos de un tipo de alevosía en otro (STS de 13 de noviembre de 2008).

En el sistema que diseña el Código Penal español las circunstancias atenuantes y agravantes no son de aplicación automática.

El Legislador las ha construido sin delimitar sus contornos, de modo que entre algunas existen zonas comunes, mientras que otras son independientes, y no todas pueden aplicarse a todos los delitos de la Parte Especial. La interpretación judicial, por ello, es esencial: así, la Jurisprudencia ha establecido que existen circunstancias que son incompatibles, fundamentalmente cuando a través de su aplicación conjunta se infringen principios jurídico-penales, como el principio *non bis in idem*; en otros casos, el

---

<sup>12</sup> SOTO NIETO, F., <<La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo>>, *Diario La Ley*, N° 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005, págs. 2-3.



Tribunal Supremo ha determinado expresamente su compatibilidad, motivándola cuando existen dudas sobre ello o en aquellos casos en que la jurisprudencia ha sido vacilante en esta materia, y en la mayoría de ocasiones, la compatibilidad viene determinada, simplemente, por la aplicación e imposición de forma conjunta de circunstancias que efectúan los Tribunales, sin que éstos se planteen siquiera la cuestión, pues hay supuestos en que es obvia la compatibilidad o, por el contrario, la incompatibilidad.<sup>13</sup>

La doctrina ha venido admitiendo la compatibilidad entre la alevosía y la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio, siempre que el agente conserve el suficiente grado de conciencia y lucidez como para apercibirse del modo y forma de la agresión personal y del medio instrumentalizado al efecto.<sup>14</sup> E incluso la Jurisprudencia (SSTS de 15 de febrero, 21 de marzo y 17 de noviembre de 1988, 24 de febrero de 1989, 1 de junio de 1994 y 8 de marzo de 1996) venía considerando compatible la agravante de alevosía con la eximente incompleta de enajenación mental, siempre que la disminución psíquica determinante de la semieximente, no impida el dolo específico de la alevosía, conocimiento y voluntad de asegurar el resultado homicida y de excluir el riesgo derivado de la defensa de la víctima.

La cuestión de la compatibilidad entre la alevosía y la enajenación mental quedó definitivamente resuelta por la Jurisprudencia. Así, el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 26-5-2000 afirma rotundamente la compatibilidad de la enajenación mental del autor del hecho con la circunstancia agravante de alevosía.

El referido Acuerdo declaró la compatibilidad ente el artículo 20.1º y el artículo 139.1º ambos del Código Penal (inimputabilidad y alevosía), en los siguientes términos: *“En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el artículo 101.1º CP, el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como asesinato.”*

---

<sup>13</sup> MARTÍNEZ GALINDO, G., <<Compatibilidad e incompatibilidad entre atenuantes y agravantes, La Ley Penal, Nº 32, Sección Informe de Jurisprudencia>>, *La Ley Penal*, Nº 32, Sección Informe de Jurisprudencia, Noviembre 2006, La Ley 2885/2006, págs.1-2.

<sup>14</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio de Derecho Penal (...)>>, op.cit., págs. 185-186.

Este Acuerdo se ha visto plasmado en las resoluciones posteriores, como la STS de 9 de octubre de 2000, en la que se explica que si tal compatibilidad se predica incluso con respecto a la eximente completa de enajenación mental, con mayor razón se aplicará en los supuestos de semieximente o de simple atenuante.

La STS de 13 de septiembre de 2002 resulta muy esclarecedora al explicar que una anomalía o alteración psíquica puede determinar la falta de comprensión de la ilicitud de la conducta o de poder actuar de conformidad con la comprensión que se tuviera de tal ilicitud y, a la vez no obstaculizar en lo más mínimo el conocimiento y la comprensión de la conveniencia de utilizar formas, medios o modos de actuar favorecedores y facilitadores del éxito del resultado y determinantes de eliminación de los propios riesgos.

La STS de 10 de febrero de 2003 sostiene la compatibilidad de la alevosía con la enajenación mental incompleta, aunque exige en el agente el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y de la forma de la agresión.

Y la STS 1 de marzo de 2006 propugna la compatibilidad de la alevosía con una alteración psíquica valorada como eximente incompleta, considerando que tal situación mental no impide por sí misma, necesariamente y en todos los casos, la elección consciente de los medios, modos o formas que van a ser utilizados en la ejecución o la creación o el aprovechamiento de una ocasión favorable para el autor en la que las posibilidades de defensa desaparezcan, siempre que las características de los hechos y de la alteración mental permitan establecer que el agente mantiene el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance de los medios o instrumentos empleados y de la forma de la agresión.

En conclusión, la Jurisprudencia más actual considera que la agravante de alevosía y la atenuante o eximente de anomalía o alteración psíquica resultan compatibles siempre que el agente mantenga el suficiente grado de conciencia que le permita dirigir directa o especialmente los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.

## **BIBLIOGRAFÍA.-**

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed. (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), Akal, Madrid, 1986.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2001.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 1997.

LEGANÉS GÓMEZ, S., <<Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)>>, *La Ley Penal*, Nº 76, Sección Criminología, Noviembre 2010, La Ley 13672/2010 (versión on line autonumerada).

MAGRO SERVET, V., <<Incapaces y delincuentes: la prognosis postdelictual>>, *Práctica de Tribunales*, Nº 16, Sección Práctica Procesal, Mayo 2005, La Ley 1042/2005 (versión on line autonumerada).

MARTÍNEZ GALINDO, G., <<Compatibilidad e incompatibilidad entre atenuantes y agravantes>>, *La Ley Penal*, Nº 32, Sección Informe de Jurisprudencia, Noviembre 2006, La Ley 2885/2006 (versión on line autonumerada).

PERTÍÑEZ ROMAGOSA, M., <<Aproximación clínica y conductual a los trastornos psicopáticos: Aportaciones sobre la responsabilidad criminal del psicópata>>, *La Ley Penal*, Nº 111, Sección Estudios, La Ley 8867/2014 (versión on line autonumerada).

PUENTE SEGURA L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Cóllex, Madrid, 1997.

SOTO NIETO, F., <<La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo>>, *Diario La Ley*, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005 (versión on line autonumerada).