

LA AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA ACTUACIÓN DE DROGODEPENDIENTES
COMO PRESUPUESTO DE LA CONCESIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DEL
ARTÍCULO 87 CP

JAVIER RUIZ GALLARDO
ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CÁDIZ

“Para conocer a una persona hace falta haberla tratado y observado atentamente,
pues de lo contrario se expone uno a cometer errores de apreciación
que luego es muy difícil rectificar.”
Fiodor Dostoievski. 1866.

I.- ¿REALMENTE EXISTE UNA NEUROLAW?

Cuando nos planteamos que un individuo lleva a cabo una determinada conducta partimos del convencimiento, por supuesto general, de que la efectúa de manera libre y voluntaria. Esa conclusión, que es base de la culpa penal, ha visto sus cimientos temblar cuando los neurocientíficos fijaron la vista en el concepto de libre albedrío. No es una, digámoslo así, obsesión reciente, pues la psicología, las ciencias sociales y las ciencias naturales también debatieron sobre ello. En años recientes, los neurocientíficos han negado la existencia de libre albedrío en la persona al momento de actuar y lo han catalogado como una ilusión de la humanidad. Para fundar su planteamiento, han demostrado que, antes de cualquier actuación voluntaria, existe una sinapsis neuronal que no se realiza voluntariamente y que determina a la persona a actuar en uno u otro sentido, sin que exista posibilidad de decisión o elección, por parte del sujeto, de la manera en que finalmente actúa. CHAN¹ señala que, de acuerdo con este planteamiento, es el cerebro y no el yo consciente el que decide tomar una decisión en un determinado sentido.

En el día a día, la Justicia (como institución), debe enjuiciar si alguien es imputable o no, si su actuación ha sido dolosa o imprudente y si hay alguna circunstancia de su personalidad que pueda atenuar su culpabilidad. La discusión en torno a la existencia o no de libre albedrío no puede suspender el curso de las actuaciones judiciales; no pudiendo dar por válido entretanto el determinismo. “Durante la semana, jueces y fiscales han de ejecutar el principio de culpabilidad

¹ CHAN, GUSTAVO (2011). Libre albedrío. Charla presentada en el curso Interrogaciones sobre el Posthumanismo, Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura, Universidad de Costa Rica, 16 de noviembre de 2011. San José.

y sólo el fin de semana podrán formular una encendida defensa del determinismo” (HASSEMER²)

Responsabilidad e imputación no descansan en conocimientos de la biología humana sino en razones sociales. La imputación objetiva establece la conexión entre la conducta humana y un acontecimiento. La Subjetiva establece la conexión entre el acontecimiento y la responsabilidad del ser humano que ha causado el acontecimiento. Es el fundamento de la culpabilidad.

La autodeterminación es un presupuesto de la libertad como construcción social, y por tanto de la culpabilidad. La libertad y las correspondientes estructuras de responsabilidad, tal y como se encuentran actualmente configuradas desaparecerían si no existiera el reconocimiento mencionado de la existencia de auto-determinación.³

Los ciudadanos son “seres libres” desde la perspectiva del sistema jurídico, con independencia de que la ciencia nos pudiera llegar a explicar causalmente cada uno de sus procesos cerebrales. Si una persona hace algo porque le apetece, normativamente es indiferente si la ciencia, conociendo la biografía y antecedentes de esa persona, puede llegar a explicar los diversos factores que determinaron su conducta. Desde una perspectiva intersubjetiva ha actuado “libremente”, es decir, sus apetencias son un asunto exclusivamente suyo, salvo que se trate de factores que excluyen su responsabilidad, como podría ser, por ejemplo, una enfermedad mental. La ciencia penal debe revisar sus criterios ante la existencia de enfermedades que excluyan la capacidad de comprender y guiar el comportamiento; a la luz de los nuevos conocimientos de las neurociencias y otras ciencias naturales. Este conocimiento de las patologías neuronales justificaría la existencia de medidas de seguridad curativas (PUNSET).

Desde el punto de vista de la práctica forense toda persona que no presente mayores singularidades derivadas de su situación psíquica o de otras circunstancias que puedan afectar a su capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa descripción tiene que ser tratada como imputable. No hay que probar o constatar normalmente la capacidad de culpabilidad, reconocida en general. Lo que puede ser objeto de discusión es la relevancia normativa que pueden presentar ciertos factores (alcoholismo, síndrome de abstinencia, ludopatía, epilepsia, brote paranoico, demencia senil, etc.) y en qué medida son imputables a la

² HASSEMER, WINFRIED (2011). Neurociencias y culpabilidad en derecho penal. En InDretPenal: Revista para el Análisis del Derecho, número 2, abril. Barcelona

³ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2011). Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa? En InDretPenal: Revista para el Análisis del Derecho, número 2, abril. Barcelona.

responsabilidad del infractor de la norma, a otros factores o a la casualidad. En el proceso sólo es preciso constatar la restricción o déficit de libertad debida a factores casuales (no imputables al autor) pero no la libertad del autor concreto en la situación concreta.

¿Pero cómo constata de forma responsable el Juzgador que el acusado podía haber actuado de modo distinto a como lo hizo en la situación concreta en la que el hecho se cometió, si no investiga su libertad de acción hasta lo más interno, hasta llegar a la conciencia? (KAUFMANN, 1976)

Afirmar que se puede observar con un microscopio la existencia de libertad del reo para actuar de modo distinto es una falacia. Los neurocientíficos defienden que se trata de conexiones neuronales, no de un 'yo consciente'; pero ¿qué nos lleva a concluir que la personalidad no predispone las conexiones neuronales y el resultado de su interacción? ¿Qué nos dice que la voluntad individual no está conformada realmente por el modo en que esas neuronas reaccionan?

II.- LA LIBERTAD DEL ADICTO.

El §20 del *Strafgesetzbuch* alemán abre la puerta por la que los conocimientos consolidados de las ciencias empíricas del ser humano alcanzan a la determinación jurídico penal de la culpabilidad, tratando de las causas de exclusión de la culpabilidad. "Actúa sin culpabilidad quien al momento de cometer el hecho (...) es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión" "Si la capacidad del autor para comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión se encuentra considerablemente reducida debido a alguna de las causas referidas en el §20, la pena (...) podrá atenuarse."

Empíricamente no resulta posible demostrar la existencia de autodeterminación del ser humano, sin embargo sí que es factible acreditar la existencia de libre albedrío, o al menos, una libertad de la voluntad en sentido amplio, que es previa a la toma de la decisión de actuar *contra legem*. Esto bastará para la construcción del juicio de culpabilidad, para el reproche.

Se ha producido normativamente una evolución del planteamiento de la pena, que desde el inicial concepto retributivo se ha orientado hacia la reeducación. No obstante, como algunos autores han mantenido, se produce la paradoja de querer reeducar y reinsertar al individuo

aislándolo de la sociedad, privándolo de libertad. Es en esa confluencia entre la reinserción y el reproche de la conducta donde la suspensión de la ejecución del artículo 87 CP cobra sentido.

WOLF SINGER⁴ lleva a cabo uno de los análisis neurocientíficos más exhaustivos que se han publicado en los últimos años, con una clara influencia sobre el resto de trabajos en esta materia. Teniendo en cuenta que todas las acciones son llevadas a cabo por procesos neuronales, hemos de ser especialmente cuidadosos a la hora de colocar los límites sobre lo que se desarrolla de forma libre o no libre. En el caso del adicto a las sustancias descritas en nuestro Código Penal, a la hora de hablar de eximentes, hemos de plantearnos que, desde un punto de vista científico, se ha producido una merma en la capacidad cognitiva del sujeto. El sujeto, en tanto no es capaz de formar juicios de valor con la misma 'serenidad' que lo hace un ciudadano medio, no puede ser juzgado obviando su condición.

Uno de los casos neurológicos con mayor frecuencia citados para hablar de conducta y cerebro es el de Phineas Gage. En 1948, con 25 años de edad, Gage sufrió un accidente mientras trabajaba como capataz en la construcción del ferrocarril. Tras una explosión, una barra de hierro, del tamaño de una escoba, le atravesó la cabeza. El lóbulo frontal fue completamente atravesado. La magnitud de la lesión, en términos de la zona lesionada, fue tal que el hecho de sobrevivir y estar de nuevo en pie y "curado" tras dos meses se consideró digno de estudio. No obstante, en poco tiempo Gage empezó a mostrar cambios en la personalidad tan notables que de él podía decirse con razón "ya no es él", cayendo en desgracia entre sus conciudadanos.

La idea que interesa es cómo se explicaron los cambios de comportamiento a partir de la existencia de un traumatismo cerebral en una concreta zona. Existía una lesión localizada y quien la padecía consiguió, tras las curas, conducirse con "normalidad" en muchas cuestiones pero, desde luego, no en otras. Este hecho contribuyó a sedimentar la idea de correlación entre el funcionamiento del lóbulo frontal y ética ya que el cambio consistió en pasar de ser, por lo visto, muy amable a un completo grosero maleducado.

En nuestra sociedad, en la que tantos delitos se cometen por el consumo de sustancias tóxicas, ya sea como causa inicial o final, la comunidad se ha visto abocada a plantearse la necesidad de reparar el daño ocasionado en los complejos neuronales de estos enfermos reinsertando a los

⁴ "Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. Zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen". Publicado en lengua alemana en la *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, núm. 2 (2004), pp. 235-255.

mismos o bien ofreciéndoles la posibilidad de salir del “mundo de la droga”. Y si el daño ocasionado por una barra de hierro que atraviesa el cráneo de un individuo puede hacer que el ‘yo’ transmute, cómo no va a hacerlo el uso continuado de determinadas sustancias que, precisamente, tienen parte de la (absurda) lógica de su consumo en la distorsión de la realidad de una u otra manera. Si lo que ataca, en síntesis, el uso de estas sustancias es justamente las interconexiones neuronales del individuo, de modo que durante un mayor o menor espacio de tiempo la realidad no es la realidad sino que el sujeto la observa ahora de otro modo distinto por estar bajo la influencia de algún tipo de tóxico, ni que decir tiene que aquellos que durante un determinado período de tiempo hayan hecho o estén haciendo uso continuado de esa sustancia o tengan una dependencia a la misma, verán mermada su capacidad cognitiva.

Cuando se presenta ante la Corte al justiciable y éste es condenado por la comisión de un determinado hecho delictivo, con carácter previo a la fijación del reproche, de la pena, deberá construirse la culpabilidad, pudiendo encontrarnos ante la posibilidad de que el acusado tenga mermadas, al momento de cometer los hechos su capacidad cognitiva, ante lo cual el juicio de culpa será menor, pues no podemos castigar de modo igualitario al que entiende que al que no entiende cual es la ilicitud de su conducta. Ello conduce necesariamente a deber valorar, ante la aseveración por cualquiera de las partes del proceso, de la confluencia de alguna circunstancia de este tipo y de las consecuencias que las mismas tuvieran en el resultado antijurídico.

Elaborado el juicio de culpabilidad, e impuesta la pena, el acusado podrá interesar la suspensión de la ejecución de la pena, en el caso de que el hecho se hubiese cometido a causa de la dependencia de alguna de las sustancias enumeradas en el artículo 20.2 (manifiestamente injusta es, de acuerdo con parte de la doctrina, la exclusión de otras patologías adictivas como la ludopatía).

A fin de examinar el cumplimiento de los requisitos es conveniente efectuar un estudio sobre el historial de drogodependencia del penado para determinar conforme a la práctica forense si a fecha de comisión de los hechos era drogodependiente (o adicto al resto de sustancias descritas), el grado de adicción en esos momentos (si puede determinarse conforme a documentos médicos coetáneos o inmediatamente posteriores o anteriores a la comisión de los hechos). Con esos datos el juez puede hacer un juicio de inferencia al objeto de deducir, poniéndolo en relación con los hechos cometidos y el tipo de delito objeto de condena, sobre si tal adicción pudo

influenciar al penado en la comisión de los hechos y a partir de ese momento formar un reproche culpabilístico.

Resulta vital que el Juzgador estudie los informes médicos del reo y recabar la opinión del Médico Forense, quien examinará los antecedentes y al enfermo. Por supuesto, no será el médico sino el órgano jurisdiccional quien deberá determinar si la causa del delito cometido pudo ser o no la referida situación de dependencia (sobre la que, además, tampoco deberá requerirse informe al médico forense en esta fase de ejecución cuando así hubiera sido ya determinado en la sentencia condenatoria firme).

Es ahí donde la ciencia debe entrar a valorar cuál es el resultado de ese hábito en el sujeto, la influencia que esa dependencia ha tenido en la que ha venido a llamarse *mens rea*, pues "*actus non facit reum nisi mens sit rea*", es decir el acto no hace que la persona sea culpable a menos que la mente también sea culpable.

III.- RESEÑA BIBLIOGRÁFICA.

- DELGADO CALDERÓN. El dilema del derecho penal y las neurociencias: ¿libre albedrío o determinismo?. Revista Pensamiento Penal 144. Argentina.

- FEJOO SÁNCHEZ. Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa? En InDretPenal: Revista para el Análisis del Derecho, número 2, abril 2011. Barcelona

-DEMETRIO CRESPO. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. En InDretPenal: Revista para el Análisis del Derecho, número 2, abril 2011. Barcelona.

- DE LA FUENTE HONRUBIA/SUAREZ MALAXECHEVARRÍA/VICENTE DEL OLMO. La suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad por dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Análisis jurisprudencial. La Ley Penal, N° 104, Sección Informe de Jurisprudencia, Editorial LA LEY.

- NARVÁEZ MORA. El impacto de la neurociencia sobre el Derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, no 15, 2012, pp. 195-230.

- PUENTE SEGURA. Suspensión y sustitución de las penas. La Ley, Madrid, 2009.

- WOLF SINGER. Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto. Traducción y Nota preliminar de Miguel Ángel Cano Paños. Investigador Ramón y Cajal. Universidad de Granada. RECPC 12-r5 (2010) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194