

PSICOPATÍA Y DERECHO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

MANUEL CANCIO MELIÁ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Puntos de partida: conocimientos neurocientíficos y Derecho penal. A. ¿Cambio de paradigma para la noción de responsabilidad? B. Relevancia del conocimiento neurocientífico. 2. Psicopatía. A. Introducción. B. Nuevos instrumentos diagnósticos. 3. Psicopatía y culpabilidad: algunas hipótesis. A. Planteamiento. B. Culpabilidad. C. Puntos de partida. D. Alcance de una causa de imputabilidad: ¿mala prohibita?. Bibliografía.

1. PUNTOS DE PARTIDA: CONOCIMIENTOS NEUROCIENTÍFICOS Y DERECHO PENAL

A. *¿Cambio de paradigma para la noción de responsabilidad?*

Como es sabido, en los últimos años asistimos a un verdadero vendaval en el marco de la discusión filosófico-moral y jurídico-penal, vendaval que ha sido generado por los más recientes avances en las investigaciones de las neurociencias. Hace poco, Hassemer (2011) describió este debate con la imagen de que desde las neurociencias nos llegan a los científicos sociales, y, más específicamente, a los penalistas, cantos de sirena que nos llaman a repensarlo todo: nada más y nada menos que lo que hoy afirmamos 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.

En efecto, como también sabemos, 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 (por todos, Merkel/Roth, 2008, pp. 21 y ss., 27 y ss., 32 y ss., 43 y ss.).

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. Así, de acuerdo con la formulación del art. 20 del Código Penal español –que refleja una posición común en el llamado “ámbito continental” dentro de los ordenamientos penales de Occidente–, el sujeto activo de la infracción sólo no será culpable –por resultar inimputable– si no podía “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”¹. Puesto que –como dijo hace décadas el Tribunal Supremo Federal alemán²– el sujeto podía decidirse a favor del Derecho y en contra de lo injusto, lo consideramos culpable.

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 “queremos lo que hacemos” (Prinz³), 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.

En respuesta a este desafío –aunque desde el principio se ha destacado que ese planteamiento, al menos en sus formulaciones iniciales, es ingenuo (Feijoo Sánchez, 2011, p. 12) o simplista (Pérez Manzano, 2011, p. 6) desde la perspectiva de un rico debate histórico sobre los fines de la pena y la culpabilidad, que no puede ser reducido a esta especie de *hic Rhodus*,

¹ Por todos, MARTÍNEZ GARAY (2010, n.m. 2195), y *supra* la contribución de De Vicente Díaz a esta obra.

² BGHSt 2, pp. 194 y ss., 200 y s.

³ Por ejemplo, www.zeit.de.

hic salta– se ha desarrollado una viva discusión en la ciencia del Derecho penal, en la que la amplia mayoría de sus participantes han llegado a la conclusión de que los descubrimientos neurocientíficos no deben afectar a los pilares esenciales del Derecho penal, y, en particular, que no deben tampoco remover los fundamentos del concepto de culpabilidad⁴.

Desde el punto de vista aquí asumido se comparte este diagnóstico (coincidiendo en la conclusión con otras muchas argumentaciones). Sin embargo, se hace desde una perspectiva probablemente divergente de la mayoritaria. No es necesario, desde esta perspectiva, entrar en este nuevo capítulo de la ya secular discusión sobre el libre albedrío –dicho sea de paso: según parece, una peculiaridad de la discusión filosófica occidental, probablemente explicable sólo desde el problema de la teodicea 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 Crespo⁵, 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 irrelevante⁶. 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.

B. Relevancia del conocimiento neurocientífico

Sin embargo, aunque desde la perspectiva aquí planteada, por tanto, como dice Streng (2007, p. 691), no puede haber *worst-case-scenario*, es decir, no se puede formular la gran cuestión de la abolición de la culpabilidad –es éste, sobre todo, un problema de quienes creen en alguna

⁴ Sobre el estado de la cuestión, en sus diversas subáreas, por todos, DEMETRIO CRESPO (2011); LÜDERSSEN (2011); GARLAND/FRANKEL (2005).

⁵ En el “Seminario internacional: Derecho penal y Neurociencia”, Universitat de Barcelona, Facultad de Derecho, 1/10/10; el mismo término emplea ahora Roth (en su contribución a esta obra).

⁶ La argumentación, por lo tanto, no utiliza una especie de *non liquet* metodológico en contra de la “invasión” de las ciencias empíricas (como hace, por ejemplo, Hassemer [n. 1]), sino que afirma directamente que la cuestión ni siquiera se plantea para un sistema de control social; JAKOBS (1982; 1991; 2005; 2009).

forma de libertad empírica que pueda llamarse “capacidad de actuar de otro modo”–, esto no significa que todo avance en el conocimiento del funcionamiento del cerebro humano resulte irrelevante para el concepto jurídico-penal de culpabilidad. De hecho, aquí se aventurará –cabe esperar que con la prudencia necesaria, pero dentro del espacio de libertad para las especulaciones que el trabajo teórico debe ofrecer– la tesis –con muchos *ifs*– de que los nuevos conocimientos neurocientíficos acerca de las bases físicas de la psicopatía permiten afirmar que podrá plantearse la posibilidad de considerar determinadas formas de esta afección como una causa que elimina la imputabilidad, que hace desaparecer la culpabilidad (en lo que se alcanza a ver, esta opinión ha sido defendida últimamente por Morse, 2008, y Litton, 2008).

Para ello, en lo que sigue se ofrecerá un brevísimo compendio lego de lo que parece ser el estándar en la definición de la psicopatía y se formulará alguna especulación acerca de qué consecuencias podrían derivar para la práctica forense de las investigaciones neurocientíficas actualmente en curso (*infra* 2). Sobre esta base, se podrá formular la tesis antes anunciada: al menos en algunos casos, la psicopatía eliminará la imputabilidad en un futuro no demasiado lejano (*infra* 3).

2. PSICOPATÍA

A. Introducción

Como es sabido, la psicopatía⁷ 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 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.

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 concu-

⁷ Cfr. respecto de lo que sigue, la información y las referencias reunidas en las contribuciones de Juan Espinosa y de Roth a esta obra (este último, explicando con detenimiento los problemas de delimitación de fenómenos próximos a la psicopatía en sentido estricto); en ANDERSON/KIEHL (2012), en lo que se refiere a la incidencia de las técnicas de neuroimagen y, en general, en <http://en.wikipedia.org>.

rran 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.

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–, 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; someramente, Anderson/Kiehl, 2012, p. 53).

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, porque, de acuerdo con un sector de los autores –como dicen destacados neurocientíficos, por razones que “siguen siendo un misterio” (Kiehl/Buckholtz, 2010, p. 27)–, es un fenómeno casi exclusivamente masculino (sobre el desarrollo de adolescentes femeninos y masculinos, al respecto, Dadds *et al.*, 2009). 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 esta constituida por autores psicópatas.

B. Nuevos instrumentos diagnósticos

Aunque se pasará al análisis de las implicaciones jurídico-penales de la psicopatía en el próximo punto de este texto, queda claro para cualquier penalista que, con lo antes dicho, poco puede hacerse en términos de una posible afectación a la culpabilidad: las características de los métodos diagnósticos –visto desde afuera, y con todo respeto, la PCL/R se aproxima más a la literatura que a la ciencia⁸–, la ausencia de trata-

⁸ Véase el análisis y la valoración crítica respecto de su utilidad forense en MÜLLER (2011).

miento y, sobre todo, el carácter gradual de la psicopatía dificultan en extremo su valoración a efectos de determinar alguna implicación jurídico-penal de esta anomalía.

Sin embargo, el *status 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 neurocientíficos⁹. 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. El ordenador 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.

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, 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; Anderson/Kiehl, 2012, p. 54); por

⁹ Y quizá a otros muchos propósitos, como puede ser la elaboración de test de veracidad eficaces o incluso la “lectura de la mente”; véase sólo GREELY (2011), con referencias.

otro, a diferencias en el ciclo de ansiedad/atención (por ejemplo, Glass/Newman, 2009). Al lego, en todo caso, le llaman la atención los paralelismos entre sujetos psicópatas y personas que han sufrido lesiones en el córtex ventromedial prefrontal (por ejemplo, un estudio comparado en Koenigs/Kruepke/Newman, 2010), como el famoso caso decimonónico, ocurrido en los EE.UU., de Phineas Gage.

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 –cosa que no dejan de reconocer sus más entusiastas promotores (cfr. Anderson/Kiehl, 2012, p. 58)–. 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 (2010), 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 muerto¹⁰. Se observa, pues, que dependiendo de la disposición del ensayo en cuanto a la relevancia de los parámetros de medición, se puede obtener prácticamente siempre una respuesta.

Bromas aparte que muestran de manera muy gráfica la inseguridad del método, hay neurocientíficos que están específicamente convencidos de que existe la posibilidad de retratar las bases neurofisiológicas de la psicopatía. En lo que se alcanza a ver, el intento más ambicioso, actualmente en curso, es el que ha venido desarrollando el neurocientífico Kiehl en el estado de Nuevo México¹¹: 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 re-

¹⁰ De hecho, el título elegido por el semanario *Der Spiegel* para su artículo sobre el tema es “Vudú encefálico” (nº 18/2011, 2/5/11, pp. 120 y ss.).

¹¹ Véanse las referencias en www.unm.edu.

unir por primera vez un grupo de datos significativo –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.

Supongamos, para el ulterior desarrollo de las presentes consideraciones, por tanto, que ese método diagnóstico existe ya y es seguro, 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.

3. PSICOPATÍA Y CULPABILIDAD: ALGUNAS HIPÓTESIS

Con lo dicho hasta el momento se ve ya que se abre la cuestión central en este ámbito: *mad or bad?* Como antes se ha dicho, ya hay voces, aún muy minoritarias, pero autorizadas, que estiman que a esta pregunta, a la que viene contestándose desde siempre con: *bad*, ahora puede y debe responderse con: *mad*. Así, como antes se anticipó, Litton ha sostenido recientemente (2008, pp. 349 y ss., 375 y ss., 383 y ss.) –en debate con la bibliografía filosófica y psicológica en inglés– que las características de la psicopatía deben conducir a la conclusión de que se trata de agentes irracionales, debido a su incapacidad para interiorizar valores, y que, por ello, no existe la posibilidad de formularles un juicio de reproche moral. Y el mismo año, Morse presentó –con los mismos términos de referencia– un trabajo en el que llega a defender que, debido a su incapacidad de sentir empatía hacia otros, debemos considerar que no se los puede tener como personas a las cuales dirigir un reproche, y que, por ello, no pueden ser considerados moral y jurídicamente responsables por su conducta (2008, pp. 205 y ss., 211 y s.). También aquí se propondrá, en lo que sigue, llegar a esa misma conclusión, aunque, como se verá, con una argumentación divergente. Quizás podamos encontrarnos aquí ante un supuesto de lo que el mariscal prusiano Helmut von Moltke denominó el principio militar de *getrennt marschieren – vereint schlagen*, es decir, de marchar por separado, golpear conjuntamente.

A. Planteamiento

Desde siempre, aun detectándose dentro de las conductas sociópatas lo peculiar de la frialdad de los psicópatas, éstos eran (y son aún hoy,

claro) algo así como el prototipo de la maldad: aquellos que infringen normas sociales (y jurídico-penales) básicas sin sentir nada, sin atisbo de compasión o de una emoción violenta que pudiera hacer comprensible su comportamiento, que persiguen con una frialdad moralmente repugnante su propio interés sin atisbo de sentimiento alguno. También desde la perspectiva técnica del Derecho penal, esta clase de autores no merecía (ni merece hasta ahora) ninguna consideración atenuatoria: no existen anomalías cognitivas (estos autores comprenden perfectamente “lo ilícito de su hecho”) y no presentan dificultades de control de la conducta (muchos de los autores psicópatas son todo lo contrario a impulsivos). De hecho, si bien sobre la base de unos estándares científicos muy distintos a los actuales –y en los que se confundían muchas disposiciones anómalas del carácter (transtornos de la personalidad) con la psicopatía en sentido estricto– el *Model Penal Code* (1962) excluye expresamente¹² la consideración de la psicopatía, y tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha llegado más allá de reconocer alguna atenuación en resoluciones que parecen estar bastante aisladas¹³.

Sin embargo, una vez identificada con precisión la base neurofisiológica de la psicopatía, una vez explicado el origen de su conducta desviada, se plantea de un modo nuevo la pregunta: *tout comprendre, c'est tout pardonner?*

B. Culpabilidad

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 Zu Dohna (1954, p. 508). 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, desde el punto de vista aquí adoptado –y con las cautelas antes referidas acerca de los necesarios niveles de certeza en el diagnóstico que aún deben alcanzarse–, es necesario al menos plantear otra solución.

Vayamos brevemente a las bases de la atribución de responsabilidad personal, de la construcción social de la culpabilidad de acuerdo con la concepción antes mencionada –el concepto funcional de culpabilidad– que aquí se sigue. De acuerdo con este punto de vista, la culpabilidad es una magnitud que deriva de las necesidades de la prevención general positiva,

¹² American Law Institute, *Model Penal Code*, Sec. 4.01(2).

¹³ Véanse las referencias en MORALES PRATS (2011, pp. 202 y s.); en todo caso, al manejarse un concepto anticuado de psicopatía, estas resoluciones son poco relevantes en el nuevo escenario.

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.

Si se parte de este concepto funcional de culpabilidad desarrollado por Jakobs¹⁴, por lo tanto, ésta queda definida por la misión que cumple. Su función es la de identificar la motivación defectuosa del autor como razón del conflicto. Su falta de asunción del ordenamiento es la que explica la existencia del quebrantamiento de la norma.

¿Cuándo sucede esto? ¿Cuándo puede distanciarse, en cambio, al autor? ¿Qué factores son competencia del autor, y cuáles no? La respuesta a esto interrogantes depende de la constitución de la sociedad.

Esto quizás se perciba con la mayor claridad posible si se contraponen nuestro Derecho penal de la culpabilidad con sistemas sociales que han recurrido a otros mecanismos de resolución de la perturbación social, del conflicto social que supone el comportamiento desviado.

Así, como nos enseñan la historia y la etnología, han existido o existen sistemas sociales en los que, en un mundo mítico, los mecanismos para la atribución de competencia, de establecimiento de responsabilidad de un individuo, no necesitan de ningún mecanismo de imputación real. Así, frente a la muerte violenta, producida por un individuo concreto –de acuerdo con el relato del discípulo de Durkheim, Fauconnet (1975/1920, p. 302)–, determinados pueblos aborígenes australianos utilizaban aún a finales del siglo XIX mecanismos de mera casualidad a nuestros ojos: aquel que sea encontrado en la ruta de la primera hormiga que cruce la tumba recién cavada *responde* de la muerte, sea sucumbiendo a manos de los guerreros del grupo, sea asumiendo la personalidad del muerto. O entre los guayaquíes del Paraguay, como vivió Clastres (1998/1972) hace algunas décadas, sucesos lesivos interpretados como comportamientos desviados –la muerte producida por un rayo o por un jaguar– de agentes míticos debían ser procesados dando muerte de otro miembro del grupo, determinado conforme a las relaciones de parentesco –extraordinariamente complejas y sofisticadas en comparación con las nuestras– del *responsable*, todo ello, para que el mundo volviera al equilibrio.

Un paso más hacia algo que hoy podríamos denominar “imputación” se da en la responsabilidad por el resultado que Jakobs describe con maestría en su *Principio de culpabilidad* (1993). Aquí, al menos, ha de existir una relación de causación para identificar al *culpable*. El destino

¹⁴ Sobre el desarrollo de su teoría de la culpabilidad y el estadio alcanzado en la actualidad, CANCIO MELIÁ/FELJOO SÁNCHEZ (2006).

queda marcado por la causalidad: Edipo, en el drama de Sófocles, después de cumplir el designio de la pitonisa –matar a su padre, yacer con su madre–, lamenta su destino, como se puede lamentar una enfermedad, pero, desde luego, no se rebela contra él: “Ay de mí, se ha cumplido, claro es todo. Me engendró quien no debía, yació conmigo quien no debía, golpeé a quien no debía”. Lo que sucede constituye a los actores. Existe un destino objetivo del mundo, que no depende de la cabeza de los seres humanos. Es imposible alegar: lo sucedido era inevitable para mí.

Eran o son seres humanos idénticos a nosotros los que actuaban o actúan de este modo. No es que nosotros sepamos más o seamos más inteligentes: es la sociedad la que ha cambiado. Producida la “desmitificación del mundo” (Weber) –y dejando de lado el residuo trascendente de las religiones aún existentes–, el mundo deja de tener sentido como conjunto, y pasa a ser una masa inerte, dominable por nuestros actos. Es aquí, no como consecuencia de una especie de “progreso de la razón”, sino como consecuencia de una nueva estructura social, que emerge la necesidad de identificar la motivación defectuosa, la “voluntad” del sujeto, como origen del conflicto¹⁵. No es lo que más restringe la capacidad de actuación lo que excluye la responsabilidad, sino aquello que puede (socialmente) ser distanciado del autor. Esto, sin embargo, no significa que ahora hayamos *descubierto* la verdad. Significa que atribuir *voluntad* a los agentes es necesario para el funcionamiento social en un mundo desmitificado y que ha generado individuos. Qué es lo que entra en la esfera de esa “voluntad” como mecanismo de imputación, sin embargo, depende de consideraciones normativas, emanación de la estructura de la sociedad –hoy, como ayer y mañana–.

Ello es así incluso en aquel elemento de la estructura de la culpabilidad, la imputabilidad, que mayor conexión con determinadas bases psico-biológicas parece mantener en nuestro actual sistema: el paradigma que está en la base del concepto de culpabilidad –la idea de poder actuar de otro modo, entendida en muchas ocasiones de un modo fáctico-real– y su reflejo en el modo más extendido de concebir la imputabilidad, como una realidad ante todo fáctico-biológica, no explican de modo adecuado la *praxis* real en este campo. Por el contrario, existen numerosos filtros normativos que se superponen a la realidad individual-fáctica que se pretende que está en la base de las eximentes o atenuantes en este campo. Dicho con un ejemplo extremo: la desaparición en España –aún en vigor la dictadura nacional-católica, en el año 1963– de la atenuación para el uxoricidio (asimétrica: a favor del varón cuyo honor es *ultrajado* por la esposa que comete adulterio) no indica que las emociones que tal

¹⁵ Sobre esto, desde otra perspectiva, CANCIO MELIÀ (2004, pp. 69 y ss.).

hecho puede generar hubieran mudado de modo significativo, sino que muestra que había comenzado a cambiar la estructura social patriarcal que simplemente asignaba un lugar entre las propiedades del varón a su esposa, y, por tanto, también comenzaba a modificarse la superestructura valorativa que, como en el tango¹⁶, justificaba (y justifica) el proceder del varón que *defiende lo que es suyo* mediante la violencia. Lo mismo sucede hoy en España respecto de la atenuante de arrebató¹⁷ en los casos de la así llamada “violencia de género” (es decir: violencia machista practicada por hombres contra mujeres a ellos vinculadas), que han alcanzado una gran repercusión social y una muy intensa atención de los medios de comunicación de masas¹⁸: no se reconoce la atenuante, con independencia de cuál sea la excitación concreta y real del agresor, precisamente por la intensa desvaloración social de la cólera que parte de la situación de desequilibrio-dominación del hombre hacia la mujer¹⁹.

¹⁶ Especialmente claro: “Noche de Reyes”, de Pedro Maffia y Jorge Curi, cantado por Carlos Gardel en su versión más conocida.

¹⁷ Véase sólo Cancio Meliá (2011).

¹⁸ Además de diversas modificaciones de la legislación penal, tanto en el ámbito policial (unidades específicas), procesal (juzgados especiales y medidas cautelares de alejamiento y de prohibición de contacto), como en el de las penas (introducción de la pena de prohibición de comunicar con la víctima), como, finalmente, en cierto número de delitos, creándose infracciones específicas y agravándose otras preexistentes cuando son cometidas por hombres contra mujeres en un contexto de abuso machista.

¹⁹ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 424/2010 (27/4/10), cuya argumentación es muy reveladora de lo afirmado en el texto: “La circunstancia aludida, que bajo el nº 3 del art. 21 contempla el CP 1995 tiene una doble manifestación... una emocional, fulgurante y rápida, que constituye el arrebató, y otra pasional, de aparición más lenta, pero de mayor duración, que integra la obcecación. En ambas modalidades precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderoso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones (SSTS 1385/98 de 17/11, 59/2002 de 25/1). Igualmente, si no está contrastada la importancia del disturbio provocador, del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado (STS 267/01 de 23/2), ni deja de exigir cierta proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción (STS 1483/2000 de 6/10), calificando la atenuante como ‘la más subjetivamente matizada’, pero ‘sin desdeñar aspectos objetivos atinentes a la índole y potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccional’. Como regla general ‘el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la

Esta superposición de lo normativo a lo pretendidamente fáctico-biológico muestra que debe avanzarse hacia una definición más clara de las categorías de la culpabilidad implicadas, que tenga en cuenta el carácter *normativo* –debido a las condiciones sociales reales del sistema de imputación penal– del concepto de culpabilidad, es decir, hacia un concepto *funcional* de culpabilidad. O dicho de otro modo: no parece que el alcohol afecte de modo distinto a las capacidades intelectivas y volitivas de los lituanos que a las de los ciudadanos de otros países. Y sin embargo, en el ordenamiento de aquella república báltica la embriaguez es siempre una circunstancia agravante²⁰. Lo que es distinto, cabe aventurar, es el modo (social) de beber alcohol allí –entre sombríos bosques de abedules casi siempre bajo la lluvia– y en un país mediterráneo como España, y por ello también lo es la posibilidad de distanciar al autor de la ausencia de control debida a la embriaguez.

No importa la potencia del estímulo, sino la competencia por él, y ésta se define en función de las necesidades del sistema social.

C. Puntos de partida

¿Qué puede decirse, partiendo de las reflexiones hechas hasta ahora, para nuestro problema, el mayor conocimiento de las bases neurofisiológicas de la psicopatía y su posible relevancia para la imputabilidad?

Lo primero es reconocer que en una sociedad como la nuestra, invadida por la imagen del mundo que generan las ciencias naturales, no puede ser indiferente un nuevo conocimiento acerca del funcionamiento del cerebro, como no lo sería reconocer un nuevo conocimiento de las leyes de la física general (imagínese qué ocurriría si finalmente se confirmara que las ondas electromagnéticas, en contra de lo que ahora es opinión

atenuación' (STS 256/02 de 13/2). Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (SSTS 1110/96 de 20/12, 1479/99 de 18/10). *Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante*" (sin cursiva en el original). Como se ve, por mucho que se hable de la vivencia de autocontrol del sujeto, esta valoración no depende de su capacidad concreta de dominio individual, sino de que el estímulo se reconozca como válido por el ordenamiento.

²⁰ Art. 48.12 CP de Lituania.

común –como las de las antenas de telefonía– sí causan lesiones a las personas). Existe aquí un necesario acoplamiento estructural entre el sistema de la ciencia y el del Derecho (Feijoo Sánchez, 2011, p. 20). Desde este punto de vista, el apasionado alegato que han presentado muy recientemente Erickson y Vitacco (2011) en contra de toda posibilidad de considerar como causa de inimputabilidad la psicopatía, basado en la argumentación de que más que un desorden mental, la psicopatía es un desorden moral, puesto que no elimina su condición de agentes racionales, que comprenden la prohibición y podrían ajustarse a ella –sin exigir una coincidencia moral del autor con los valores de la norma– es, obviamente, correcta *rebus sic stantibus*, o, como ellos dicen, es correcta desde el siglo XII: “*contemporary social standards hold psychopaths as the most quintessentially blameworthy agents*” (2011, p. 21). De acuerdo, por ahora. Sin embargo, esto no significa que comprender, explicar, la diversidad fundacional de los psicópatas frente a los no psicópatas, como nos posibilita ahora el avance de la ciencia, cambie esa percepción social. No es necesario sentir pena –como alegan estos autores, aduciendo el ejemplo de los psicóticos– por alguien para declararlo inimputable. Basta con comprender que no es igual, por mucho que ahora lo vivamos como un predador.

Y lo segundo es plantear la hipótesis de cómo puede llegar a procesarse por el sistema penal este nuevo conocimiento, esta nueva posibilidad de atribuir a “ello”, a una determinada estructura cerebral, las conductas desviadas, en lugar de seguir atribuyéndoselas a “él”, al sujeto.

Desde mi punto de vista, la psicopatía supone algo muy distinto a otras disposiciones –posiblemente, igual de genéticas, como puede ser la elevada disposición a la violencia física de determinados varones jóvenes, o, en todo caso, igual de ajenas a la responsabilidad íntima del sujeto, como puede ser un entorno hostil en la infancia– que integran el carácter.

Primero, porque afecta a un estrato previo a la problemática del control de los impulsos. De hecho, muchos psicópatas no son especialmente impulsivos. Tiene que ver con la comprensión emocional, básica para nuestra especie, de la existencia de nuestros congéneres: eso es lo que les falta. Esto es también lo que explica que en términos de socialización y de éxito social, les puede ir muy bien: como héroes de guerra o directores de grandes compañías. Depende de muchos factores el camino por el que discurren: pero lo que les falta es la capacidad de comprender a los demás, y, por ello, de sentir emociones de cierta profundidad, y, en última instancia, también la de comprender emocionalmente lo que está bien. Por decirlo en una terminología figurada: les falta el motor necesario para hacer el bien o el mal. Y esto es algo que, una vez conocido, no podemos dejar de lado sin más. Es un elemento esencial de nuestra noción de igualdad; es, incluso, un elemento constitutivo de nuestra especie. Es cierto que –como dicen Erickson y Vitacco– “*the law does not*

“speak about brains but people” (2011, p. 25). Pero para definir *people*, a la persona, no podemos ignorar lo que la ciencia nos dice sobre sus *brains* en cuanto conocimiento asegurado.

Segundo –y ésta es una condición imprescindible–, porque se trata de un grupo bien definido y muy minoritario. No son sujetos aquejados de un problema ubicuo como la falta de capacidad de control de impulsos. Es perfectamente posible definir como asunto colectivo la gestión de aquellos entre este grupo, claramente delimitado, que por las razones que fueran acaban cometiendo delitos, es decir, no atribuirles responsabilidad, sino considerarlos inimputables y, por lo tanto, sujetos a someter a medidas de seguridad posdelictuales: especialmente el tenor literal del art. 20.3 CP español, como se ha considerado en alguna ocasión en la doctrina española, parece acomodarse a la anomalía que presentan los psicópatas. En este sentido, la erosión de la función expresiva de la pena, que temen Erickson y Vitacco, de reconocerse la psicopatía como causa de inimputabilidad, sólo acontecerá, precisamente, mientras el sistema de imputación los reconozca como iguales. El contenido de la culpabilidad no está escrito en letras de hierro inmutables, sino que es una magnitud histórica.

Otra cosa son los detalles, claro: cómo deba definirse el grado de peligrosidad, y la duración y las características de la medida; aquí se abrirá un vasto campo de trabajo interdisciplinar hasta poder llegar a la aplicación práctica.

Pero parece claro, en síntesis, que a quienes padecen psicopatía se los puede distanciar de su conducta, y atribuir ésta a su falta de capacidad de *sentir* la infracción de la norma. No son iguales a los demás. Si pensamos –como hacen Erickson y Vitacco– que *“psychopaths presumably obey conventional norms for the same reason most other people do: they understand that the law is fundamentally about regulating conduct”* (2011, p. 19), afirmamos que el Derecho penal siempre significa y sólo significa elevar el famoso palo de Hegel frente al perro. Y sabemos que las implicaciones de la afirmación de la culpabilidad en el plano del sistema social van mucho más allá de ese mecanicismo.

D. Alcance de una causa de inimputabilidad: ¿mala prohibita?

Concluyo planteando un último problema. El razonamiento esbozado hasta ahora sirve, desde el punto de vista aquí asumido, para los delitos del Derecho penal nuclear, en los que existe una clara conexión entre la vivencia de la desviación de la norma penal y la infracción criminal; cuadra con los *mala in se*, por así decirlo. Parece difícil, sin embargo, aplicarlo también a aquellas infracciones que cabe calificar de completamente formales, como empiezan a abundar en los ordenamientos occidentales. Si una *regulatory offense*, como sucede en el Derecho penal federal de los EE.UU. (o un delito de blanqueo de capitales imprudente

en España), consiste en rellenar con datos incompletos un formulario de una agencia federal o alguna conducta menor similar, sin que de ningún modo se atisbe qué daño concreto puede producir tal comportamiento, parece irrelevante la incapacidad específica de los psicópatas.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Nathaniel E., y KIEHL, Kent A., “The psychopath magnetized: insights from brain imaging”, en *Trends in Cognitive Sciences* 16, 2012, pp. 52 y ss.
- BENNETT, Craig M., *et al.*, “Neural Correlates of Interspecies Perspective Taking in the Post-Mortem Atlantic Salmon: An Argument for Proper Multiple Comparisons Correction”, *Journal for Serendipitous and Unexpected Results*, 2010 1(1), pp. 1-5.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, y FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, en Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, 2006, pp. 15 y ss.
- “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (eds.), *Dogmática y Ley Penal*, Madrid, 2004, pp. 57 y ss.
- “Partial Defences Due to Loss of Control and Diminished Responsibility under Spanish Criminal Law”, en Bohlander/Reed (ed.), *Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives*, Farnham, 2011, pp. 341 y ss.
- DADDS, Mark R., “Learning to ‘talk the talk’: the relationship of psychopathic traits to deficits in empathy across childhood”, en *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 50, 2009, pp. 599 y ss.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “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 (www.indret.com).
- DOHNA, Alexander Graf Zu, “Ein unausrottbares Mißverständnis”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 66, 1954, pp. 505 y ss.
- ERICKSON, Steven K., y VITACCO, Michael J., “Predators and Punishment”, en prensa para *Psychology, Public Policy and Law*, 2011, publicado en SSRN: <http://ssrn.com/> (consulta: 28/6/11).
- FAUCONNET, Paul, “Warum es die Institution ‘Verantwortlichkeit’ gibt”, en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten* II, 1975 (versión alemana parcial de *La responsabilité*, Frankfurt am Main, 1920 pp. 293 y ss.).
- FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *InDret* 2/2011.
- GARLAND, Brent, y FRANKEL, Mark S. (ed.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice*, Washington, 2005.
- GLASS, Samantha J., y NEWMAN, Joseph P., “Emotion Processing in the Criminal Psychopath: The Role of Attention in Emotion-Facilitated Memory”, en *Journal of Abnormal Psychology* 118, 2009, pp. 229 y ss.
- GREELY, Henry T., “Reading minds with neuroscience – Possibilities for the law”, en *Cortex* 47, 2011, pp. 1254 y s.
- HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, en *InDret* 2/2011.
- JAKOBS, Günther, “Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?”, en Henrich (ed.), *Aspekte der Freiheit*, 1982, pp. 69 y ss.

- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin et al., 1991, 17/23 y ss.
- *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993.
- "Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung", *ZStW* 117, 2005, pp. 247 y ss.
- "Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft", en St. Schleim et al. (ed.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 2009, pp. 243 y ss.
- KIEHL, Kent A./BUCKHOLTZ, Joshua W., "Inside the Mind of a Psychopath", en *Scientific American*, sept./oct. 2010, pp. 22 y ss.
- KOENIGS, Michael; KRUEPKE, Michael; NEWMAN, Joseph P., "Economic decision-making in psychopathy: A comparison with ventromedial prefrontal lesion patients", en *Neuropsychologia* 48, 2010, pp. 2198 y ss.
- LITTON, Paul, "Responsibility Status of the Psychopath: on Moral Reasoning and Rational Selfgovernance", en *Rutgers Law Journal* 39, 2008, pp. 349 y ss.
- LÜDERSSEN, Klaus, "Spontaneität und Freiheit – neue Aspekte moderner Hirnforschung für Strafrecht und Kriminologie?", en Paeffgen et al. (ed.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, Berlin et al., 2011, pp. 65 y ss.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, "Imputabilidad y causas de inimputabilidad", en *Memento penal 2011*, Madrid, 2010.
- MERKEL, Grischa; ROTH, Gerhard, "Bestrafung oder Therapie? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Sanktion unter Berücksichtigung der Hirnforschung", en Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (ed.), *Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht. Recht, Ethik, Naturwissenschaften*, Zürich, 2008.
- MORALES PRATS, Fermín, "Comentario al art. 20 CP", en Quintero Olivares et al., *Comentarios al Código Penal*, t. 1, 6ª ed., 2011, pp. 199 y ss.
- MORSE, Stephen T., "Psychopathy and Criminal Responsibility", en *Neuroethics* 2008, pp. 205 y ss.
- MÜLLER, Henning-Ernst, "Oberflächlich charmant', tendenziell gefährlich? Die Psychopathy-Checklist Revised (PCL/R) von Robert Hare", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, pp. 665 y ss.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", en *InDret* 2/2011.
- STRENG, Franz, "Schuldbegriff und Hirnforschung", en Pawlik et al. (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln et al., 2007, pp. 675 y ss.

