

ENTRE LA NEUROCIENCIA Y EL DERECHO PENAL: BREVE ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS DEL CRIMEN DE PIOZ*

○ Custodia Jiménez**

* Este trabajo se incardina en el Proyecto de Investigación- Programa I+D+i orientada a los retos de la sociedad “Derecho penal y comportamiento humano” (RTI2018-097838-B-I00), concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España [IP: Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo] [<https://blog.uclm.es/proyectodpch/>].1

**Doctora en Derecho Penal por la UNED. Abogada Colegiada núm. 106495

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ Psicopatías

Psychopathies

○ Juicios por jurado popular

Trials by popular jury

○ Juicios mediáticos

Show trials

○ Derecho penal

Criminal law

○ Neurociencia

Neuroscience

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. Si el cerebro es la maquinaria más compleja del universo, se pondría en tela de juicio la libertad relativa al derecho penal como conducta típica, antijurídica y, sobre todo, culpable, considerando que la neurociencia aboga por una suerte de determinismo que implicaría no poder optar por otra alternativa que la dictada por nuestro cerebro. Bajo estos parámetros se estudia el caso de Patrick Nogueira, el asesino confeso de Pioz (Guadalajara), por el cual su defensa solicitó eximente incompleta y atenuante de arrebató u obcecación, aduciendo como prueba su neuroimagen cerebral.

Abstract. This article addresses the study of legal responsibility and unimpeachability of crimes committed by individuals with personality disorders and psychopaths. If the brain is the most complex machinery in the universe, freedom related to criminal law would be questioned as a typical, unlawful and, above all, guilty conduct, considering that neuroscience advocates a kind of determinism that would imply not being able to choose for another alternative than that dictated by our brain. Under these parameters, the case of Patrick Nogueira, the confessed murderer of Pioz (Guadalajara), is studied; his defense requested an incomplete and extenuating excuse of outburst or obsecation, claiming, as evidence, his brain neuroimaging.

Fecha de recepción: 21 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 21 de agosto de 2020

SUMARIO:

I. Introducción. II. Breve relato de los hechos. III. Tres sentencias: una misma conclusión. 3.1. Audiencia Provincial de Guadalajara. 3.2. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. 3.3. Tribunal Supremo. 3.3.1. El Tribunal Supremo: entre el determinismo y el libre albedrío. ¿Será posible un derecho penal abierto al descubrimiento científico? IV. ¿Es razonable que un jurado popular juzgue casos mediáticos? V. ¿Por qué convencen más las pruebas de los ítems psicológicos que las neuroimágenes? VI. ¿Por qué los tres tribunales hablan de la psicopatía sin una definición más exhaustiva? La psicopatía como trastorno de la personalidad. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En 2004, un grupo de científicos alemanes publicó un manifiesto en el que indicaban que las repercusiones en avances neurocientíficos provocarían la transformación inevitable de distintos sectores de la ciencia en los próximos años; entre ellos, en su opinión, estaría el derecho penal, en el cual incidiría en cuanto a su núcleo esencial; esto es, el fundamento mismo de la responsabilidad penal y de la pena (Pérez Manzano, 2011: 3).

Tanto en el manifiesto como en abundantes publicaciones neurocientíficas se abordan las discusiones sobre la “concepción del ser humano como sujeto libre a partir de nuevos datos sobre el funcionamiento del cerebro alcanzados por los científicos”, y en “los estudios realizados acerca de la correlación entre déficits en el funcionamiento de determinadas áreas cerebrales y la comisión de ciertas clases de delitos” (*Ídem*).

En lo que atañe al cuestionamiento de la imagen de la persona como “ser libre”, los experimentos de Benjamín Libet evidenciaron que, al efectuarse el proceso de decisión y ejecución de un movimiento, en apariencia voluntariamente, hay actividad cerebral no-consciente previa a la consciente. Esta relación entre la actividad de las áreas cerebrales consciente y no-consciente es una prueba empírica contra la existencia de libertad de voluntad y la imagen del ser humano como un sujeto que puede dominar sus acciones de modo consciente, pues “el consciente” no inicia el proceso porque hay actividad cerebral no-consciente previa, ni lo controla, dado que la incidencia de la actividad cerebral no consciente

en el proceso impide hablar de “control”, en el sentido usual de la palabra (Libet *et al.*, 1983: 623-642).

Por otra parte, respecto de la delincuencia especialmente violenta, muchos neurocientíficos sostienen que la evidencia de que los autores de determinados delitos violentos presentan alteraciones en el funcionamiento de ciertas áreas cerebrales se acrecienta, lo que vuelve difícil sostener que delinquen *voluntariamente* y controlando su conducta en todo momento; al parecer, la propia configuración y el funcionamiento cerebral son los factores determinantes, o cuando menos preponderantes, del proceder de los delincuentes especialmente violentos (Pérez Manzano, 2011: 4; Merckel y Roth, 2010; Demetrio Crespo, 2011: 15).

Estos conocimientos podrían impactar en los fundamentos del derecho penal, en el sentido de reformar el concepto tradicional de culpabilidad, así como en el modelo de fundamentación de la pena; en este contexto, podría sustituirse retribución por prevención, o concepciones retributivas por concepciones utilitaristas; en el marco de las teorías preventivas, se alientan la prevención especial y el “tratamiento neurológico” como forma de lucha contra el delito (Pérez Manzano, 2011: 4).

En esta dirección, “los autores consideran una obligación moral y jurídica ofrecer al delincuente un amplio abanico de medidas de tratamiento que, por respeto al derecho fundamental a la dignidad humana, solo podrían ser aceptadas de modo voluntario y no impuestas. Solo en el caso de que no fueran aceptadas voluntariamente, la alternativa consistiría en penas de multa o privativas de libertad tal y como sucede actualmente” (*Ibidem*: 17).

En el momento que, “según el nivel de conocimientos actual, no haya un tratamiento posible, no quedaría otra alternativa que la custodia de seguridad, que no tendría que diferenciarse esencialmente del internamiento en hospital psiquiátrico. Con todo ello, concluyen estos autores, no se trata de abolir el Derecho penal, sino de cambiar su configuración actual, por uno con un trato más justo y humano respecto al delincuente” (*Ídem*).

Una vez sentadas estas bases, procederemos al estudio de uno de los casos más notables acaecidos en España, y en el que, por vez primera, se utilizó como defensa una neuroimagen cerebral para poder conseguir una reducción de la condena de Patrick Nogueira, asesino confeso del crimen múltiple en Pioz, un municipio de Guadalajara (Castilla-La Mancha).

II. BREVE RELATO DE LOS HECHOS

El 17 de agosto de 2016, Nogueira, natural de Altamira (Brasil), mató a puñaladas a su tío, a la esposa de este y a los dos hijos menores de ambos, en la vivienda donde residían. Con la intención de ocultar los cadáveres, Nogueira seccionó el cuerpo del hombre y de la mujer, introdujo las partes en cuatro bolsas de plástico y las cerró con cinta de embalar. Los cuerpos de los niños también acabaron en bolsas. Tras limpiar la casa para no dejar rastro y asearse, esperó a que fuera hora de coger el primer autobús de vuelta, llevándose el cuchillo empleado para cometer los crímenes. Los cadáveres fueron descubiertos en la madrugada del 18 de septiembre, luego de que empleados de la urbanización informaran a la Guardia Civil sobre un olor nauseabundo que emanaba de la vivienda.

El 20 de septiembre, Nogueira se fue en avión a Rio de Janeiro. Dos días después, un juez dictó auto de prisión y orden de detención europea e internacional contra Nogueira, presunto responsable del crimen. El 14 de octubre trascendió que la geolocalización de su teléfono móvil lo situó en el lugar de los hechos. El 19 del propio mes fue detenido en el aeropuerto de Madrid, a donde llegó procedente de Brasil, tras haberse entregado voluntariamente. Confesó haber sido el autor del cuádruple crimen e ingresó en prisión. Más tarde describió los hechos en el propio chalé.

El 28 de octubre, la policía brasileña informó del arresto de Marvin Henriques Correia, amigo de Nogueira y sospechoso de haber colaborado con él. El 14 de noviembre, Nogueira declaró ante el Juzgado 1 de Guadalajara sobre conversaciones por WhatsApp que había sostenido con Marvin, y que lo incriminaban. El 22 de ese mes fue trasladado a la prisión de Estremera desde Alcalá Meco para garantizar su seguridad.

El 7 de febrero de 2018, el juez dio por finalizada la instrucción del caso, y el 7 de marzo la Fiscalía pidió prisión permanente revisable para el acusado. El 23 de mayo se fijó el juicio para los días 24, 25, 26, 29, 30 y 31 de octubre de 2018, en la Audiencia Provincial de Guadalajara, que el 20 de julio acordó prorrogar la prisión provisional de Nogueira hasta octubre de 2020, el lapso máximo que permite la ley.

El 24 de octubre comenzó el juicio por el crimen de Pioz con la constitución de un jurado popular. Días más tarde, los psicólogos forenses del Instituto de Medicina Legal de Guadalajara señalaron que el asesino confeso tuvo “plena capacidad y plena conciencia”, mientras que los peritos de la defensa argumentaron que padecía “un daño cerebral crónico”.

El 31 de octubre, la fiscal y la acusación particular mantuvieron la petición de prisión permanente revisable para Nogueira, mientras que su defensa solicitó que fuera condenado a 25 años de cárcel.

El 2 de noviembre, el tribunal del jurado popular entregó el acta del veredicto por el cuádruple asesinato, la cual fue devuelta tras estimarse que había falta de motivación. Un día después, el jurado retomó la deliberación para completar el acta, que consideraba culpable al acusado. Finalmente, el día 15 el jurado, presidido por la magistrada María Elena Mayor Rodrigo, sentenció a Patrick Nogueira a tres penas de prisión permanente revisable por los asesinatos de sus dos primos y de su tío, además de otros 25 años por la muerte de su tía.

El caso fue apelado y, el 13 de junio de 2019, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJCLM) expresó:

Previo a sus muertes, los menores presenciaron el asesinato de su madre. La sala considera que este hecho, ser testigos de la muerte violenta de la madre, si bien de manera objetiva les hizo experimentar un gran sufrimiento y terror, no obstante no presupone técnicamente, según la ley, el ensañamiento del autor de los hechos, esto es que cometiera ese hecho concreto, el asesinato de la mujer en presencia de sus hijos, de manera consciente y deliberada para aumentar el sufrimiento de los menores.

El 5 de mayo de 2020, el Tribunal Supremo consideró lo siguiente:

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó el recurso de la acusación particular, que fue apoyado por la Fiscalía, en relación a la condena de los asesinatos de los niños, y eleva la de 25 años de prisión por cada uno de ellos que estableció el TSJCM a sendas penas de prisión permanente revisable, atendiendo a la hiperagravación derivada de la especial vulnerabilidad de estas dos víctimas.

La Sala opta por mantener el criterio de la especial protección que la ley penal dispensa a las víctimas menores de edad, como fundamento de su agravación, siguiendo los dictados de la sentencia del Supremo 367/2019, del 18 de julio de 2019.

También tendrá que indemnizar con un total de 411.915 euros a familiares de las víctimas y al propietario de la vivienda donde cometió los asesinatos, por la limpieza y reparaciones que tuvo que realizar.

El Supremo ha desestimado íntegramente el recurso de Nogueira, que, entre otras cosas, defendía que en caso de confirmarse la calificación jurídica de asesinatos alevosos, debía imponerse una sola pena de prisión permanente revisable que englobara los cuatro crímenes.

III. TRES SENTENCIAS: UNA MISMA CONCLUSIÓN

Veremos a continuación que las tres sentencias dictadas llegaron a una misma conclusión en cuanto a la prueba presentada por la defensa: la neuroimagen del cerebro del psicópata.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA

En cuanto a las circunstancias que extinguen, atenúan o agravan la responsabilidad criminal, y en relación con la eximente incompleta de alteración psíquica: “De acuerdo con la decisión del Jurado al emitir su veredicto, no concurre en la actuación del P. afectación grave, pero no total, de la capacidad de entender y querer del acusado (eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 del CP¹)”.

Según la Audiencia Provincial, “la alteración psíquica de una persona, para que tenga trascendencia jurídica en forma de exención incompleta de la responsabilidad criminal, es preciso un cierto grado de permanencia de dicha alteración psíquica y que la misma, aún sin ser de la intensidad que produzca la anulación total de las facultades volitivas o cognoscitivas, sí genere una merma significativa, parcial, notable, de tales facultades”.

Además, la Audiencia adujo que:

...en el caso presente el Jurado considera, por unanimidad, que no está acreditado que el acusado padezca un daño neurológico, delimitado a las áreas cerebrales y cerebelosas que forman parte de los circuitos involucrados en la toma de decisiones y control de la impulsividad, que altere dichas facultades en su normofunción, y que repercutiese en su toma de decisiones y en la realización de los actos enjuiciados, como se alega por la defensa en base a las pruebas PET-TAC (neuroimágenes) [...]. Argumentan que no se puede concluir si padece o no un daño neurológico dado que tales pruebas no son concluyentes al no haber un diagnóstico (*sic*) por parte de un neurólogo. Es decir, no consideran probado que P. tenga disfunciones neurológicas que predeterminen su conducta en la toma de decisiones y en la realización de sus actos. Al contrario, “el Jurado declara probado, por unanimidad, que, si bien P. tiene una anomalía o alteración cerebral, ello no le limitaba, ni de forma importante ni de forma leve, su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o de actuar conforme a esa comprensión. [...]”. (Fundamento de Derecho cuarto, p. 22)

[...] P. tiene rasgo psicopáticos y antisociales, que no le impiden tener una plena conciencia de los hechos realizados; y los rasgos de impulsividad, ira y hostilidad que presenta no afectan a su capacidad de voluntariedad y tiene conservada su capacidad de libertad, pues consta que ante situaciones frustrantes o de tensión, en los que puede sentir una gran ira

¹ Código Penal. (N. del E.)

y responder agresivamente, no lo hizo [...]. Concluye que ello acredita que P. puede tener control de su conducta agresiva y no presentar una conducta impulsiva. Dicho informe, sigue diciendo, que igualmente las conductas planificadas que se observan antes y durante los hechos, así como los días posteriores, implican que piensa lo que va a hacer y hace acopio de los materiales y de la información que necesita para ello [...], e igualmente sabía las consecuencias de lo que había hecho porque limpia todo para que no se sepa que estuvo allí, guarda los cuerpos en bolsas precintadas para evitar el mal olor, y manda un mensaje al casero para que no sospeche de la ausencia de la familia y ganar tiempo. [...] Señala, además, que no se observa componente motórico de la impulsividad durante los hechos ni tampoco resulta que tuviera una reacción rápida a un estímulo pues no hay ningún hecho inmediato a los hechos que lo desencadene sino todo lo contrario, su conducta evidencia una secuencia de acciones debidamente pensadas desde hace tiempo para la obtención de un fin, mientras llevaba una vida dentro de la normalidad. (Fundamento de Derecho cuarto, p. 23)

Por todo ello, concluye que “las alteraciones encontradas en las pruebas de neuroimágenes se asocian con rasgos que presentan tanto las personas con trastorno antisocial de la personalidad como los psicópatas, pero en este caso no sirven para explicar el patrón de conducta del acusado, ni afectan a su capacidad de entender la realidad ni de actuar en el momento de los hechos”. La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

En el quinto motivo del recurso se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE²), porque “a su juicio carece de toda base razonable la condena impuesta en relación a los elementos fácticos de la eximente incompleta de los artículos 21.1 y 20.1 y 21.7 del CP y ello al amparo del artículo 846 bis c) letra e) de la LECRIM.³ Y también el motivo sexto, donde se denuncia con igual amparo la ausencia los elementos fácticos que determinan en su caso la aplicación postulada de la atenuante del artículo 21.3 del CP de arrebató u obcecación”.

A juicio de la parte apelante:

P.N. padece un importante daño cerebral, acreditado durante el Juicio oral mediante pruebas médicas y psiquiátricas objetivas, un daño cerebral que, de forma importante, limitó sus capacidades cognitivas y volitivas en el momento de los hechos. Y sostiene que el Jurado, en un ejercicio de absoluto voluntarismo [...], descartó las conclusiones de los

² Constitución Española. (N. del E.)

³ Ley de Enjuiciamiento Criminal. (N. del E.)

expertos que acreditaron tal circunstancia, realizando al hacerlo, un juicio de inferencia absolutamente errado, irracional, ilógico, ajeno a las más elementales reglas del criterio humano, vulnerando con ello el derecho fundamental a la presunción de inocencia [...]. (Fundamento de derecho undécimo, p. 63)

Continúa diciendo el Tribunal que “además no se tuvo en cuenta por el Jurado que, precisamente y debido a ese cerebro dañado, para Patrick la provocación exterior (problemas acreditados durante el Juicio con M. y reconocidos en la Sentencia), o el estímulo que requiere una obcecación, planteada con carácter alternativo, se magnifica en su lógica enfermiza”. Y agrega:

En el extenso y pormenorizado desarrollo del motivo la parte apelante incide en los presupuestos científicos de la alegación fáctica de existencia de un daño cerebral, acreditado mediante una prueba científica objetiva el examen de neuro-imágenes criticando la descalificación de dicha prueba por parte del Ministerio Fiscal y su consideración como “experimento” o las referencias a las periciales de parte que se hicieron por la representación del Ministerio Fiscal, amén de descalificar las conclusiones al respecto de dichas pruebas por parte de los Médicos forenses del Instituto de Medicina Legal de Guadalajara y de las psicólogas adscritas al mismo, considerando que el Jurado no supo apreciar y diferenciar correctamente estas cuestiones. (Fundamento de derecho undécimo, p. 63.)

El Tribunal recordó los precedentes en los que se ha apreciado “la concurrencia de eximente o atenuante en los casos de psicopatías (Sentencias del Tribunal Supremo 1079/2009 o 8065/2001) aludiendo a los precedentes de validez de las pruebas de neurociencia en EEUU, haciendo mención a diversas referencias bibliográficas sobre las pruebas aportadas por las neuro-imágenes”. A su juicio, todo ello da soporte a la validez e importancia de la prueba médica basada en las neuroimágenes, de la que se desprendería a todas luces, en términos psiquiátricos, la falta de racionalidad de las conclusiones del jurado al rechazar la existencia de un daño cerebral con base en dicha prueba.

Sigue diciendo el Tribunal que la defensa “[c]ritica el proceso de motivación del Jurado y de la sentencia acerca de la prueba pericial de la defensa consistente en los informes [...] en unión de las imágenes del PEC TAC [...], aseverando que dichas pruebas han sido excluidas arbitrariamente del proceso de análisis y motivación sobre este particular, pues de dichas pruebas se desprendería que P.N. padece ese daño cerebral realizando un diagnóstico médico y psiquiátrico preciso que no requiere de ningún otro diagnóstico complementario”.

En opinión de la defensa, “los resultados del PET TAC son concluyentes. Y están avalados por el informe del psiquiatra que fue emitido en el juicio, descalificando pormenorizadamente los informes que emitieron los peritos de las acusaciones y los informes periciales de los forenses y psicólogos del Instituto de Medicina Legal. De esas pruebas objetivas e incuestionables se desprendería según la tesis de la defensa la existencia del daño que unido al trastorno de personalidad por la concurrencia de la psicopatía daría lugar a la importante limitación de responsabilidad en que descansa la eximente incompleta invocada”.

El Tribunal, de acuerdo con la STS 1477/2003 de 29.12, sostuvo que “las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal”.

Por último, el Tribunal resolvió:

En definitiva, existe una amplia motivación que contrasta los resultados de todas las pruebas de las que dispuso el Jurado, las examina racionalmente y llega a conclusiones que son completamente concordes con las máximas de experiencia y la lógica. No es que estemos -insistimos- ante una orfandad probatoria o sobre una ausencia de razonamientos sobre los presupuestos determinantes de una posible eximente incompleta, sino que el Jurado ha dispuesto de diversas pruebas y ha optado de forma razonada y coherente por las que le han parecido más convincentes para llegar a la conclusión fáctica de la que parte, esto es, a saber que el patrón de conducta que presenta el acusado, caracterizado ciertamente por una personalidad psicopática, no indica alteraciones cognitivas ni volitivas. Por ello, no hay motivo que justificase la eximente incompleta invocada. (Fundamento de derecho duodécimo, p. 66.)

Y añadió:

[L]a Jurisprudencia [...] ha señalado que los trastornos de la personalidad o psicopatías, valorables conforme al artículo 20.1a en cuanto que constituyen auténticas anomalías psíquicas, “son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o

alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto". (Fundamento de derecho decimocuarto, p. 72.)

TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo se pronunció también sobre la prueba del PET/TAC, promoviendo el debate sobre el determinismo y el libre albedrío. El órgano jurisdiccional señaló que "El Tribunal de apelación razona la defensa no ha dado una respuesta motivada acerca de las razones que han excluido la aplicación de la eximente prevista en el art. 21.1 del CP, en relación con el art. 20.1 del texto punitivo. Tampoco ha explicado la inaplicación subsidiaria de la atenuante del art. 21.7, en relación con los arts. 21.1 y 20.1 del CP y la atenuante de arrebató u obcecación del art. 21.3 del CP".

Asimismo, explicó que:

No falta razón a la defensa cuando subraya la importancia no entendida por algunos de una prueba tan certera como el PET-TAC para conocer el alcance de cualquier alteración neurológica. El papel de la neurociencia ha resucitado en la dogmática penal el interés por ciertos perfiles criminológicos que, en una visión histórica que se creía ya superada, predisponían al delito. Hoy asistimos a lo que con acierto se ha llamado una "revolución neurocientífica". Las neurociencias, valiéndose de renovados métodos de experimentación y neuroimagen, están permitiendo un análisis de la mente humana inimaginable hasta hace bien poco. Las tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral, han servido para reabrir una controversia histórica, a saber, el determinismo como explicación de muchos de nuestros actos. Se ha dicho, por entusiastas defensores de esta perspectiva, que "no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras". [...] Pero lo que parece fuera de toda duda es que tan censurable como menospreciar la aportación de expertos en neurociencia, es abordar con frivolidad y simpleza el determinismo de los procesos neuronales, interpretando su realidad como muestra de fatalismo. Si así lo hacemos, corremos el riesgo de avalar una degradación de la naturaleza humana que convierte al hombre en un "títere del destino". Sea como fuere, lo que se pide de esta Sala es un análisis, no de la queja de la defensa acerca de la banalización por el Fiscal y los letrados de la acusación de esos avances científicos, sino un examen de si la respuesta del Jurado confirmada en apelación se ajusta al canon de motivación que exige el derecho a un proceso con todas las garantías. (Fundamento de derecho 4.1., p.11)

[...]

En realidad, lo que se está pidiendo de esta Sala es que se sumerja en el visionado de la prueba pericial [...] y que valore por sí misma el dictamen de los peritos, sustituyendo la inferencia probatoria del Jurado por la que suscribiríamos los cinco magistrados que

componemos el órgano de casación. Y, además, se nos pide este esfuerzo de valoración probatoria después de que un órgano de apelación el Tribunal Superior de Justicia haya ya examinado la queja de la defensa.

[...] Pero lo que en realidad se está cuestionando, en el presente caso, no es la suficiencia de la motivación, sino la preferencia que los integrantes del Jurado han atribuido a las conclusiones de los peritos del Instituto de Medicina Legal y a los expertos ofrecidos como prueba por la acusación particular. [...]

[...] [N]o se puede etiquetar la explicación del órgano decisorio como irracional, arbitraria o carente de sentido. Incluso, la lectura detenida de ese pasaje de la sentencia que puso término al procedimiento en la primera instancia permite descartar la tesis de que el Jurado ha prescindido de las imágenes ofrecidas por el PET-TAC, incorporado a la prueba pericial de la defensa. [...] El Jurado no despreció la existencia de esas imágenes neurológicas. Simplemente las consideró insuficientes para justificar el daño cerebral, al no haber podido contar con las explicaciones de un neurólogo que asociara los incuestionables resultados ofrecidos por la medicina nuclear respecto de la capacidad de querer y entender [del acusado].

En definitiva, la afirmación del juicio histórico de que, el acusado "...padece una anomalía cerebral (que) en el momento de los hechos no tenía limitada ni de forma importante ni leve su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o actuar conforme a esa comprensión", no es el desenlace de una valoración probatoria contraria a la tutela judicial efectiva o al derecho a la presunción de inocencia. No se ha violentado el derecho a un proceso con todas las garantías y, por consiguiente, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim). (Fundamento de derecho. 4.2. pp. 11-12.)

EL TRIBUNAL SUPREMO: ENTRE EL DETERMINISMO Y EL LIBRE ALBEDRÍO. ¿SERÁ POSIBLE UN DERECHO PENAL ABIERTO AL DESCUBRIMIENTO CIENTÍFICO?

Hace unos años, Michio Kaku (2014) publicó *El futuro de nuestra mente*, una obra fascinante que mezcla medicina, neurobiología, ingeniería de sistemas y física teórica, y donde advierte (p. 19): "Los dos mayores misterios de la naturaleza son la mente y el universo". 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". (Kaku, 2014: 14)

No en vano, el premio Nobel de Medicina de 2014 fue otorgado a May Britt Moser, Edvard Moser y John O'Keefe por haber localizado el grupo de células que constituyen un sistema de posicionamiento en el cerebro que permite al ser humano ubicarse espacialmente ("GPS del cerebro").

Entre las conclusiones a las que llegó 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 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” (Redacción BBC Mundo, 2014).

Por su parte, el premio en Química fue para Eric Betzig, William Moerner y Stefan Hell por haber desarrollado un microscopio de alta resolución que emplea moléculas fluorescentes; la llamada técnica de la “nanoscopía”, con la cual se espera que el cerebro humano pueda estudiarse a una escala que hace apenas un par de décadas era impensable. Y, aún 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 se conoce como nanoscopía, los científicos visualizan las vías de las moléculas individuales dentro de las células vivas. Pueden ver cómo las moléculas crean sinapsis entre las células nerviosas del cerebro; pueden rastrear proteínas involucradas en las enfermedades de Parkinson, Alzheimer y Huntington a medida que se agregan; siguen proteínas individuales en los óvulos fertilizados, ya que estos se dividen en embriones” (Nobelprice.org, 2014. Traducción propia.).

Ambos premios se reciben en un contexto histórico muy importante para la neurociencia. Hace pocos años, la administración de Barack Obama anunció la multibillonaria iniciativa *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies* (BRAIN), cuyo objetivo general es mapear la actividad de cada neurona en el cerebro humano, buscando para este lo que el renombrado Proyecto del Genoma Humano logró para la genética. 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 (*New York Times*, 2013).

Paralelamente, la Unión Europea anunció el Proyecto del Cerebro Humano (*Human Brain Project* [HBP]), agrupando a 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 (...)” (HBP, 2020).

“Gracias a estas y otras millonarias inversiones, la investigación científica del cerebro cuenta con herramientas que hace pocos años pertenecían a la ciencia ficción” (Díaz Arana, 2015: 47). 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 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” (Kaku, 2014: 19).

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 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 (Díaz Arana, 2015: 48).

Otra técnica conocida es la tomografía por emisión de positrones (PET, por sus siglas en inglés), que detecta 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 (pensamientos) en un cerebro vivo. Las bases de esta técnica se establecieron a principios del siglo XX, y se emplean en la investigación neurológica desde hace más de cincuenta años. De hecho, las técnicas más revolucionarias son relativamente recientes, y entre ellas figuran el 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 (*Ídem*).

Ahora bien, no contentos con los avances en representaciones computarizadas, en 2013 científicos de la Universidad de Stanford anunciaron 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” (Gorman, James, 2013). Hoy, las redes neuronales se pueden estimular artificialmente para apreciar en directo gracias a la transparencia del órgano cómo funciona el interior de un cerebro humano (Díaz Arana, 2015: 51).

Ante este desarrollo del poder tecnológico, que manifiesta un interés en el estudio del cerebro cuya única analogía es la que tiene que ver con la búsqueda de los confines del universo, cabe preguntarse: ¿qué queda de la modesta investigación filosófica de 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”.⁴ (Kaku, 2014: 35 y ss.) 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?” (Díaz Arana, 2015: 55)

No es un trabajo sencillo 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 (*ídem*).

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 se ocupa al respecto es pretender ofrecer una respuesta universal y unívocamente aplicable en todas las mesas de discusión.

Con razón, el profesor Demetrio reconoce que “[e]l problema de la libertad es demasiado amplio como para que el derecho penal o la Neurociencia pretendan agotarlo” (Demetrio Crespo, 2013: 32).

⁴ En una jornada como capataz ferroviario, Phineas Gage (en las sentencias que hemos estudiado anteriormente, la defensa de Patrick Nogueira lo comparó con él) interfirió en 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.

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 (*Idem*).

Bernardo Feijoo Sánchez (2011: 13) señala con acierto que, bajo estos parámetros científicos, “no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras”. “Estimamos que la mejor manera de presentar esta discusión no puede serlo realizando una refutación con antecedentes fundados en la biología o la anatomía”⁵ (Hassemer, 2011: 5), “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”⁶ (*Idem*). Por ende, este no es un trabajo de neurociencias, sino 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.

En opinión de Cancio Meliá (2013: 536),

en los últimos años asistimos a un verdadero vendaval en el marco de la discusión filosófico-moral y jurídico-penal, que ha sido generado por los más recientes avances en las investigaciones de las neurociencias. Hace poco, Hassemer [...] 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.

⁵ Ilustrativas a este respecto resultan las palabras de Hassemer (2011: 5): “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”.

⁶ Entenderemos a la pena no separada de su ejecución, ya que esta, 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.

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” (BGHSt [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*], Alemania, Decisiones de la Corte Federal en Materia Penal, Núm. 2: 194 y ss., 200 y ss.)

Entonces, si es cierto que

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”, 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. (Cancio Meliá, 2013: 536).

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 cuadra con un sistema social como es el derecho penal. Desde la perspectiva del concepto funcional de culpabilidad desarrollado por Jakobs, como ha dicho Demetrio Crespo (2011: 20):

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.

No obstante, 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 efecto de esclarecer con mayor certidumbre los factores desencadenantes del acto y las capacidades del sujeto de comprender lo ilícito de su

actuación. Estamos asistiendo a una visión de los juicios que empieza a no ser aceptable para que el sistema de imputación actúe con modelos de reconocimiento de las estructuras del mundo real, tan toscos, tan reducidos.

Este desafío no remite a una petición sencilla: todo el sistema de justicia penal, por lo menos del mundo europeo continental, ha hecho un culto de la simplificación del instrumento desembocando en una estructura cada vez más limitada. Cuando decimos que “todo el sistema de justicia penal” viene acompañado de este defecto, queremos referir que también la pena como principal consecuencia y el sistema procesal como principal escenografía adolecen de este problema. Los conflictos del derecho penal y los ciudadanos que pueden ser presentados como autores del hecho son verdaderamente únicos e irrepetibles. Sin embargo, es realmente sorprendente que el sistema reaccione de un modo preocupantemente estandarizado.

Bajo la perspectiva de las sentencias analizadas, el correspondiente interrogante, que ocupa un lugar central del juicio de culpabilidad, sobre “la capacidad del autor de actuar conforme a la norma”, solo tiene sentido si el acercamiento de quien debe juzgar esa capacidad cuenta con herramientas para poder comprender la totalidad de aquellas estructuras que configuran el entorno de decisión del sujeto. Fuera de ese camino, se trata de la más pura arbitrariedad.

No obstante, surge la necesidad de formular una advertencia hacia el futuro: ya no podemos construir un modelo de atribución y de exigibilidad de fidelidad a la norma que parta de la base de un sistema sociocognitivo que no reconoce bases científicas. El juicio de reproche requiere una nueva permeabilidad científica. De eso depende la legitimidad social del derecho penal.

Por lo que se refiere a los aspectos que afectan más directamente a la libertad y su conexión con la identidad del ser humano, entiendo que se trata de un asunto demasiado amplio y complejo como para que ni el derecho penal ni la neurociencia pretendan agotarlo.

Por lo pronto, se sabe que la alteración de los neurotransmisores amigéricos produce patologías como la esquizofrenia, demencia, trastornos del sueño y enfermedades afectivas, así como los tumores cerebrales frontales y del cuerpo calloso generan euforias, cambios en la personalidad y demencia. Del mismo modo, es incuestionable que las lesiones o patologías tumorales en el córtex órbita-frontal o en el cíngulo anterior provocan una alteración de la respuesta emocional, lo cual puede activar conductas violentas y delictivas. Y es harto probable —para qué rebatirlo— que la evolución de la investigación neurocientífica pueda aportarnos, en el futuro

próximo, muchas otras contribuciones útiles para esclarecer los problemas de la imputabilidad penal y de la siempre discutida peligrosidad criminal. Entretanto, solo es aconsejable mantenerse a la espera de que los descubrimientos neurocientíficos se consoliden aún más.

IV. ¿ES RAZONABLE QUE UN JURADO POPULAR JUZGUE CASOS MEDIÁTICOS?

“El caso de Pioz” tuvo todos los ingredientes para protagonizar horas y horas en los programas de la mañana y en las tertulias de sucesos. Los cuerpos se encontraron descuartizados en bolsas de basura un mes después del asesinato. Primero se especuló con un ajuste de cuentas y hasta hubo quienes relacionaron a una de las víctimas con negocios ilegales. Pero una serie de conversaciones de WhatsApp puso la pista sobre Nogueira, que había llegado a Europa poco antes con la idea de triunfar en el fútbol inglés —estuvo a punto de acceder a la categoría base del Liverpool—, y al que una lesión de rodilla le hizo pedir acomodo en casa de sus familiares en Pioz.

Dicho lo anterior, nos preguntamos si para estos casos que son juzgados de forma paralela en los medios de comunicación, no sería mejor que se prescindiera de un jurado popular que ha visto y oído todo en estos medios y luego tiene que decidir en un tribunal.

Antes de proceder al examen de las ventajas e inconvenientes de la institución del jurado popular, conviene repasar los rasgos más relevantes del jurado español. De acuerdo con la ley, se encarga de extender un acta con los siguientes apartados (art. 61, LOTJ⁷):

1. Los hechos que se consideran probados y si los son por mayoría o unanimidad.
2. Los que por el contrario no se consideren así y la forma en que se ha decidido.
3. Si se estima al acusado culpable o no y la forma de adopción de acuerdo; en su caso, el hecho delictivo que se considere cometido. Esto último supone no que los jurados califiquen por sí mismos los hechos, sino que elijan entre una de las calificaciones propuestas por el magistrado-presidente.

⁷ Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. (N. del E.)

4. Manifestación de las razones por las que determinados hechos se han declarado probados o no. Aquí se trata de motivar la decisión adoptada.
5. En este último apartado se incluirán, en su caso, evitando toda identificación que rompa el secreto de esta, excepto la negativa a votar.

Hecha esta referencia a las características más relevantes, cabe preguntarse por sus ventajas e inconvenientes. Se debe tener en cuenta que los miembros del jurado, dados los requisitos mínimos que establece la ley para poder optar a tal condición (art. 8, LOTJ), tienen el perfil idóneo para ser víctimas fáciles de la presión mediática.

Por otro lado, y por las mismas razones de vehemencia desplegada por la defensa y la acusación al exponer sus alegatos, pueden resultar más convincentes frente a un tribunal popular que frente a uno compuesto por jueces técnicos. El peso específico de acusación y defensa no gravitará entonces en tener más o menos elementos probatorios a su favor, sino en las dotes de convicción de los respectivos abogados o Ministerio Fiscal.

Lo que se cuestiona, en suma, es la imparcialidad de los miembros del jurado, que, si ya es difícil de garantizar en el caso de los jueces profesionales, deviene prácticamente imposible en el de los jueces legos.

Se ha de tener en cuenta que uno de los requisitos fundamentales para ser miembro es precisamente ser lego en derecho. Está fuera de toda duda que supone un lastre en cuanto al funcionamiento de la institución, dado que los miembros deben ser instruidos de forma que les sea comprensible y eso, sin tener conocimientos jurídicos, es una tarea complicada.

Algunos casos en la breve historia del jurado español ponen en tela de juicio su fiabilidad como institución: recuérdense, por citar solo los más llamativos, los 519 días que Dolores Blázquez estuvo en la cárcel por un crimen que no había cometido (valoración de la prueba indiciaria) o, recientemente, la devolución de veredictos en el caso Vicente Sala (2019), en el caso Diana Quer (2016) y en el propio crimen de Pioz. La pregunta que nos hacemos, y que coincide en todos estos juicios, es: ¿está un ciudadano de a pie en disposición de juzgar un caso complejo y mediatizado, como el que nos ocupa? A mi parecer, el jurado carece de conocimientos jurídicos, y de la noche a la mañana se convierte en juez y debe juzgar a una persona por delitos tan graves como un asesinato, sin saber aplicar conceptos tan técnicos pero decisivos como alevosía, ensañamiento, agravantes, atenuantes, etc., que los profesionales del derecho han estudiado durante años. A esto debemos agregar la “contaminación mediática” que sufren los jurados por parte de la opinión pública (Canellas, 2017).

V. ¿POR QUÉ CONVENCEN MÁS LAS PRUEBAS DE LOS ÍTEMS PSICOLÓGICOS QUE LAS NEUROIMÁGENES?

Debemos señalar, antes que nada, que en las sentencias emitidas no se habla de *validez de las pruebas*, sino de *pruebas más convincentes*, probablemente por la complejidad de los informes emitidos por los profesionales, tanto de la acusación como de la defensa; por eso solo hace falta echarle un ojo a las sentencias cuya motivación pasa porque “una vez examinado el material del que ha dispuesto ha optado el Jurado por conceder más credibilidad y capacidad de convicción a las pruebas por las que se ha inclinado racionalmente”. Tampoco debe extrañarnos nada esta conclusión, dada la complejidad de entendimiento y aprehensión de las pruebas por las que deben pasar tanto el juez como el jurado. Recuérdesse que la mayoría de las pruebas forenses tienen un lenguaje propio, totalmente desconocido para los que son legos en este tema; así, por ejemplo, las pruebas forenses sobre las que se debe decidir, por decir algunas, serían las siguientes:

- PAI (Personality Assessment Inventory). Inventario de Evaluación de la Personalidad (Morey, 2007; adaptación española: Ortiz-Tallo, Santamaría, Cardenal y Sánchez, 2011).
- MMPI-2-RF (Minnesota Multiphasic Personality Inventory-2 Restructured Form). Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota-2 Reestructurado (Tellegen y Ben-Porath, 2008; adaptación española: Santamaría, 2009).
- SIMS (Structured Inventory of Malingered Symptomatology). Inventario estructurado de simulación de síntomas (Widows y Smith, 2005; adaptación española: Ordi y Santamaría, 2009).
- SCID-II (Structured Clinical Interview for DSM-IV⁸ Axis II Personality Disorders). Entrevista Clínica Estructurada para los Trastornos de Personalidad del Eje II del DSM-IV (First, Gibbon, Spitzer, Williams y Benjamin, 1997; adaptación española: First et al., 1999).
- PCL-R (The Hare Psychopathy Checklist-Revised). Escala de Evaluación de la Psicopatía de Hare-Revisada (Hare, 2003; adaptación española: Torrubia, Poy, Moltó, Grayston y de Corral, 2010).

⁸ Cuarta edición del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (“Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales”), que edita la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (American Psychiatric Association [APA]). (N. del E.)

- HCR-20 V3 (The Historical Clinical Risk Management-20, Version 3). Valoración del Riesgo de Violencia (Douglas, Hart, Webster y Belfrage, 2013; adaptación española: Arbach-Lucioni y Andrés-Pueyo, 2016).
- SVR-20 (The Sexual Violence Risk-20). Valoración del Riesgo de Violencia Sexual (Boer, Hart, Kropp y Webster, 1997; adaptación española: Hilterman y Andrés-Pueyo, 2005).

La investigación científica respecto de la psicopatía está cambiando de una manera radical desde hace algunos 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 (Cancio Meliá, 2013: 536).

Como decíamos anteriormente, el jurado popular lo tiene bastante difícil para evaluar entre uno u otro procedimiento; aun así, se decanta por los informes periciales, concluyendo que al acusado no se le puede incluir dentro de alguna patología psiquiátrica, dado que tiene la capacidad de conocer y la capacidad volitiva íntegras. También lo encuentra oportuno la magistrada, dado que, para ella, tras la práctica de la prueba, el jurado hace una valoración lógica y razonable para concluir que el patrón de conducta que presenta el acusado no indica alteraciones cognitivas ni volitivas. Nos preguntamos, no obstante, cómo es posible que el jurado y, por ende, la magistrada indiquen, de manera tan precisa y sin lugar a error (dada la preparación en psiquiatría forense o en neurología y, por consiguiente, su vocabulario), que no estuviera acreditado que el acusado padeciera un daño neurológico.

De lo anteriormente expuesto se infiere que no es que no exista una psicopatía y el cerebro pueda estar enfermo, o que no baste con presentar una neuroimagen, aunque un neurólogo no la haya pasado por su tamiz. Lo que sucede es que, según cuán convincentes sean las partes, así será la que se lleve “el gato al agua”, porque, en realidad, ni los jurados ni los jueces son expertos en la materia. Con esto no queremos decir que el comportamiento asesino del acusado no merezca un reproche penal, que lo tiene; quizás, un estudio más profundo del caso hubiera llevado al tribunal a optar por una medida de seguridad en un centro psiquiátrico, pero puede ser, dada la magnitud y la mediatización del presente caso, que se haya pasado de puntillas y se haya optado por lo más sencillo (pena de prisión). Todo esto indica que las neurociencias y el derecho penal deberán llegar a un entendimiento más acorde en casos tan controvertidos como el que nos ocupa.

VI. ¿POR QUÉ LOS TRES TRIBUNALES HABLAN DE LA PSICOPATÍA SIN UNA DEFINICIÓN MÁS EXHAUSTIVA? LA PSICOPATÍA COMO TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD

Como parece ser y no es sabido aún, o al menos la mayoría de los intervinientes en juicios de esta envergadura pasan de puntillas sobre la neurociencia y la “enfermedad” de la psicopatía, esta 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, ya se está utilizando desde hace unos años” (Cancio Meliá, 2013: 533), además de que se incorporan técnicas nuevas, como el escáner electromagnético transcraneal (TES, por sus siglas en inglés), la magnetoencefalografía (MEG, por sus siglas en inglés,) la espectroscopia de infrarrojos cercanos (NIRS, por sus siglas en inglés) y las técnicas basadas en optogenética, entre otras.

De momento, el diagnóstico y, por 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 concurren en la persona determinadas características de personalidad que se expresan en su conducta” (*Ídem*).

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) (*Ídem*).

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 neurocientíficos, por razones que ‘siguen siendo un misterio’, (Kiehl/Buckholtz, 2010: 22 y *ss.*) es un fenómeno casi exclusivamente masculino” (Cancio Meliá, 2013: 533).

Sin embargo, el *statu quo* de la investigación científica respecto de la psicopatía está cambiando de manera radical desde hace algunos años: el fMRI permite observar directamente el funcionamiento del cerebro, identificando diferencias anatómico-funcionales entre psicópatas y no psicópatas; estos estudios generan dos hipótesis: por un lado, diferencias morfológicas en el sistema de respuesta emocional (amígdala y sistema paralímbico) (Anderson/Kiehl, 2012: 52 y *ss.*) y, por otro, “diferencias en el ciclo de ansiedad/atención” (Glass/Newman, 2009: 229 y *ss.*). En todo caso, “son innegables los paralelismos entre sujetos psicópatas y personas que han sufrido lesiones en el córtex ventro-medial prefrontal” (Koenigs *et al.*, 2010: 2198 y *ss.*).

Ahora bien, “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” (Anderson/Kiehl, 2012: 52 y *ss.*).

Imaginemos de forma hipotética que el citado método sea validado y que, por tanto, resulte 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 (Cancio Meliá, 2013: 534)

A todo lo anterior podemos añadir que 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” (Prittwitz, 2000: 428).

Efectivamente, “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 delimitar la frontera entre la plena responsabilidad penal y

las hipótesis encuadrables en el plano de la inimputabilidad” (Iglesias Río, 2003: 155-156).

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; 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 hay más que ver las sentencias estudiadas para comprobar lo que opinan los psicólogos de la defensa y la acusación). 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 (*ibidem*).

Y si además interviene, como en nuestro caso, un jurado cuyos miembros no se encuentran familiarizados con la terminología jurídica (por ejemplo, qué es una eximente incompleta o una atenuante de arrebató u obcecación) ni con la médica o bioética (conclusiones del PET-TAC), a la hora de decidir pueden sentirse más influidos por las imágenes preconcebidas en la literatura o en el cine o, en nuestro caso, ser un juicio mediático, que por el contenido de los dictámenes técnicos.

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, no al momento del resultado ni tampoco al momento presente en el que se tramita el procedimiento penal” (Torío López, 1981: 15 y *ss.*). 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; 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 que pudiera singularizar su repercusión en las capacidades del sujeto (Iglesias Río, 2003: 158).

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” (García Blázquez, 1997: 30-31).

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 [...]. 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 [...] ámbitos conductuales exógenos que han podido influir en la conducta o morfología del acto (Iglesias Río, 2003: 158).

No olvidemos que, en el caso que nos ocupa, en la Audiencia Provincial de Guadalajara, la jueza que conoció del asunto tuvo que instar dos veces al Tribunal del Jurado para que, en base a las preguntas asignadas, pudieran decidir su respuesta, dada su incapacidad de entendimiento en el contenido de estas.

VII. CONCLUSIONES

Podemos resumir que, ante la delincuencia especialmente violenta, los neurocientíficos sostienen que cada vez hay más evidencia científica de que los autores presentan alteraciones en el funcionamiento de ciertas áreas cerebrales; asimismo, las aportaciones de la neurociencia son imprescindibles para entender los mecanismos que posibilitan la propia eficacia regulativa de las conductas jurídicas, sobre todo en procesos en los que el derecho penal, como sistema, es llamado a incidir en el comportamiento de los ciudadanos a través de la sanción. El derecho no puede estar en contravía ni rezagado ante los cambios sociales, tecnológicos o científicos; es más, las

partes del proceso deben relacionarse y comprender la utilidad de estas técnicas neurocientíficas con el fin de que puedan servir de modo probatorio.

Bajo la perspectiva de nuestras sentencias, el correspondiente interrogante, que ocupa un lugar central del juicio de culpabilidad, sobre “la capacidad del autor de actuar conforme a la norma”, solo tiene sentido si el acercamiento de quien debe juzgar esa capacidad dispone de herramientas para poder comprender aquellas estructuras que configuran el entorno de decisión del sujeto. Fuera de ese camino, se trata de la más pura arbitrariedad. No obstante, aparece la exigencia de manifestar un aviso para tiempos venideros: ya no podemos fabricar un modelo de atribución y de exigibilidad de fidelidad a la norma que parta de la base de un sistema sociocognitivo que no contemple bases científicas. El juicio de reproche requiere una nueva infiltración científica. De eso depende la legitimidad social del derecho penal.

Por lo que se refiere a los aspectos que afectan más directamente a la libertad y su conexión con la identidad del ser humano, entiendo que se trata de un asunto demasiado amplio y complejo como para que ni el derecho penal ni la neurociencia pretendan agotarlo. Todo parece indicar que, por mucho que forcemos los límites del razonamiento, la técnica dogmática por sí sola no tendrá el rendimiento deseado, por lo que una y otra vez habrá que elevar la mirada algo más allá y contemplar los problemas con una mayor amplitud, no pasivamente desde una cómoda atalaya, sino con la imprescindible ayuda de la filosofía. Ni las neurociencias, como ciencias empíricas, ni el derecho penal, como ciencia social, pueden prescindir de ella, y están, por tanto, obligados a entenderse.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- Anderson, N. E./Kiehl, K. A. (2012). “The psychopath magnetized: insights from brain imaging”. En *Trends in Cognitive Sciences*, N° 16.
- Bennett, C. M., et al. (2010). “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*, N° 1(1).
- Canellas, M.J. (2017). “¿Importa la verdad realmente?” Recuperado de: <https://www.revista-critica.es/2017/06/21/importa-la-verdad-realmente/>

- Cancio Meliá, M. (2013). “Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductoras”. En Maroto Calatayud, M. (coord.) y Demetrio Crespo, E. (dir.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer.
- Demetrio Crespo, E. (2011). “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal” En *InDret*, Barcelona.
- ____ (2013). “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.
- Díaz Arana, A. F. (2015). “Neurociencias y Derecho Penal desde una perspectiva funcional de la mente”. *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 11, núm. 84, enero-junio.
- Feijoo Sánchez, B. (2011). “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”. *InDret.*, N° 2. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> [Consulta: 17 de enero de 2020].
- García Blázquez, M. (1997). *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (Un análisis médico-legal de los arts. 20.1 y 20.2)*. Granada: Comares.
- Glass, S. J./Newman, J. P. (2009). “Emotion Processing in the Criminal Psychopath: The Role of Attention in Emotion-Facilitated Memory”. *Journal of Abnormal Psychology*, Núm. 118.
- Hassemer, W. (2011), “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”. *Revista InDret.*, No 2. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/821.pdf> [Consulta: 15 de julio de 2020].
- Iglesias Río, M.A. (2003). “La eximente de ‘anomalía o alteración psíquica’. Una problemática abierta hacia el futuro científico”. *ADPCP*, vol. LVI.
- Kaku, M. (2014). *El futuro de nuestra mente*. Barcelona: Debate.
- Kiehl, K. A./ Buckholtz, J. W. (2010). “Inside the Mind of a Psychopath”. *Scientific American*, sept./oct.
- Koenigs, M., et al. (2010). “Economic decision-making in psychopathy: A comparison with ventromedial prefrontal lesion patients”. *Neuropsychologia*, núm. 48.
- Libet et al. (1983). “Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential). The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act”. En *Brain*, 1983 (106): 623-642.

- Merkel/Roth (2010). “Haltet den Richter!”. En *Frankfurt Rundschau-online*.
- Pérez Manzano, M. (2011). “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a La Luz de las aportaciones de la Neurociencia”. *InDret*: Barcelona.
- Prittwitz, C. (2000). “El derecho penal alemán, ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿última ratio?” *La insostenible situación del Derecho penal* (trad. Profesores del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra). Granada.
- Torío López, A. (1981). “La capacidad limitada de autodeterminación en la reforma del sistema penal”. En *Jornadas de estudio de la deficiencia mental en la región castellano-leonesa*. Valladolid.

