

## CAPÍTULO X

### *Imputabilidad y delito\**

Mario Trapani

SUMARIO: 1. Imputabilidad y teoría del delito – 2. El “contenido” de la imputabilidad – 3. Imputabilidad e inteligencia artificial – 4. Bibliografía.

#### 1. *Imputabilidad y teoría del delito*

Ante todo, quiero agradecerles a los amigos y colegas de la Universidad de Murcia, especialmente al Profesor Jaime Peris, así como a mi discípula, la Profesora Antonella Massaro, por haber organizado este interesante congreso.

Quienes me conocen, saben perfectamente que yo no soy políticamente correcto y no sigo el *main stream*, como se conoce hoy en día; así que algunas de las cosas que quiero destacar, pueden no estar conforme a los dogmas del “pensamiento único”, también a los pertenecientes a la ciencia del derecho penal.

En primer lugar, el Derecho es un conjunto de reglas. “Regla de conducta” significa que el destinatario del mandato o de la prohibición puede obedecer o no (es decir, cumplir o no con) su contenido prescriptivo. Este es el presupuesto lógico, no solo del Derecho Penal, sino del Derecho *tout court*. El problema primario en la teoría general de la norma jurídica es establecer si el destinatario de la norma es el ciudadano o el órgano que aplica la consecuencia jurídica, o bien si hay dos diferentes tipos de normas según su destinatario específico. Más particularmente, estando en vigor en la actualidad, según el derecho positivo de todos los ordenamientos de *civil law*, como principio general el de la concreta “dominabilidad” del hecho delictivo cometido por parte de su autor y desarrollando la amenaza de la pena criminal la función de prevención general negativa, de eso se deduce

---

\* El texto de este capítulo corresponde a la ponencia presentada en el Congreso internacional “Inteligencia artificial y neurociencias: avances del Derecho Penal contemporáneo”, celebrado el 5 de mayo de 2022 en la Universidad de Murcia.

que la estructura de la norma penal incriminadora es lógicamente aquella de “imperativo”. Entonces, el derecho penal, en una estricta perspectiva de derecho positivo (y no solo de teoría general del derecho), es un conjunto de imperativos o sea de reglas de conducta que tienen como destinatarios ante todo a los coasociados. Consecuentemente, eso significa que, si la norma penal incriminadora se traduce en una regla de conducta dirigida a seres humanos, su presupuesto lógico es que no se puede hipotetizar cualquier “regla de conducta” si su destinatario no tiene la *posibilidad* de cumplir o incumplir esa regla a través de su “voluntad”, o sea si no tiene “libre albedrío”; entendiendo esa palabra como sinónimo de “libre posibilidad de elección” (en una dimensión moral, entre el “bien” y el “mal”). “Libre albedrío”: expresión que parecía haber desaparecido en la obscuridad del pasado, pero que, gracias a Dios, hoy en día – habiéndose superado en la dogmática penal una visión fundamentalmente materialistico-naturalista – empieza a escucharse otra vez.

Ahora, si hay libre albedrío, la pregunta es: ¿cómo se ubica el libre albedrío frente a la imputabilidad?

Antes de contestar esa pregunta, quería decir algo sobre la posición “sistemática” de la imputabilidad en la teoría del delito. Eso no es un discurso abstracto, tampoco solo teórico, sino que por el contrario tiene consecuencias aplicativas de importancia capital en el Derecho Penal. ¿En qué sentido? Hoy en día la mayoría de los penalistas en España, y en Italia también, siguen, como siempre, a los alemanes en el sentido de que la imputabilidad es un elemento de la “culpabilidad”, culpabilidad que se traduce a su vez en un juicio de “reprochabilidad”, reprochabilidad por algo cometido; reprochabilidad que tiene al final un significado ético y, en cuanto tal, es perfectamente coherente con el pensamiento más profundo alemán, o sea la visión “ética” que está detrás de cualquier “reproche”, no solo moral sino también jurídico. Detengámonos ahora en el concepto de “reprochabilidad”. Una precisión metodológica preliminar: yo soy un dogmático y quiero moverme siempre al interior de la perspectiva del Código Penal, de las leyes penales. En Italia tenemos el código más viejo de Europa, o sea el Código Rocco de 1931, que – en mi opinión – es técnicamente un código casi perfecto. Gracias a Dios, tenemos todavía este código; eso nos permite decir que la idea que la “imputabilidad”, entendida como capacidad natural de entender y de querer, es algo perteneciente a un requisito denominado “culpabilidad”, contrasta de manera clarísima con el “sistema” delineado por el Código Penal italiano. Aunque según la doctrina mayoritaria italiana eso significaría poco o nada, esa construcción tiene, viceversa, consecuencias verdaderamente relevantes en el plano práctico.

En efecto, si la imputabilidad fuese realmente un elemento de la culpabilidad y la culpabilidad, como todos los que siguen la teoría “tripartita” afirman, fuese a su vez un elemento del “delito”, eso significaría que los “no imputables” no podrían cometer “delito”. A esa conclusión debería llegarse siguiendo la concepción tanto de la (antigua) culpabilidad “psicológica” como de la (más moderna) culpabilidad “normativa”. Así, si la imputabilidad fuese simplemente el “presupuesto” del dolo y de la culpa, entendidos como las dos “formas” de relación psíquica con el hecho en las cuales puede manifestarse – y agotarse – la “culpabilidad” (en el sentido de “culpabilidad psicológica”), los “inimputables”, no pudiendo – lógicamente – actuar con dolo o culpa, no podrían consecuentemente cometer hechos normativamente calificables como “delitos”. A la misma conclusión deberían también llegar los autores tripartitos italianos que, aunque siguen la concepción “normativa” de la culpabilidad, ubican todavía sistemáticamente el dolo y la culpa *al interior* del elemento de la culpabilidad (junto con la imputabilidad, la cognoscibilidad de la prohibición y la exigibilidad de un comportamiento diferente), culpabilidad considerada siempre como tercer elemento del delito. Del mismo modo, aunque dolo y culpa – como afirma hoy en día la mayoría de la doctrina tripartita post-welzeliana de molde alemán – están colocados sistemáticamente en la “tipicidad”, como elementos “subjetivos” de ella (hablándose, de manera dogmática y normativamente en absoluto incorrecta, también de dolo o culpa “naturales”), los “inimputables” podrían cometer un “ilícito” pero no un “delito”, faltando de todas formas la “culpabilidad” (aunque entendida en el sentido “normativo”, y siempre colocada sistemáticamente como segundo elemento del “delito”). Es claro a su vez que la distinción conceptual entre “ilícito” y “delito” fue creada precisamente para permitir la aplicación de las medidas de seguridad a los inimputables peligrosos autores de hechos ilícitos, pero sin abandonar la concepción, toda ideológica, del “delito” como “ilícito reprochable” y por tanto “punible”. O sea, un verdadero “prejuicio”.

Así las cosas, al final, ¿cuál es la posición sistemática correcta de la imputabilidad en la teoría del delito? En mi opinión, no debería dudarse que cualquier hecho “ilícito”, siendo desarrollo de un comportamiento humano de acción u omisión, se compone de un elemento objetivo, de un elemento subjetivo y de la falta de causales de justificación. Solo en ese contexto, se separan hoy en día los “tripartitos”, que colocan los elementos del ilícito entre las tres categorías de la “tipicidad objetiva”, de la “tipicidad subjetiva” y de la “antijuridicidad”, de los “bipartitos”, quienes colocan todos los elementos del ilícito en las dos categorías – siempre a entender

normativamente – del “elemento objetivo” y del “elemento subjetivo”, considerando las causales de justificación, como es notorio, “elementos *negativos* del tipo”. Eso significa entonces que la distinción entre “ilícito” y “delito” es simplemente fruto de un prejuicio o, mejor dicho, una inútil superfetación conceptual que constituye solo un extremo homenaje a una larga tradición dogmática que no se quiere abandonar. Convencionalmente, si nos gusta, esa distinción de palabras puede mantenerse, sin embargo, teniendo bien claro que, en una correcta perspectiva dogmática, la “culpabilidad” – entendida como calificación normativa de un hecho típico delictivo *reprochable* a su autor – está *fuera* del “ilícito penal”, o sea del “hecho” – objetivo y subjetivo – constitutivo del “ilícito penal”.

En definitiva, si siempre la doctrina ha calificado como “delito” el “ilícito penal”, no se entiende qué ventaja tendría cambiar la tradición también lingüística. Eso significa entonces que “ilícito penal” y “delito” son la misma cosa; y eso es muy claro en el código penal italiano, según el cual tanto los “imputables” como los “inimputables” pueden cometer el mismo modelo de “delito” (“ilícito penal”) en el sentido “normativo”, comprensivo de los mismos elementos constitutivos.

Las consecuencias dogmáticas y prácticas de lo dicho son muy relevantes. Aunque en ese contexto no puedo detenerme en detalles, es suficiente subrayar como, en mi opinión, de los elementos indicados como constitutivos del concepto de “culpabilidad normativa” (depurada del dolo y de la culpa), la “exigibilidad” de una conducta diferente de la cometida – al menos según el código penal italiano – no tiene algún espacio autónomo al interior de una perspectiva de “reprochabilidad personal” (fuera de los elementos del delito), así como, a su vez, el “error de prohibición inevitable” es relevante también a favor de los inimputables para excluir la aplicabilidad de medidas de seguridad. *Rebus sic stantibus*, eso significa entonces que la “culpabilidad” acabaría *identificándose* con la sola “imputabilidad”, o sea con la capacidad del autor del hecho de motivarse según los imperativos penales si quiere evitar la pena consecuente a la comisión del delito. Pero, si – según un canon metodológico fundamental de la investigación científica – *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*, el concepto de “culpabilidad” debería ser definitivamente abandonado en el estudio dogmático de la teoría del delito<sup>1</sup>. Consecuentemente, “reprochabilidad” debería ser solo un juicio sintético a cargo del autor del delito que simplemente cumple con todos los requisitos requeridos por la norma incriminadora para ser

---

<sup>1</sup> Más en detalle, véase mi último trabajo “*Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*”, Roma TrE-Press, Roma, 2022, especialmente el capítulo primero; monografía en *e-book* libremente descargable.

“penado”; en particular, por haber cometido un “delito” siendo “imputable” en el momento de la comisión de su conducta constitutiva. Probablemente, muchas confusiones que todavía ocurren serían evitadas si se considerase, correctamente, que la comisión de un delito no es simplemente el presupuesto de la aplicación de la pena (lo que explica quizá el porqué de la definición del “delito” como “ilícito culpable” y por tanto “punible”), sino también *elemento central y fundamental de otras y diferentes hipótesis de “responsabilidad jurídica”*, como la responsabilidad civil emanada del delito, la responsabilidad por la aplicación de medidas de seguridad y, actualmente en Italia, también la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión de delitos realizados por la cumbre de la organización en beneficio de la misma persona jurídica<sup>2</sup>.

Todo eso significa entonces, lógicamente antes que dogmática y sistemáticamente, que la “imputabilidad” es un elemento que está *fuera* del “delito”. Fuera del delito significa en primer lugar, como he dicho, que todas las personas tanto “imputables” como “no imputables” pueden cometer un “hecho delictivo”, comprensivo de todos sus elementos constitutivos. Pero también eso significa que la “imputabilidad” es simplemente una característica o – mejor dicho – una “calidad personal” del autor del hecho delictivo que permite al mismo autor ser penado: dogmáticamente es solo “*capacidad de pena*”, nada más y nada menos. Más específicamente, el autor de un “delito” puede ser destinatario de una “pena” o de una “medida de seguridad” según que tenga la “calidad personal” de sujeto “imputable” o “peligroso”.

Ahora, si la imputabilidad es simplemente “capacidad de pena” frente a un sujeto que cometió un delito con todos sus requisitos constitutivos, eso significa simplemente que la imputabilidad está ligada estrictamente a la pena, en particular a la “función” que la pena desarrolla en el sistema penal, o sea al concepto de “prevención” del delito. Concepto clásico de prevención, de entender tradicionalmente como prevención denominada “negativa”, en el sentido que la amenaza de la pena sirve para estimular un sujeto a tener el comportamiento debido. ¿Y cuál es ese sujeto? Solo el sujeto “imputable”. Adicionalmente, como ya he dicho, si la imputabilidad está fuera del delito, fuera del delito está también la posibilidad de conocer el desvalor penal del hecho: en efecto, la denominada *culpa iuris* (como la culpa por el hecho) no se refiere a un individuo particular, sino que puede ser comprobada solo respecto a un “modelo de agente” por definición “impersonal”, de modo que puede referirse indiferentemente a un sujeto imputable o no imputable. A su vez, la exigibilidad de un comportamiento diferente a aquel realizado no

<sup>2</sup> M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., *passim*.

tiene ninguna relevancia normativa autónoma, al menos según el derecho positivo italiano, puesto que su razón de ser, y por lo tanto el origen del mismo concepto de “culpabilidad normativa” como “reprochabilidad”, es simplemente permitir a instancias de “justicia” penetrar en el sistema penal y superar lo que habría debido provenir de una aplicación estricta de las normas penales incriminadoras. Pero el problema de la “justicia” es otra cosa. En efecto, “derecho” no es sinónimo de “justicia”: el juez debe aplicar el derecho positivo, no hacer justicia. “Derecho” y “moral” – y la justicia es notoriamente el parámetro de evaluación ética del derecho positivo – tienen que estar rígidamente separados en un derecho penal liberal y garantista. Y si derecho no es justicia, permítanme esta pequeña digresión: mi absoluto rechazo, desde una perspectiva político-criminal “garantista”, del denominado “derecho internacional penal” como instrumento fundado sobre instancias de “verdad” y “justicia” “absolutas” para resolver cuestiones que son, viceversa, exclusivamente políticas en contra de sujetos ya política y militarmente “vencidos”, lo que es algo jurídicamente “sin sentido”.

## 2. El “contenido” de la imputabilidad

Si la “imputabilidad” es *formalmente* la “capacidad de pena”, es decir la capacidad del autor de un delito de ser penado, la pregunta a la cual debemos ahora contestar es: ¿qué es *sustancialmente* la imputabilidad? Dicho de otra manera: ¿cuál es su contenido específico? En todos los ordenamientos jurídicos, se define la “imputabilidad” – por parte de la doctrina o directamente de la ley penal – como “capacidad de entender y de querer”. Más precisamente, la capacidad de entender y querer es el substrato “naturalístico” que el ordenamiento califica “normativamente” como imputabilidad. Aquí empiezan los problemas. En primer lugar, contrariamente a lo que algunos todavía afirman, no es verdad que solo quien tiene *en abstracto* la capacidad natural de entender y de querer en un determinado momento puede *en concreto* efectivamente representarse y querer algo, lo que significaría *normativamente* actuar con “dolo” (o con “culpa”). Incluso olvidando que, en una correcta perspectiva dogmática y sistemática, como hemos dicho, la imputabilidad no es presupuesto normativo del dolo o de la culpa, en realidad la misma capacidad natural de entender y de querer no tiene nada que ver con los acontecimientos subjetivos-psicológicos en sentido ontológico, o sea representación, voluntad y previsibilidad. Eso porque ya desde la perspectiva naturalística no se

entiende que una cosa son los procesos psíquicos, reales o potenciales, y otra la “*cualidad normal*” de esos procesos. En cuanto “*cualidad*” de los procesos psíquicos, reales o potenciales, eso significa que la capacidad de entender y de querer está *fuera* de esos procesos psíquicos, que a su vez constituyen objeto de su calificación normativa como dolo o culpa. Dicho de otra manera, la capacidad de entender y de querer, ya en el plano naturalístico *no es* “presupuesto lógico” – y por consiguiente necesario – de los procesos psíquicos, reales o potenciales, de representación y voluntad. También un loco, un loco total, un *serial killer* actúa con voluntad y representación no solo naturalísticamente, sino también *jurídicamente* perfectas. Perfectas ¿en qué sentido? Simplemente porque existen en la realidad. Entonces ¿qué es lo que falta en los “incapaces”? Falta simplemente la *cualidad normal* de esa representación o de esa voluntad (según los casos).

A estas alturas, el problema es establecer qué puede entenderse por “*cualidad normal*” de una representación o voluntad.

Una aclaración preliminar: yo no creo que – excepto por exigencias didácticas – pueda distinguirse entre un derecho penal “sustancial”, un derecho penal “procesal” y un derecho penitenciario o de “ejecución” penal: hay solo *una* “norma penal”, porque, a diferencia de lo que sucede en las otras ramas del derecho, la “norma penal incriminadora”, es decir sancionada con una pena criminal, *no existe fuera del proceso*. Proceso que pertenece entonces a la “fisiología” del sistema penal. Siendo así y no pudiéndose condenar a una persona si su responsabilidad penal no ha sido demostrada “más allá de cualquier duda razonable” ¿eso qué significa con referencia, en particular, a la “imputabilidad”? ¿Que en cada proceso penal el fiscal antes y el juez después, si quieren llegar a la condena legítima del autor de un delito, tienen que demostrar cada vez la existencia de su “capacidad de entender y de querer”? Absolutamente no. Ello porque, siendo el derecho, y el derecho penal en particular, una expresión de la razón práctica, como habría dicho Kant, también fiscales y jueces deben tener en cuenta la “normalidad” de las situaciones que tienen que averiguar. Así, cuando un sujeto tiene 18 años, según el código penal italiano, existe una “*presunción*” de imputabilidad. Eso porque en el común de los casos puede decirse que los que tienen 18 años han logrado la plena “madurez”. Sólo cuando hay situaciones particulares a causa de las cuales falta en los mayores de edad la plena capacidad de entender o de querer, podemos decir que no hay imputabilidad. O sea, el sistema penal y el mecanismo mismo de la interacción entre derecho y proceso impone considerar que la “normalidad” en los mayores de edad es la presencia de la capacidad de entender y de querer, presencia que por tanto se presume. Sólo cuando

hay situaciones que pueden integrar causas *taxativamente* previstas por el legislador de “no imputabilidad” tenemos que averiguarlas. Eso significa que, según el código penal italiano, lo que es necesario para la aplicación de la pena es *solo* la calificación *normativa* de “imputable” a cargo del autor del delito; calificación que muchas veces *no coincide* con la presencia de la capacidad *natural* de entender y querer. Lo que es un problema muy grave, también de legitimidad constitucional (problema que no se puede tampoco afrontar en esta sede).

En cuanto a las causas taxativamente previstas de exclusión de la imputabilidad, es necesario aquí subrayar como, desde hace muchos años, los penalistas que en Italia han estudiado específicamente la imputabilidad con referencia a la enfermedad psíquica, para llenar de contenido ese concepto, se han movido según una perspectiva metodológica en mi opinión absurda, que consiste en utilizar textos científicos de médicos, psiquiatras y otros estudiosos de materias similares. Esa manera de enfrentar un problema de naturaleza jurídica sería así mismo ridículo, si, viceversa, los que tienen exclusivamente competencias medicas intentasen utilizar nociones de medicina para llenar de contenido conceptos estrictamente jurídicos (o, incluso peor, utilizar nociones jurídicas para llenar de contenido conceptos estrictamente médicos). Igualmente sería ridículo que yo, que soy jurista y no entiendo nada (o casi) de medicina, intentase aventurarme en conceptos propios de la psiquiatría forense no obstante mi carencia de competencias médicas. Y eso por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque los mismos psiquiatras, entre los médicos, son los que menos saben de lo que hablan, es decir del objeto de la materia específica de su competencia. En efecto, ellos mismos lo dicen, afirmando que conocen a lo sumo el 10% de como funciona el cerebro humano y de sus patologías. Y si precisamente los psiquiatras no conocen en forma exacta y en su totalidad el funcionamiento del cerebro, ¿cómo se puede hipotetizar que una rama del derecho, como el derecho penal, deba interesarse en todas las – viejas y nuevas – “patologías” psiquiátricas e incluso psicológicas y ajustarse acriticamente a ellas, cuando los mismos psiquiatras se contradicen a menudo entre ellos (como también ocurre en todas las ramas de la ciencia)? Además, como he dicho antes, yo no soy políticamente correcto: en mi opinión, entre otras cosas, la misma psicología no es una ciencia en sentido propio. Es simplemente (casi) brujería. Más o menos ciencia – en el sentido de “ciencia empírica” – puede ser la psiquiatría, no la psicología. La psicología parte de presupuestos no demostrados, o sea de aserciones apodícticas, de donde extrae lógicamente toda una serie de consideraciones y conclusiones. Tanto es así, que afortunadamente en el código de procedimiento penal italiano



se admite exclusivamente la prueba pericial, no la prueba psicológica, la cual al interior del proceso penal está prohibida (art. 220 inciso 2 c.p.p.); evidentemente porque el mismo legislador es consciente que la psicología no es una verdadera ciencia (empírica). También es evidente el peligro que está detrás de todos estos intentos de ampliar el concepto de “enfermedad mental” para llegar, al final, a la absolución del imputado: fundamentalmente, acoger la idea de que no solo las “viejas” y verdaderas enfermedades mentales puedan excluir la imputabilidad, sino también los simples “disturbios nerviosos”, no mejor identificados. Eso significa destruir la idea misma del derecho penal fundado sobre una “responsabilidad personal” que puede ser excluida solo por la presencia de verdaderas “causas patológicas” de enfermedad mental ya unánimemente reconocidas por la ciencia. De hecho, como es notorio y Popper lo subraya de manera muy clara, la ciencia procede mediante intentos continuos y metodológicamente a través de la “falsabilidad”. Si es así, y yo creo que es así, la conclusión debería ser que el ordenamiento penal presupone que normalmente, sobre la base del *id quod plerumque accidit*, todas las personas mayores de edad son normativamente “imputables” o sea son (potenciales) destinatarios de penas, excepto en algunos casos, que constituyen *excepciones* a la regla y, por consiguiente, tienen que ser interpretados de manera restrictiva. Todo lo dicho explica porque hoy en día es tan difícil hablar del significado *jurídico* de simples “disturbios nerviosos” que sin embargo no llegan a una, reconocida, enfermedad mental, si no – por supuesto – psíquica.

La segunda razón por la cual el concepto jurídico de “imputabilidad”, en particular con referencia a su causa de exclusión representada por la enfermedad mental, no puede deducirse *tout court* de la ciencia médica, está impuesta por el mismo sistema penal correctamente entendido. En efecto, los que piensan que el juez debería siempre “obedecer” en su decisión a las conclusiones del perito psiquiatra, olvidan que tarea de los psiquiatras en la prueba pericial es solo entregar un diagnóstico y/o pronóstico sobre la “salud mental” del imputado; siendo, por el contrario, tarea exclusiva del juez, en calidad de *peritus peritorum*, es decir sin ser vinculado a la evaluación médica, valorar – conforme a las exigencias propias del derecho, sin olvidar lo que es ya unánimemente reconocido por la ciencia médica como enfermedad psíquica – el significado de la prueba pericial para establecer si y eventualmente en qué límites el autor del delito puede ser declarado imputable o no imputable.

### 3. *Imputabilidad e inteligencia artificial*

Llegamos ahora a unas consideraciones sobre el problema de la “inteligencia artificial”, en particular con relación al recurso a los algoritmos en la decisión del juez. Primera precisión, siempre no políticamente correcta, es que los economistas que usan los algoritmos no hacen verdadera ciencia (al menos en el sentido común de “ciencia exacta”, empíricamente verificable), porque todos nosotros, por experiencia personal, sabemos perfectamente que todo lo que dicen los economistas puntualmente se ve desmentido, puesto que la realidad se va normalmente en dirección opuesta. Eso significa que los algoritmos son meros cálculos de probabilidad, y eso sí sería demasiado peligroso en la perspectiva penal. ¿Porqué un fallo penal basado sobre un mero cálculo de probabilidad, en particular con referencia a la “personalidad” de un ser humano, sería tan peligroso para las “garantías” del imputado? Recuerdo que escuché hace algunos años que alguien puso un ejemplo en una perspectiva “neopositivista”, en el sentido de un “moderno” regreso a las ideas de la vieja Escuela Positiva (no del positivismo dogmático-normativo, entendido como riguroso anclaje al derecho positivo), derivado de un estudio norteamericano. En ese estudio, se descubría que la mayoría de los violadores tienen un particular cromosoma, por lo que, según un simple cálculo de probabilidad, se podría también afirmar que es altamente previsible que quienes poseen ese cromosoma serán en su vida violadores. Aunque admitiendo la “cientificidad” de esa estadística, ¿qué consecuencia se deriva de esa conclusión? ¿Que, siendo la persona que posee ese cromosoma “peligroso para la sociedad” según un “cálculo de probabilidad”, el Estado, en función del nuevo mito actualmente de gran “moda” (también entre los juristas) de la “prevención” de cualquier peligro a toda costa, puede – si no adicionalmente tiene el deber de – matarlo, incluso ya en el vientre de su madre, considerando, en una “comparación de intereses” (criterio tan amado por la “*politically correctness*”) por un lado la “gravedad del peligro” de violaciones y por otra parte que, según el *main stream*, el aborto ya no es normativamente homicidio? Eso tendría un nombre que obviamente todos los demócratas – no los verdaderos democráticos: estoy hablando de “demócratas” entre comillas, que son todo menos democráticos – al menos aparentemente no quieren ni siquiera escuchar: “eugenesia”. Algo propio de un régimen político que se llamaba nazismo. El doctor Mengele, quien tenía totalmente a su disposición miles de personas como material humano para sus experimentos, permitió a la biología y en general a la medicina

progresar al menos treinta años o más en los conocimientos médico-científicos. Desafortunadamente para los “progresistas”, el problema es que no se puede admitir – en primer lugar, “éticamente” – un “progreso” a toda costa, así los resultados útiles para la sociedad que podrían conseguirse fuesen enormes.

Volviendo al cálculo de probabilidad a través de la “inteligencia artificial”, digo inmediatamente que, en mi opinión, el fallo condenatorio del juez por el delito cometido y la consiguiente medición de la pena merecida no puede basarse en algoritmos elaborados por una máquina: solo un juez-ser humano puede *razonablemente* evaluar en su conjunto las pruebas para su decisión, especialmente las que se forman directamente frente a él dentro del contradictorio entre las partes procesales.

Pero lo mismo debe decirse a propósito del cálculo de probabilidad que el juez debe hacer para la afirmación de la “probabilidad” de cometer delitos por parte de una persona, es decir, de su “peligrosidad”. En ese caso, en el cual se intenta averiguar la “probabilidad”, entendida como relevante posibilidad, de algo penalmente negativo que ocurrirá en el futuro (o sea la comisión de delitos), cualquiera sea el sujeto, juez-persona física o máquina, que hace el cálculo de probabilidades, graves problemas se presentan respecto a las “garantías” de la persona imputada. Eso si se recurre tanto a los algoritmos de una inteligencia artificial, como a un juez-persona física, puesto que este último operaría como un brujo frente a una bola de vidrio: de hecho, un juicio de “probabilidad” de futura comisión de delitos no se basa sobre la averiguación de “hechos”, que se fundan sobre “pruebas”, sino solo sobre “prognosis” de comportamientos futuros. Pero es evidente que, razonando así, la probabilidad de verificación de algo en el futuro significa nada más y nada menos que la destrucción del principio fundamental del derecho penal, o sea que la “responsabilidad penal” es “personal”: en el sentido que una persona puede ser tenida como responsable solo por algo que haya sido cometido por él. En realidad, este principio fundamental – correctamente entendido – nos impide aplicar cualquier sanción de naturaleza “penal” a una persona *antes* de la comisión, por su parte, de algo prohibido por la ley. No podemos hacer nada porque de otra forma eso tendría como consecuencia una responsabilidad no personal, sino basada en un mero cálculo de probabilidad, por parte de un algoritmo o de un pronóstico de un juez de ninguna manera “verificable” y por tanto absolutamente arbitrario. Recurso a algoritmos, en particular, que es una manifestación del denominado “transhumanismo” (es decir, al final, de algo “no humano”), última expresión de la ideología de la *new age*.

Sin embargo, quiero hacer algunas precisiones más sobre el concepto

normativo de “peligrosidad”. Todos los penalistas cultos saben que el código penal italiano de 1931 nació de un compromiso entre visiones del derecho penal totalmente diferentes: por un lado, la Escuela Clásica, basada sobre la idea tradicional del derecho penal del “hecho”, imputable objetivamente y subjetivamente a su autor, sancionado con una pena cual retribución por el delito cometido; por otro lado, la Escuela Positiva, que diversamente estaba basada sobre un derecho penal del “autor”, mirando – más que al delito cometido en el pasado – al futuro comportamiento de su autor, o sea a su “peligrosidad social”, afrontable con medidas de seguridad, es decir de defensa preventiva de la sociedad. Así que en nuestro código penal tenemos también, todavía, figuras de “peligrosidad calificada”, como la habitualidad en el delito, la profesionalidad en el mismo, y la reincidencia (en sus tres formas: simple, agravada y reiterada). Siempre bajo el principio de “personalidad” de la responsabilidad penal, creo que un sujeto tiene que ser tenido responsable, en sentido estricto y propio, solo por sus acciones “libres”, es decir libre y autónomamente cometidas, así que un loco no puede ser responsable en el sentido de “punible”, porque ante todo no hay “libre albedrío” (o sea capacidad de entender y de querer). Teniendo en cuenta que el legislador de los años ’30 estaba compuesto por juristas de primera categoría, el código penal establece, precisamente en función de la “personalidad” de la responsabilidad penal, que no puede ser tenido en el mismo plano de evaluación normativa un sujeto que por primera vez, incluso puede ser la única vez en su vida, comete un delito, así sea gravísimo, y otro sujeto que, por el contrario, tiene una historia criminal enorme. Claro que los dos delincuentes, aunque fuesen autores del mismo tipo de delito, no pueden ser penados en concreto de la misma manera. Pero siempre el código de 1931, como consecuencia del compromiso arriba mencionado, prevé también un articulado sistema de peligrosidad social y de medidas de seguridad, que se pone de lado del sistema de las penas. Se trata de la denominada “doble vía”, según la cual pueden ser aplicadas medidas de seguridad a sujetos peligrosos quienes pueden ser no solo inimputables, sino también imputables.

En el sistema originario del código penal, en la mayoría de los casos la “peligrosidad social” estaba *presumida* por la ley, porque era directamente la ley penal la que establecía los presupuestos para la aplicación de una medida de seguridad. Presupuestos que consistían en hechos procesalmente verificables. En 1986, después de una reforma de la peligrosidad social y de las medidas de seguridad en Italia, algunos autores pensaron que todas esas hipótesis de peligrosidad calificada y de peligrosidad presunta, que estaban descritas por la ley, habrían debido entenderse como abrogadas,

porque el juez, como consecuencia de la reforma, tiene ahora el deber de averiguar en cada caso concreto la efectiva peligrosidad del autor del delito. En mi opinión, la disciplina normativa vigente no es así. Todo lo contrario, es todavía correcto considerar que de todas maneras es el legislador quien debe determinar los presupuestos que, conforme a su voluntad política, permiten establecer quienes son los sujetos peligrosos, garantizando así además la “certeza” del derecho también con relación a las medidas de seguridad. En el nuevo sistema, el juez puede intervenir *excepcionalmente* solo para establecer que, no obstante la integración de los presupuestos previstos por la ley, en concreto el sujeto *no es* peligroso. Pero desafortunadamente la idea de la peligrosidad, a declarar por el juez, está por todos lados en el actual sistema de derecho penal considerado en su integralidad, empezando por el sistema procesal: piénsese en la posibilidad de aplicación de una medida de aseguramiento, que puede ser incluso carcelaria, en el curso del proceso en contra de un sujeto calificado como peligroso, o sea cuando es probable, según el juez, que pueda cometer en el futuro *otros* delitos graves o de la misma naturaleza de aquel cometido. Pero, si el proceso se hace para decidir si hay o no comisión de un delito y consiguiente responsabilidad penal, ¿cómo puede tenerse el sujeto en la cárcel simplemente porque se presume que cometerá *otros* delitos si todavía no se sabe si él efectivamente cometió aquel por el cual se está procediendo?

En conclusión, el problema de la prevención del delito tiene que ser rigurosamente ligado, en mi opinión, a la idea de la pena como retribución, entendida como proporción frente al delito cometido. Gravísimo sería, viceversa, la idea de un derecho penal construido en perspectiva de una prevención de delitos que no se sabe si fueron efectivamente cometidos antes de la aplicación de cualquiera medida aflictiva. Ello simplemente porque antes, como ya dijimos, toda decisión “preventiva” estaba sometida a la sola “razón” del juez, por si misma logicamente incontrolable; mientras hoy en día la aplicación de medidas preventivas podría ser remitida a la utilización de algoritmos, u otros mecanismos del mismo sentido. Y eso en mi opinión es muy peligroso.

#### 4. Bibliografía

TRAPANI M., *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, Roma TrE-Press, Roma, 2022.